CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
apresentadas em 27 de Abril de 2004 [1]

I — Antecedentes

1. É a segunda vez que apresento conclusões neste processo [2], iniciado em 2001 para se decidir três questões prejudiciais [3] colocadas pelo Arbeitsgericht Lörrach (Alemanha), órgão jurisdicional que decide em primeira instância em matéria social.

2. O Tribunal de Justiça decidiu, em princípio, distribuir estes processos, de conteúdo técnico [4], a uma formação de cinco juízes [5] e decidir sem audiência. No entanto, embora a resposta às duas primeiras perguntas pareça previsível, a terceira suscita maiores dificuldades.

Com essa última questão, pretende-se saber se, no caso de um Estado-Membro ter transposto de forma incorrecta para o seu direito interno a Directiva 93/104/CE, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho [6], o artigo 6.º, n.º 2, que obriga as autoridades nacionais a garantir que a duração média do trabalho não exceda as quarenta e oito horas semanais, incluindo as horas extraordinárias, é suficientemente preciso e incondicional para que os particulares possam invocá-lo nos tribunais nacionais.

3. Segundo o despacho da Grande Secção do Tribunal de Justiça [7] de 13 de Janeiro de 2004, de reabertura da fase oral do processo, o colectivo considerou que, no caso de a referida disposição cumprir todos os requisitos para produzir efeito directo, estaria em condições de determinar, num litígio entre particulares, as consequências da incompatibilidade de uma norma nacional que executa uma directiva com um preceito de direito comunitário suficientemente pre-

1 — Língua original: espanhol.

2 — As primeiras conclusões foram tornadas públicas em 6 de Maio de 2003, data em que foi encerrada a fase oral do processo.

3 — Trata-se de sete despachos, de 26 de Setembro de 2001, correspondentes a outros tantos litígios pendentes nesse órgão jurisdicional. Os sete processos foram apensados durante a fase escrita por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 7 de Novembro de 2001.

4 — Durante a fase escrita, só apresentaram observações os demandantes nos litígios principais e a Comissão.

5 — Concretamente, a Sexta Secção.

6 — Directiva do Conselho, de 23 de Novembro de 1993 (JO L 307, p. 18).

7 — O n.º 6 do referido despacho assim o reconhece.

ciso e incondicional. Por esta razão, a Sexta Secção decidiu, nos termos do artigo 44.°, n.° 4, do Regulamento de Processo remeter os processos ao Tribunal Pleno.

4. A fim de facilitar a discussão, realizou-se uma audiência para a qual foram convidados, além das partes no processo principal, os Estados-Membros, o Conselho e a Comissão.

Nestas conclusões limitar-me-ei a abordar essa questão, dando por reproduzidas, quanto ao restante, as minhas anteriores conclusões.

5. Na audiência celebrada em 9 de Março de 2004 compareceram os representantes dos demandantes no processo principal, os agentes do Governo alemão, do Governo francês, do Governo italiano, do Governo do Reino Unido e da Comissão.

II — Contexto normativo e fáctico

6. O tempo de trabalho e os períodos de descanso estão regulados, na Alemanha, pela lei relativa ao tempo de trabalho (Arbeitszeitgesetz), de 6 de Junho de 1994, que foi adoptada com o fim de incorporar a Directiva 93/104 no direito interno.

7. Nos termos do § 2, n.° 1, entende-se por tempo de trabalho o compreendido entre o início e o fim do dia de trabalho, sem contar as pausas; nos termos do § 3, esse tempo não pode exceder oito horas nos dias úteis, ainda que seja possível prolongá-lo até dez horas se a duração média, durante seis meses de calendário ou vinte e quatro semanas, não ultrapassar as oito horas por dia útil.

8. No entanto, o § 7, n.° 1, ponto 1, permite, por meio de convenção colectiva ou acordo de empresa e como excepção ao previsto no § 3, que:

a) se prolongue, inclusivamente sem compensação, o horário de trabalho diário para além das dez horas, quando o tempo de trabalho inclua períodos de permanência regulares e importantes;

[...]

9. Nos termos do n.° 1, § 14 da Convenção colectiva relativa às condições de trabalho dos empregados, trabalhadores e formandos da Cruz Vermelha alemã (Tarifvertrag über Arbeitsbedingungen für Angestellte, Arbei-

ter und Auszubildende des Deutschen Roten Kreuzes), a seguir «Convenção colectiva da Cruz Vermelha», baseada no § 7, n.º 1, ponto 1, alínea a), da referida lei alemã, o tempo de trabalho semanal, descontadas as pausas, não pode exceder trinta e nove horas (a partir de 1 de Abril de 1990, trinta e oito horas e meia) semanais. A média calcula-se, em regra, sobre um período de vinte e seis semanas.

Ora, nos termos do n.º 2, pode-se aumentar o dia de trabalho até perfazer:

a) dez horas diárias ou quarenta e nove semanais, em média, se o dia de trabalho incluir, de modo regular, um turno de permanência obrigatória de, pelo menos, duas horas por dia, em média;

b) onze horas diárias ou cinquenta e quatro semanais, em média, se o turno for de três horas; e

c) doze horas diárias ou sessenta semanais, em média, se o trabalhador permanecer no centro mas só trabalhar quando lhe for pedido.

10. Os demandantes, todos socorristas qualificados para prestar assistência médica urgente e efectuar transportes assistidos, empregados ou antigos empregados da Cruz Vermelha alemã, reclamam, em dois casos, o pagamento de horas extraordinárias e, nos restantes, o reconhecimento do direito a não trabalhar mais de quarenta e oito horas semanais. A demandada presta, independentemente de outras actividades, serviços terrestres de assistência médica urgente, gerindo vários postos de socorro abertos vinte e quatro horas por dia, sendo o serviço prestado com ambulâncias.

11. Os contratos de trabalho regem-se pela Convenção colectiva da Cruz Vermelha. As partes estão de acordo em que se verificam os requisitos materiais para o prolongamento do dia de trabalho, definidos no § 14, n.º 2, alínea b), da convenção, que consistem na realização de, pelo menos, três horas diárias de permanência obrigatória (Arbeitsbereitschaft).

12. Segundo a redacção em vigor na altura em que ocorreram os factos, a duração máxima do tempo de trabalho semanal fixada no artigo 6.º, n.º 2, da Directiva 93/104 podia ser ultrapassada de forma continuada, na medida em que o § 7, n.º 1, ponto 1, alínea a), da referida lei autorizava o

prolongamento, através de convenção colectiva, do período diário de trabalho para além das dez horas, sem direito a compensação, quando incluísse uma proporção importante de serviços de permanência [8].

III — Análise da questão

13. Nas minhas conclusões anteriores, referi, com algumas referências jurisprudenciais e doutrinais, que se tratava de um litígio entre particulares, razão pela qual os trabalhadores não podiam, à luz da conhecida doutrina do Tribunal de Justiça sobre o efeito directo das directivas não transpostas correctamente pelos Estados-Membros, invocar o artigo 6.º, n.º 2, da Directiva 93/104.

14. Referi também que, em semelhantes casos, ao interpretar o direito nacional, o órgão jurisdicional nacional é obrigado a fazer tudo o que for possível, à luz do texto e da finalidade da directiva, para atingir o resultado por ela prosseguido e cumprir desta forma o artigo 249.º, terceiro parágrafo, CE.

15. Lembrei, por último, que, quando essa «interpretação conforme» se mostrar impossível, a jurisprudência do Tribunal de Justiça convida o órgão jurisdicional nacional a assegurar o pleno efeito do direito comunitário, decidindo, por autoridade própria se necessário for, da não aplicação de quaisquer disposições contrárias do ordenamento jurídico nacional, sem que tenha de solicitar ou esperar a prévia eliminação da referida norma por via legislativa ou por qualquer outro processo constitucional.

16. Compreendo e partilho a preocupação dos que vêem um obstáculo a esta consequência no facto de não ter sido reconhecido o efeito directo horizontal das directivas, mas a conciliação desta orientação jurisprudencial, assumida contra a opinião de alguns advogados-gerais e de boa parte da doutrina científica, com a exigência da «interpretação conforme» é um dos dilemas mais complexos do direito comunitário, ao qual é difícil dar uma solução de carácter geral. No entanto, vale a pena aprofundar a análise da situação para, pelo menos, procurar uma solução apropriada para as especificidades dos presentes processos, que tenha em conta o princípio do primado do direito comunitário, o dever de cooperação leal que incumbe aos Estados-Membros por força do artigo 10.º CE, bem como a natureza normativa da directiva e os efeitos que produz no sistema jurídico instituído pelo Tratado.

8 — O Governo alemão, na sua resposta à pergunta formulada pelo Tribunal de Justiça, informou que, a partir de 1 de Janeiro de 2004, a entrada em vigor da reforma da lei relativa ao período diário de trabalho obriga a compensar o trabalhador pelo prolongamento do período diário de trabalho que ultrapasse as dez horas. A alteração foi feita em consequência do acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Setembro de 2003, Jaeger (C-151/02, Colect., p. I-8389), em cujo n.º 71 se afirma que um serviço de urgência interna que um médico efectua no regime de presença física no hospital constitui integralmente tempo de trabalho na acepção da Directiva 93/104, pelo que esta se opõe à regulamentação de um Estado-Membro que qualifica como tempo de descanso os períodos de inactividade do trabalhador no âmbito desse serviço.

Posso acrescentar que nenhum dos argumentos esgrimidos durante a discussão em causa me convenceu plenamente.

17. O Tribunal de Justiça quer que seja clarificada a viabilidade da ideia da «interpretação conforme», dadas as circunstâncias existentes nestes processos: 1) que o § 7, n.º 1, ponto 1, alínea a), da lei alemã do tempo de trabalho é uma excepção a disposições mais gerais existentes na mesma lei e perfeitamente adequadas à letra e à finalidade da norma comunitária; 2) que a Directiva 93/104 tem por objectivo proteger os trabalhadores enquanto parte mais fraca da relação de trabalho; e 3) que a acção exercida pela maioria dos demandantes se destina ao reconhecimento do direito a não trabalhar mais de quarenta e oito horas semanais, pretensão sem conteúdo económico e de difícil quantificação, razão pela qual a probabilidade de obter uma reparação por parte das autoridades públicas por violação do ordenamento jurídico comunitário parece muito reduzida.

18. As características destes processos são diferentes de outros anteriormente analisados pelo Tribunal de Justiça, nos quais a legislação de um Estado-Membro não foi adaptada a uma directiva dentro do prazo ou foi adaptada de forma incorrecta. Em contrapartida, no caso em apreço, a Alemanha promulgou uma lei para transpor a letra e a finalidade da Directiva 93/104 para o seu direito interno. Presumo que tinha a intenção de actuar correctamente, pois não existem indícios de uma vontade deliberada de eludir o compromisso de lealdade que lhe impõe o artigo 10.º CE. A prova da sua boa vontade radica no facto de, em menos de quatro meses, ter modificado a sua legislação para a ajustar à interpretação dada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Jaeger [9]. Aliás, de acordo com a jurisprudência, qualquer órgão jurisdicional deve presumir que o Estado teve a intenção de cumprir plenamente as obrigações que decorrem de uma directiva [10].

19. Por esta razão, deduz-se que a lei alemã relativa ao tempo de trabalho tem por objectivo transpor a totalidade das normas da Directiva 93/104. No entanto, falhou num aspecto: ultrapassou os limites fixados pela correcta coordenação dos princípios (artigos 1.º a 16.º) e das excepções (artigos 17.º e 18.º) com que se estruturou o regime da directiva. Trata-se, desde logo, do § 7, n.º 1, ponto 1, alínea a), da referida lei, configurado com uma excepção, pois as restantes disposições contêm as definições de tempo de trabalho e de períodos de descanso, em escrupulosa conformidade com a regulamentação comunitária.

20. Com efeito, a referida disposição da lei alemã, em que se apoia o artigo 14.º da

9 — Acórdão Jaeger, já referido.

10 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1993, Wagner Miret (C-334/92, Colect., p. I-6911, n.º 20).

Convenção colectiva da Cruz Vermelha para aumentar o tempo de trabalho semanal, foi formulada como uma excepção ao § 3, nos termos do qual esse tempo não pode exceder as oito horas diárias.

21. Interpretando esta última norma conjuntamente com o § 9 da referida lei, que reserva o domingo como dia de descanso, obtém-se uma semana de trabalho de quarenta e oito horas, coincidente com a previsão do artigo 6.º, n.º 2, da Directiva 93/104. A simples aplicação destes dois artigos do direito interno permitiria dar razão à maioria dos demandantes nos processos principais, pois, segundo ficou esclarecido, dos sete há dois que reclamam o pagamento de horas extraordinárias, mas os outros cinco solicitam o reconhecimento do direito a não trabalhar mais de quarenta e oito horas semanais.

No caso de o órgão jurisdicional alemão actuar desta forma, isso significaria que, contra jurisprudência reiterada, estaria a aceitar a eficácia directa de uma norma de uma directiva, que, como é sabido, não pode, por si só, impor obrigações a um particular [11]?

22. Os Estados-Membros que participaram neste processo prejudicial mostraram abertamente a sua consternação perante a possibilidade de uma inversão jurisprudencial no sentido de se admitir o efeito directo de uma directiva não transposta dentro do prazo para o sistema jurídico nacional ou transposta de forma incorrecta. Não vejo razão para tais receios, já que não acredito que se coloque essa questão em relação ao artigo 6.º, n.º 2, da Directiva 93/104, embora reúna os requisitos de ser suficientemente preciso e incondicional [12]. Também não estou de acordo com o entendimento manifestado de que a não aplicação ao processo principal da norma alemã contrária ao referido preceito comunitário equivaleria a conceder-lhe o referido efeito, apesar das numerosas decisões do Tribunal de Justiça que não o aceitam nos conflitos entre particulares.

Em contrapartida, concordo, com o Governo italiano quando considera menos perturbador, e simultaneamente mais funcional, tendo em consideração os objectivos prosseguidos pelo Tratado através das directivas, manter a solução dada pelo Tribunal de Justiça, privilegiando a interpretação da norma nacional que estiver em maior conformidade com o ordenamento jurídico comunitário.

11 — Acórdãos de 26 de Fevereiro de 1986, Marshall (152/84, Colect., p. 723, n.º 48); e de 13 de Novembro de 1990, Marleasing (C-106/89, Colect., p. I-4135, n.º 6).

12 — Acórdãos de 19 de Janeiro de 1982, Becker, (8/81, Recueil, p. 53, n.º 25); de 22 de Junho de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Colect., p. 1839, n.º 29); de 17 de Setembro de 1996, Cooperativa Agricola Zootecnica S. António e o. (C-246/94 a C-249/94, Colect., p. I-4373, n.º 17); de 1 de Junho de 1999, Kortas (C-319/97, Colect., p. I-3143, n.º 21); e de 5 de Fevereiro de 2004, Rieser Internationale Transporte (C-157/02, Colect., p. I-1477, n.º 22).

23. Não é necessário recordar que a obrigação de os Estados-Membros alcançarem o resultado previsto nas directivas, bem como seu dever, que decorre do artigo 10.º CE, de adoptarem todas as medidas gerais e especiais capazes de assegurar o cumprimento da referida obrigação, impõem-se a todas as autoridades nacionais, incluindo os órgãos jurisdicionais [13].

24. Com o propósito de atenuar a negação do efeito directo de uma norma concreta de uma directiva num litígio entre particulares, o Tribunal de Justiça desenvolveu uma doutrina denominada da «interpretação conforme», nos termos da qual, ao aplicar o direito nacional, sejam as suas disposições anteriores ou posteriores, o juiz deve fazer tudo o que for possível para dar sentido à directiva, assim dando cumprimento ao artigo 249.º CE, terceiro parágrafo [14]. Este princípio, impõe-se especialmente ao órgão jurisdicional nacional, quando um Estado-Membro considerou, como no presente caso, que as disposições que adoptou correspondiam às exigências da directiva [15].

25. Assim, em muitos dos processos em que foi utilizado esse tipo de interpretação, por se tratar de litígios entre particulares, o Tribunal de Justiça não se limitou simplesmente a enunciá-lo, mas foi mais longe, indicando ao juiz *a quo* o resultado concreto a que devia chegar em cada situação. Convém assinalar alguns exemplos a título ilustrativo [16].

13 — Acórdãos de 10 de Abril de 1984, Von Colson y Kamann (14/83, Recueil, p. 1891, n.º 26); e de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651, n.º 53).

14 — Acórdãos Marleasing, n.º 8, e Wagner Miret, n.º 20, já referidos; de 14 de Julho de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Colect., p. I-3325, n.º 26; e de 13 de Julho de 2000, Centrosteel (C-456/98, Colect., p. I-6007, n.º 16).

15 — Acórdão Wagner Miret, já referido, n.º 21. V. L. Bernardeau: «Clauses abusives: illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire», em *Revue européenne de droit de la consommation*, 2000, pp. 261 a 281, especialmente, p. 270: «L'obligation d'interprétation conforme qui découle du principe de la primauté du droit communautaire s'applique *a fortiori* lorsque la directive a été transposée».

16 — Uma parte da doutrina alemã reconhece competência ao órgão jurisdicional nacional para superar, mediante uma interpretação conforme, as insuficiências ou inclusivamente as incompatibilidades com o direito comunitário existentes no direito nacional, com o fim de cumprir os objectivos da directiva comunitária. V. Götz, V.: «Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien — Zusammenwirken von Gemeinschaft und Staat» em *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, p. 1854: «Über die Auslegung von Begriffen und Normen, die eine offensichtliche Kongruenz zwischen Richtlinie und staatlichem Umsetzungsrecht aufweisen, hinaus, kann richtlinienkonforme Auslegung in begrenztem Umfange die weitergehende Funktion erfüllen, Unzulänglichkeiten der staatlichen Gesetzgebung zu überbrücken oder der Richtlinie zu einem Anwendungsvorrang gegenüber solchen Bestimmungen des nationalen Rechts zu verhelfen, die nicht direkt umsetzungsbedingt sind, deren Anwendung aber im Bereich der Richtlinie mit dieser nicht zu vereinbaren wäre». Segundo esta doutrina, o primado do direito comunitário estende-se à sua interpretação, o que implica que o sentido dado pelo Tribunal de Justiça prevalece perante qualquer outro que possa ser reconhecido às normas nacionais destinadas a transpor a directiva comunitária, o que levaria a uma situação em que o juiz nacional devia interpretar o direito nacional *contra legem*, a fim de assegurar a aplicação da norma comunitária. A título de exemplo, *cit.* Dendrinos, A.: *Rechtsprobleme der Direktwirkung von EWG-Richtlinien*, pp. 290-292, especialmente, p. 290: «In diesem Punkt muss hervorgehoben werden, dass die Richtlinienbestimmungen Vorrang in der Auslegung haben. Dies bedeutet, dass den durch den EuGH ausgelegten Richgtlinienvorschriften des Gemeinschaftsrechts für den Ausgangsfall Vorrang gegenüber der gegenteiligen einheimischen Interpretation einer mehrdeutigen zur Ausführung der Richtlinien ergangenem nationalen Norm gebührt. Hier spricht man von der unmittelbar wirkenden Auslegung. Aufgrund dieser Erkenntnis kommt man der Anerkennung der horizontalen unmittelbaren Wirkung ein Stück näher, da der nationale Richter wegen der vorrangigen Auslegung des EuGH gegebenenfalls nationals Recht contra legem auslegen muss, welches zur Umsetzung der Richtlinie ergangen ist und zugleich private Rechtsverhältnisse regelt» e Brechmann, W.: *Die Richtlinienkonforme Auslegung*, pp. 160-166, especialmente, p. 163 que faz referência a esta doutrina apoiada por vários autores: «Die These von Dendrinos, dass eine Richtlinienkonforme Auslegung auch eine Auslegung contra legem erlaube, ist jedoch keineswegs eine vereinzelte Sondermeinung, sondern sie wird von anderen Autoren der völkerrechtlichen Theorie vertreten».

26. A interpretação da Directiva 68/151/CEE [17], não desenvolvida no direito espanhol, cujo objectivo é restringir os casos de nulidade das sociedades anónimas para garantir a segurança jurídica nas relações entre a sociedade e terceiros, bem como entre os sócios, levou o Tribunal de Justiça a advertir o juiz nacional de que estava obrigado a interpretar o seu direito interno à luz do teor e da finalidade da referida directiva, *com o propósito de impedir que se declare a nulidade de uma sociedade por uma causa distinta das enumeradas no seu artigo 11.º* [18].

A Marleasing SA tinha pedido a declaração de nulidade de um contrato de sociedade por inexistência da causa, por simulação e por ter sido constituída em fraude a credores. A demandada opôs-se, referindo que o artigo 11.º da referida directiva enumera taxativamente os casos da nulidade, entre os quais não figura a inexistência de causa. Para cumprir o que o Tribunal de Justiça sugeriu, não deviam ser aplicados os artigos 1261.º e 1275.º do Código Civil espanhol, que privam de toda a eficácia jurídica os contratos desprovidos de causa ou com causa ilícita. Assim, o fez, precisamente, o Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Oviedo, na sentença proferida em 23 de Fevereiro de 1991, julgado improcedente o pedido, na medida em que se baseava na inexistência de causa do contrato, caso de nulidade não previsto na Directiva 68/151 [19]. A sentença, unanimemente elogiada pelo seu espírito comunitário, não questionou o facto de a aplicação da doutrina da «interpretação conforme» poder provocar efeitos semelhantes ao reconhecimento da eficácia directa horizontal das directivas.

27. O acórdão Wagner Miret [20] deduziu do despacho de reenvio que as disposições espanholas não podiam ser interpretadas num sentido conforme ao da Directiva 80/987/CEE [21] e, assim, *não permitem assegurar ao pessoal de direcção as garantias que a directiva* prevê, declarando que o Estado-Membro era obrigado a reparar os prejuízos causados aos prejudicados pelo incumprimento.

No pedido prejudicial foi referido que Espanha só tinha criado o FOGASA como

17 — Primeira Directiva do Conselho, de 9 de Março de 1968, tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.º do Tratado, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade (JO L 65, p. 8; EE 17 F1 p. 3).

18 — Acórdão Marleasing, já referido no n.º 13. Curtin, D.: «Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights», *Common Market Law Review*, 1990, pp. 709 a 739, especialmente, p. 724: «In Marleasing, the end result was that the Spanish tribunal was obliged to interpret the provisions of the Spanish Civil Code in a manner so as to preclude a declaration of nullity of a public limited company based on a ground different from those set out in Article 11 of the (unimplemented) first Company Directive. This means in effect that the obligation contained in a directive is placed on *private parties*, albeit after having been transformed, via judicial interpretation, into one of national law. In practice, this clever judicial strategy achieves, where the national law is at all open to interpretation, the same result as if a particular provision of that directive could be recognized as enjoying horizontal direct effects. In this manner, 'horizontal' rights which are enshrined in directives can have the force of law as between individuals without a specific domestic legislative process and the primacy of Community law is assured».

19 — V. a base de dados DEC-NAT do Tribunal de Justiça, referência dos-Cour QP/01853-P1.

20 — Acórdão Wagner Miret, já referido, n.º 22.

21 — Directiva do Conselho, de 20 de Outubro de 1980, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador (JO L 283, p. 23; EE 05 F2 p. 219), com a redacção dada pela Directiva 87/164/CEE do Conselho, de 2 de Março de 1987 (JO L 66, p. 11).

instituição de garantia, cuja cobertura não abrangia essa classe de pessoal face a uma reclamação de salários não auferidos devido à insolvência do empregador. Devido à margem de apreciação que a Directiva 80/987 concede aos Estados-Membros, o Tribunal de Justiça entendeu que essa categoria de empregados não podia invocar a referida directiva para exigir o pagamento de créditos salariais à instituição de garantia criada para as restantes classes de trabalhadores assalariados. No acórdão de 16 de Fevereiro de 1994, o Tribunal Superior de Justicia de Cataluña julgou improcedente a acção, eximindo de responsabilidade o FOGASA, mas reconheceu ao demandante o direito de demandar o Estado pelos danos sofridos, a exercer no órgão jurisdicional competente [22].

28. No acórdão Océano Grupo Editorial y Salvat Editores [23] havia que decidir se, no caso de a Directiva 93/13/CEE [24] não ter sido transposta para o direito interno dentro do prazo fixado, era possível apreciar oficiosamente a incompetência de um juzgado civil de Barcelona, por ter sido atribuída numa cláusula contratual que o próprio juiz considerava abusiva na acepção da directiva. O Tribunal de Justiça, fazendo sua a proposta do advogado-geral A. Saggio numas brilhantes conclusões, cujos n.os 27 a 37 analisam exaustivamente esta delicada questão, respondeu afirmativamente, decidindo que a exigência de «interpretação conforme» requer, em especial, que o órgão jurisdicional *privilegie aquela que lhe permitirá recusar oficiosamente assumir uma competência que lhe é atribuída por força de uma cláusula abusiva.*

A cláusula controvertida conferia ao tribunal do domicílio da empresa a competência exclusiva para conhecer dos litígios relativos à aplicação de um contrato de compra e venda. A Directiva 93/13 foi transposta para o direito nacional com atraso e, entretanto, eram aplicadas as disposições vigentes em matéria de protecção do consumidor, que não regulavam expressamente a possibilidade de conhecimento oficioso da nulidade das cláusulas abusivas, não existindo sequer, no direito espanhol, um fundamento jurídico que sustentasse a competência do tribunal para se pronunciar sobre a nulidade, a não ser a pedido das partes. Contudo, o Tribunal de Justiça indicou ao órgão jurisdicional espanhol que devia julgar-se oficiosamente incompetente para conhecer de um litígio submetido nessas condições [25]. No despacho

22 — V. a base de dados DEC-NAT do Tribunal de Justiça, referência dos-Cour QP/02395-P1.

23 — Acórdão de 27 de Junho de 2000 (processos apensos C-240/98 a C-244/98, Colect., p. I-4941, n.º 32).

24 — Directiva do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO L 95, p. 29).

25 — Craig, P. e Búrca, G.: *EU law. Text, cases and materials*, Third Edition, Oxford University Press, p. 219: «This ruling does not declare that the Spanish court must decline jurisdiction by reading national law in the light of the Directive's requirements, but in certainly encourages the national court to do this, by indicating that is should 'favour' that interpretation if it is possible. And while such an interpretation of national law would not impose any legal obligation on Océano, it would deprive that company of any possible existing right under national law to enforce the consumer contract before the Barcelona court. While the defendant would not himself or herself have to 'invoke' the right (since the defendant might well not appear before a court outside his or her domicile) that party would benefit from the terms of the directive even though it was not implemented, and the plaintiff company would suffer a legal disadvantage»; e Stuyck, J.: *Common Market Law Review*, 38, pp. 719 a 737, especialmente, p. 737: «Océano means a further step in the Court's case law on the role of the national judge in applying Community law, by construing a duty for the national courts to invoque of their own motion the unfair character [...] of a jurisdiction clause».

que proferiu em 14 de Julho de 2000, o órgão jurisdicional de primeira instância espanhol aplicou à letra o acórdão do Tribunal de Justiça e assumiu as suas competências para conhecer oficiosamente do carácter abusivo de uma cláusula e para indeferir liminarmente a acção por ser abusiva a referida cláusula submetida aos juzgados de Barcelona, acrescentando que a referida nulidade atribuía a competência para conhecer do processo aos tribunais do domicílio do demandado [26].

29. A obrigação de «interpretação conforme» não é fomentada apenas nos pedidos prejudiciais, conforme se poderia pensar dos exemplos referidos. O acórdão Comissão/ /Itália [27] sublinhou que a declaração de que um Estado-Membro não cumpriu as suas obrigações comunitárias *implica para as autoridades desse Estado-Membro, tanto judiciais como administrativas, por um lado, a total proibição de aplicar o regime de isenção fiscal incompatível e, por outro, a obrigação de adoptar todas as disposições que facilitem a realização do pleno efeito do direito comunitário.*

30. Noutros casos, sem dizer com tanta exactidão ao órgão jurisdicional nacional o que terá de fazer, foi-lhe indicado o caminho mais conveniente para alcançar o objectivo da directiva.

31. No acórdão Pafitis e o. [28], o Tribunal de Justiça decidiu no sentido de que o artigo 25.º da Directiva 77/91/CEE [29], destinado a garantir um nível mínimo de protecção dos accionistas em todos os Estados-Membros, se opõe a uma regulamentação nacional que permite decidir, por via administrativa e sem deliberação da assembleia geral de accionistas, o aumento de capital de uma sociedade anónima bancária, devido à situação excepcional provocada pelo seu endividamento.

Na causa principal, litigavam, por um lado, um banco constituído sob a forma de sociedade anónima e os seus novos accionistas e, por outro, os antigos accionistas, que impugnavam, tanto a alteração dos estatutos que possibilitou o aumento de capital, alegando que era uma decisão do administrador provisório, sem se ter convocado a assembleia geral dos accionistas, como a repartição das acções. Pediam também declaração de nulidade dos três aumentos de capital social operados posteriormente. As vicissitudes posteriores do processo não deixam vislumbrar o seguimento que poderia ter tido a sua decisão [30].

26 — V. a base de dados DEC-NAT do Tribunal de Justiça, referência dos-Cour QP/03748-P1.

27 — Acórdão de 19 de Janeiro de 1993 (C-101/91, Colect., p. I-191, n.º 24). V., também, acórdão de 13 de Julho de 1972, Comissão/Itália (48/71, Recueil, p. 181, n.º 7).

28 — Acórdão de 12 de Março de 1996 (C-441/93, Colect., p. I-1347, n.º 60).

29 — Segunda Directiva do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976, tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.º do Tratado, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital social, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade (JO L 26, p. 1; EE 17 F1 p. 44).

30 — Nessa ocasião, o órgão jurisdicional nacional que tinha colocado a questão prejudicial recusou a interpretação do Tribunal de Justiça e negou provimento ao recurso (base de dados DEC-NAT, dos-Cour QP/02610-P1). Depois do recurso, o juiz grego formulou uma nova questão prejudicial (dos-Cour QP/03745-P1), que foi retirada por desistência das partes. Deste modo, o Tribunal de Justiça viu-se privado da possibilidade de se pronunciar sobre o não acatamento do juiz de primeira instância.

32. No processo Ruiz Bernáldez [31], as questões foram suscitadas num processo penal contra um condutor embriagado que tinha causado um acidente de viação. O órgão jurisdicional nacional condenou-o a pagar os danos materiais provocados, mas absolveu a sua companhia de seguros de qualquer obrigação de natureza indemnizatória, baseando-se na regulamentação nacional sobre o seguro de responsabilidade civil resultante do uso e circulação de veículos motorizados, que excluía a cobertura dos prejuízos no caso de o responsável conduzir em estado de embriaguês.

Dessa vez o Tribunal de Justiça interpretou as Directivas 72/166/CEE [32] e 84/5/CEE [33] no sentido de que, tendo em conta o objectivo de protecção prosseguido, o seguro automóvel obrigatório deve permitir que as vítimas de um acidente causado por um veículo sejam ressarcidas de todos os danos corporais e materiais sofridos e que o contrato de seguro obrigatório não pode deixar que, em determinados casos e, em especial, no de embriaguês do condutor, a seguradora fique isenta da responsabilidade de ressarcir os danos corporais e materiais causados a terceiros pelo veículo segurado. Sugeria-se, assim, ao órgão jurisdicional nacional que a companhia de seguros devia indemnizar as vítimas, ainda que a legislação nacional não o tivesse previsto [34]. A Audiencia Provincial de Sevilha, decidiu em conformidade com a decisão prejudicial do Tribunal de Justiça e condenou, em 30 de Abril de 1996, a seguradora a indemnizar a vítima do acidente provocado por Ruiz Bernáldez em estado de embriaguês [35].

33. No acórdão Draehmpaehl [36] foi declarado que a Directiva 76/207/CEE [37] se opõe às disposições legislativas nacionais que, diferentemente das outras disposições de direito civil e do trabalho, fixam um limite máximo de três meses de salário como indemnização que um candidato discriminado em razão do sexo num processo de selecção pode reclamar, se se demonstrar que, de outro modo, esse candidato teria obtido o lugar a prover, ou de seis mensalidades, quando forem vários os candidatos. O trabalhador apresentou a sua candidatura a uma proposta de emprego para mulheres, publicada num jornal, sem que a empresa lhe tivesse respondido nem devolvido a sua

31 — Acórdão de 28 de Março de 1996 (C-129/94, Colect., p. I-1829, n.º 24).

32 — Directiva do Conselho, de 24 de Abril de 1972, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes ao seguro de responsabilidade civil que resulta da circulação de veículos automóveis e à fiscalização do cumprimento da obrigação de segurar esta responsabilidade (JO L 103, p. 1; EE 13 F2 p. 113).

33 — Segunda Directiva do Conselho, de 30 de Dezembro de 1983, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes ao seguro de responsabilidade civil que resulta da circulação de veículos automóveis (JO 1984, L 8, p. 17; EE 13 F15 p. 244).

34 — Tridimas, T.: «Black, white and shades of grey: horizontality of directives revisited», *in Yearbook of European Law*, 21, 2001-2002, pp. 327 a 354, especialmente, p. 352: «Bernáldez causes problems. It is clear that the insurance directives were relied upon to impose an obligation on a third party, i.e. the insurance company, which was not represented in the proceedings. The Court expressly held that Article 3(1) of the First Directive precludes an insurer from being able to rely on statutory provisions or contractual clauses to refuse to compensate third-party victims of an accident caused by the insured vehicle. How can this be distinguished from horizontal direct effect? The answer is with difficulty».

35 — V. a base de dados DEC-NAT, do Tribunal de Justiça (dos-Cour QP/02722-P1).

36 — Acórdão de 22 de Abril de 1997 (C-180/95, Colect., p. I-2195, n.ºs 37 e 43).

37 — Directiva do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70).

candidatura. Recorreu aos tribunais, alegando ser o mais qualificado e ter sido discriminado. A clareza da decisão prejudicial também não deixou muitas opções ao Arbeitsgericht de Hamburgo [38].

34. Ao pronunciar-se sobre a Directiva 86/653/CEE [39] no processo Bellone [40], o Tribunal de Justiça considerou que a directiva se opõe a uma legislação nacional que subordina a validade do contrato de agência à inscrição dos agentes comerciais num registo. A legislação italiana, além de exigir essa inscrição nas câmaras de comércio, fazia depender a validade do contrato de agência da inscrição no registo, assim privando de protecção jurídica quem não cumprisse esse requisito, especialmente após a cessação da relação entre as partes. Na realidade, o litígio, dizia respeito ao pedido de indemnização apresentado por um agente, depois da resolução do contrato de agência celebrado com uma empresa. O advogado-geral A. Saggio, no n.º 35 das conclusões relativas ao processo Océano Grupo Editorial, sustentou que, no acórdão Bellone, o Tribunal de Justiça identificou uma incompatibilidade insanável entre a regulamentação de direito nacional e a referida directiva, que excluía qualquer recurso a uma «interpretação conforme», pelo que impôs ao órgão jurisdicional de reenvio a obrigação de não aplicar a regra do seu próprio ordenamento [41].

35. O acórdão Centrosteel [42] decidiu um processo considerado a continuação do anterior. Outro juiz italiano, partindo do princípio de que o não reconhecimento pela jurisprudência do efeito directo horizontal das directivas o impedia de deixar de aplicar a regulamentação interna, perguntava ao Tribunal de Justiça se as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, cuja aplicabilidade directa não suscitava dúvidas, se opunham à lei do seu país que obrigava quem exercesse a actividade como agente comercial a inscrever-se num registo, sob pena de nulidade dos contratos em que interviesse. O processo prejudicial foi resolvido referindo-se ao órgão jurisdicional de reenvio a conhecida doutrina da «interpretação conforme» do direito nacional, com o

38 — V. a base de dados DEC-NAT do Tribunal de Justiça (dos-Cour QP/02961 P1). O Arbeitsgericht Hamburg condenou à revelia a empresa demandada, que não interveio em nenhuma das fases do processo, a pagar ao interessado a quantia de 11 100 DEM. Embora a decisão alemã de 29 de Abril de 1998 não tenha fundamentação, como parece ser o hábito neste tipo de processos, é de supor que o montante corresponde aos três meses e meio de salário pedidos pelo demandante. De acordo com a informação prestada pelo tribunal de reenvio, não houve recurso da sentença.

39 — Directiva do Conselho, de 18 de Dezembro de 1986, relativa à coordenação do direito dos Estados-Membros sobre os agentes comerciais (JO L 382, p. 17).

40 — Acórdão de 30 de Abril de 1998 (C-215/97, Colect., p. I-2191, n.º 18).

41 — Quando em 5 de Maio de 1999 proferiu a decisão, o Tribunal Civil de Bolonha considerou o contrato de agência válido e eficaz entre as partes, julgou procedente o pedido de B. Bellone e condenou a empresa a pagar-lhe as quantias em dívida. Na fundamentação declarou que a sanção prevista pela regulamentação interna, que consistia na nulidade do contrato de agência por não inscrição do agente no registo, era incompatível com o ordenamento jurídico comunitário; que, em caso de incompatibilidade, este último prevalece sobre o direito dos Estados-Membros; e que os acórdãos do Tribunal de Justiça têm eficácia directa, pelo que, no seu entender, a legislação nacional que subordinava a validade do referido contrato à inscrição prévia do agente no registo não era aplicável (dos-Cour QP/03475-P1). Aliás, posso observar, que na base de dados DEC-NAT do Tribunal de Justiça figuram várias resoluções da Corte di Cassazione, revogando as decisões dos tribunais inferiores que, tinham julgado improcedente, por falta de inscrição no registo, aos pedidos de agentes comerciais que pediam o pagamento de quantias em dívida na execução de um contrato de agência. V. acórdãos de 15 de Maio de 1999 (dos-Cour IA/18784-A); de 18 de Março de 2002 (dos-Cour IA-22741-A); e de 17 de Abril de 2002 (dos-Cour IA/22749-A).

42 — Acórdão Centrosteel, já referido.

fim de atingir o objectivo da Directiva 86/653, sem entrar na interpretação do direito primário. Tanto o advogado-geral F. G. Jacobs, no n.º 5 das conclusões, como o Tribunal de Justiça, no n.º 17 do acórdão, referiram que, devido à decisão tomada no processo Bellone, a Corte di Cassazione tinha modificado a sua jurisprudência e considerava que a inobservância da obrigação legal de inscrição no registo não conduzia à nulidade do contrato de agência.

36. O afastamento destas concepções da jurisprudência corresponderia a um retrocesso grave na interpretação do princípio do primado do direito comunitário, comprometeria a autoridade do Tribunal de Justiça para impor uma interpretação uniforme das suas normas no território da União Europeia e desmoralizaria os juízes nacionais no exercício das suas funções como juízes comunitários, especialmente os que seguiram as indicações prejudiciais pertinentes para a «interpretação conforme» das suas normas.

Como o que mais nos atrai, dizia Cícero [43], é contribuir para o aumento dos recursos do género humano e nos esforçarmos por assegurar e enriquecer a vida dos homens com os nossos conselhos e esforços, e somos estimulados a esse prazer pela própria natureza, observemos o comportamento dos melhores e não prestemos atenção aos sinais que tocam a retirar e fariam retroceder os que já estão na vanguarda.

37. Não obstante, o acórdão Arcaro [44] admitiu, noutra questão prejudicial italiana, que o direito comunitário não contém um mecanismo que permita eliminar disposições internas contrárias a uma disposição de uma directiva não invocável em juízo; também reconheceu que o compromisso de o órgão jurisdicional nacional ter em conta o conteúdo da directiva ao interpretar as normas relevantes do direito nacional encontra os seus limites quando tal interpretação o leve a impor a um particular uma obrigação prevista numa directiva não transposta para o direito interno e, por maioria de razão, quando implicar a responsabilidade penal daqueles que actuem em violação das suas disposições.

38. Mas estas afirmações do acórdão Arcaro não são extensivas, sem mais, aos processos agora analisados, como pretendem alguns Estados-Membros que se manifestaram, por várias razões:

Em primeiro lugar, no processo em que estava envolvido o L. Arcaro não havia um litígio entre dois particulares, pois ele era o

43 — Cícero, *Sobre la República*, tradução de Álvaro D'Ors, Editorial Gredos, Madrid 1984, primeiro volume, 2.2, p. 38.

44 — Acórdão de 26 de Setembro de 1996 (C-168/95, Colect, p. I-4705, n.ºs 42 e 43).

arguido num processo penal. Tratava-se, portanto, de evitar que um Estado-Membro, que não tinha cumprido o dever de adaptar a sua legislação às Directivas 76/464/CEE [45] e 83/513/CEE [46], obtivesse vantagens da sua infracção e punisse penalmente um empresário que não tinha infringido as suas normas. Em qualquer caso, o Tribunal de Justiça declarou que a obrigação de o órgão jurisdicional nacional respeitar o sentido da directiva, ao interpretar uma regulamentação nacional, é limitada pelos princípios gerais do direito que fazem parte do ordenamento comunitário, especialmente o da segurança jurídica e o da não retroactividade, em especial, se isso puder originar responsabilidade penal [47].

Em segundo lugar, há uma grande diferença entre as circunstâncias do processo Arcaro e as dos litígios iniciados pelos trabalhadores da Cruz Vermelha, uma vez que, no primeiro, o legislador italiano só tinha efectuado uma transposição incompleta do direito da União, enquanto a Alemanha adoptou uma lei específica para executar a Directiva 93/104 na íntegra, cujo § 3 retoma correctamente o conteúdo do artigo 6.°, n.° 2, do diploma comunitário ao fixar a duração máxima do tempo de trabalho semanal em quarenta e oito horas.

39. Não se trata, pois, como sustenta o Governo federal, do facto de, se se afastar o § 7, n.° 1, ponto 1, alínea a), da lei relativa ao tempo de trabalho, o órgão jurisdicional nacional encontrará um vazio legal que o obrigará a impor encargos a um empresário com fundamento na Directiva 93/104, pois poderia recorrer, simplesmente, a outra norma nacional, pertencente ao mesmo diploma legal, adoptada para transpor as disposições comunitárias [48], adequada à obri-

45 — Directiva do Conselho, de 4 de Maio de 1976, relativa à poluição causada por determinadas substâncias perigosas lançadas no meio aquático da Comunidade (JO L 129, p. 23; EE 15 F1 p. 165).

46 — Directiva do Conselho, de 26 de Setembro de 1983, relativa aos valores-limite e aos objectivos de qualidade para as descargas de cádmio (JO L 291, p. 1; EE 15 F4 p. 131).

47 — Acórdãos de 11 de Junho de 1987, Pretore di Salò (14/86, Colect, p. 2545, n.° 20); e de 8 de Outubro de 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Colect., p. 3969, n.° 13).

48 — Há uma parte da doutrina que se pronuncia no mesmo sentido. V., a título de exemplo, Faro, S: «la Cassazione torna a pronunciarsi sull'efficacia diretta 'orizzontale' delle direttive comunitarie», em *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, pp. 1398-1407, especialmente, pp. 1403 e 1404: «la previsione di questo obbligo [interpretare la norma nazionale in coerenza con quella contenuta in una directiva comunitaria] comporta, di fatto, il riconoscimento di un effetto orizzonatle 'indiretto' delle direttive, indirecto in quanto la norma che trova applicazione al rapporto tra i privati è, in ogni caso, la norma nazionale»; Tesauro, G.: *Diritto Comunitario, terza edizione*, CEDAM, 2003, pp. 162 a 184, especialmente, p. 180: «I risultati pratici cui si previene con l'obbligo di interpretare il diritto nazionale in modo conforme alla norma di una directiva [...] non sono molto diversi da quelli che si realizzerebbero con l'affermazione pura e semplice dell'effetto orizzontale e verticale. Non e caso, dunque, la Corte ha talvolta trasformato il problema della portata dell'effetto directo della directiva in un problema di interpretazione conforme»; Rodiere, P.: «Sur les effets directifs du droit (social) communautaire», em *Revue trimestrielle de droit européen*, 27 (4), 1994, pp. 565--586, especialmente, p. 577: «L'opération consiste, donc, à substituer une norme de droit national conforme au droit communautaire à celle qui ne l'était pas. La norme à appliquer a un caractère national, le rôle du droit communautaire se borne à en opérer la désignation. Double avantage: peu importe qu'une directive communautaire ne puise créer directement des obligations pesant sur les particuliers, puisque on le demande au droit national»; Timmermans, C.W.A.: «Directives: their effect within the national legal systems», em *Common Market Law Review*, 16, 1979, pp. 533 a 555, especialmente, p. 551: «I do not exclude the possibility that, once the process of legal review of national law with regard to directives has become common practice, the Court of Justice will accept and even require such review also with regard to directives relating to horizontal relationships»; y Bach, A.: *Juristenzeitung*, 1990, p. 1113: «Die richtlinienkonforme Auslegung ebenso wie die Nichtanwendung gemeinschaftswidriger Normen können dabei erhebliche Auswirkungen auf die Rechte und Pflichten einzelner haben. Objektive Wirkungen sind durchaus auch zu Lasten Privater möglich».

gação geral imposta pelo legislador europeu [49] de que nos Estados-Membros o horário de trabalho não ultrapasse esse número de horas [50].

Neste sentido estou de acordo com a apreciação do advogado-geral W. van Gerven no n.º 7, segundo parágrafo, das conclusões que apresentou no processo Marleasing [51], de que o dever de os órgãos jurisdicionais nacionais interpretarem a sua legislação em conformidade com uma directiva não implica o seu efeito directo entre particulares. Pelo contrário, são as próprias disposições nacionais, interpretadas em harmonia com a directiva, que são aplicadas.

40. Devo também referir-me a dois acórdãos muito citados pelos intervenientes nesta fase do processo, tanto a favor como contra as suas diferentes posições. Trata-se dos acórdãos CIA Security International [52] e Unilever [53], que podem constituir marcos na evolução da jurisprudência deste Tribunal de Justiça em matéria de aplicação pelos órgãos jurisdicionais nacionais de directivas não respeitadas pelos Estados-Membros, mas que não são de grande utilidade para resolver a questão agora colocada [54].

Nesses dois processos, respondeu-se ao órgão jurisdicional nacional que, em processos entre particulares, não devia aplicar uma norma técnica nacional aprovada sem notificação prévia à Comissão, em clara infracção dos artigos 8.º e 9.º da Directiva 83/189/CEE [55], tendo o Tribunal de Justiça, porém, o cuidado de especificar que a sua jurisprudência Faccini Dori [56] não era pertinente nesse caso, pois o não respeito das normas

49 — O advogado-geral S. Albert pronunciou-se a favor de uma solução com estas características nos n.ºs 25 a 31 das conclusões que apresentou no processo em que deu origem ao acórdão de 14 de Setembro de 2000, Collino e Chiappero (C-343/98, Colect., p. I-6659), para o caso de o órgão jurisdicional nacional considerar que estava perante um litígio entre particulares. Ao resolver as questões prejudiciais, o Tribunal de Justiça deixou nas mãos do órgão jurisdicional nacional a comprovação de os trabalhadores poderem invocar as disposições da Directiva 77/187/CEE do Conselho, de 14 de Fevereiro de 1977, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos (JO L 61, p. 26; EE 05 F2 p. 122), em relação a uma sociedade que tinha encomendado, mediante concessão, a prestação de serviços públicos de telecomunicações, sucessora de um organismo público, que assegurava anteriormente a mesma função.

50 — V., também, as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo em que deu origem ao acórdão Centrosteel, já referido, n.º 35, e as do advogado-geral L. A. Geelhoed, no processo em que deu origem ao acórdão de 11 de Julho de 2002, Marks & Spencer (processo C-62/00, Colect., p. I-6325, n.º 42).

51 — Já referido.

52 — Acórdão de 30 de Abril de 1996 (C-194/94, Colect., p. I-2201).

53 — Acórdão de 26 de Setembro de 2000 (C-443/98, Colect., p. I-7535).

54 — López Escudero, M.: «Efectos del incumplimiento del procedimiento de información aplicable a las reglamentaciones técnicas (Directiva 83/189/CEE)», em *Revista de Instituciones Europeas*, 1996, pp. 839 a 861, especialmente, p. 861: «os particulares não podem retirar nenhum direito de actos normativos comunitários que, como a Directiva 83/189, estabelecem a um procedimento de informação no qual as instituições comunitárias não têm o poder de determinar a compatibilidade com o direito comunitário das regulamentações nacionais notificadas. Por isso, considero que a utilização do princípio do efeito directo para garantir a eficácia deste tipo de normas comunitárias não é conveniente. O efeito directo não deve ser utilizado jurisprudencialmente para 'emendar' as deficiências surgidas na aplicação de qualquer tipo de legislação comunitária».

55 — Directiva do Conselho, de 28 de Março de 1983, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas (JO L 109, p. 8; EE 13 F14 p. 3).

56 — Acórdão Faccini Dori, já referido.

dessa directiva constituía um vício essencial de forma e as suas disposições não criavam direitos nem obrigações para os particulares [57].

41. O facto de o efeito directo de uma disposição de uma directiva se repercutir nos direitos dos particulares, que não fazem parte da relação vertical, também não foi obstáculo para que o Tribunal de Justiça o reconhecesse. Constituem bons exemplos desta afirmação o acórdão Fratelli Costanzo [58], proferido em interpretação da Directiva 71/305/CEE [59] num recurso de anulação da adjudicação de um contrato administrativo de empreitada [60], o acórdão World Wildlife Fund e o. [61], proferido noutro recurso de anulação interposto por vários particulares residentes em terrenos confinantes com um aeroporto e duas associações de protecção do meio ambiente, em que se impugnava a autorização de um projecto de reestruturação das suas instalações; o acórdão Smith & Nephew e Primecrown [62], que permitiu ao titular de uma autorização de comercialização de uma especialidade farmacêutica, concedida ao abrigo da Directiva 65/65/CEE [63], invocar as suas disposições num processo nacional, com o fim de impugnar a validade da autorização concedida pela autoridade competente, com fundamento na mesma disposição, a um dos seus concorrentes para uma especialidade registada com denominação igual; ou o recente acórdão Wells [64], onde é clarificado que as simples repercussões negativas nos direitos de terceiros, inclusivamente se puderem ser previstas, não justificam que se impeça um particular de invocar as disposições de uma directiva contra o Estado-Membro.

42. Também discordo de quem defendeu que a primado só pode ser defendido em relação ao direito comunitário primário ou, no máximo, em relação a um regulamento, por ser a legislação em jogo no acórdão Simmenthal [65], uma vez que essa distinção é artificial e inexacta, já que [66], no referido acórdão, o Tribunal de Justiça ratificou o primado, tanto do Tratado, como dos actos das Instituições directamente aplicáveis. Além disso, cada vez que uma norma comunitária se opõe a uma norma de algum dos Estados-Membros reitera-se o reconhecimento do primado consagrado há quase

57 — Acórdão Unilever, também já referido, n.os 50 e 51.

58 — Acórdão Fratelli Costanzo, já referido.

59 — Directiva do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 185, p. 5; EE 17 F3 p. 9).

60 — Tridimas, T., obra referida, p. 334: «Although [the Court] did not examine specifically the implications of allowing reliance on the directive, it did not consider as impermissible horizontal effect the adverse legal implications that would inevitably flow for the successful tenderer by the annulment of the tendering authority's decision».

61 — Acórdão de 16 de Setembro de 1999, World Wildlife Fund e o. (C-435/97, Colect., p. I-5613, n.os 69 a 71).

62 — Acórdão de 12 de Novembro de 1996, Smith & Nephew e Primecrown (C-201/94, Colect., p. I-5819, n.º 39).

63 — Directiva do Conselho, de 26 de Janeiro de 1965, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas, respeitantes às especialidades farmacêuticas (JO 1965, 22, p. 369; EE 13 F1 p. 18).

64 — Acórdão de 7 de Janeiro de 2004, Wells (C-201/02, Colect., p. I-723, n.º 57).

65 — Acórdão de 9 de Março de 1978, Simmenthal (106/77, Colect., p. 629, n.º 17).

66 — V. Simon, D.: *La directive européenne*, Dalloz 1997, p. 95: «l'obligation d'écarter les règles nationales contraires au droit communautaire s'impose au juge national en vertu du principe de primauté, y compris si la norme en cause est dépourvue d'effet direct».

quarenta anos, independentemente da fonte comunitária: o Tratado [67], um regulamento ou uma directiva [68].

43. A minha intenção não é, neste momento, defender o efeito directo horizontal das directivas não transpostas, que reúnam as condições consignadas pela jurisprudência. Nem sequer pretendo incentivar os órgãos jurisdicionais nacionais a aplicar os referidos preceitos, invadindo o âmbito das funções do legislador nacional.

Contudo, também não posso estar de acordo com quem defende que, num caso como o vertente, os particulares unicamente podem exigir a responsabilidade do Estado por danos causados com o incumprimento das obrigações que lhe incumbem por força do direito comunitário, visto que, segundo entendeu o Tribunal de Justiça, esta solução tem carácter subsidiário e só ocorreria se as restantes disposições nacionais adoptadas para transpor a Directiva 93/104 não pudessem ser interpretadas de acordo com a sua letra e a sua finalidade.

44. Nas circunstâncias existentes nestes processos, o papel atribuído ao Tribunal de Justiça como garante da interpretação uniforme do direito comunitário, assumido especialmente na sua competência prejudicial, impede-o de deixar o órgão jurisdicional sem outra alternativa senão aplicar uma disposição do ordenamento jurídico interno [69] contrária à redacção do artigo 6.º, n.º 2, da Directiva 93/104 e ao seu objectivo de melhorar a segurança, a higiene e a saúde dos trabalhadores [70].

45. Assim sendo, visto que o artigo 6.º, n.º 2, da Directiva 93/104 é uma norma clara, precisa e incondicional, sem necessidade de qualquer desenvolvimento pelo legislador nacional [71], e que o juiz alemão pode utilizar outras disposições da lei relativa ao tempo de

67 — V. acórdão de 15 de Julho de 1964, Costa/ENEL (6/64, Colect. 1962-1964, p. 549).

68 — Acórdão de 5 de Abril de 1979, Ratti (148/78, Recueil, p. 1692, n.ºs 20 a 24). O advogado-geral W. van Gerven afirma, no ponto 9 das conclusões apresentadas no processo Marleasing: «Além disso, a directiva [...], enquanto elemento do direito comunitário, tem prioridade sobre todas as disposições de direito nacional. Isto também é válido, em especial, quando se trate de disposições nacionais [...] relacionadas com o domínio jurídico abrangido pela directiva».

69 — Prechal, S.: *Directives in European Community Law. A Study of Directives and Their Enforcement in National Courts*, Clarendon Press Oxford, 1995, p. 229: «The domestic courts are here operating within the context of Community law. For this very reason Community law and, specially Article 5 of the Treaty, may not only require them to do something positive but may also stop them if they should transcend the limits of what is considered as acceptable under Community law.»

70 — Lenaerts, K.: «L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples», em *Cahiers de droit européen*, 1991, pp. 3 a 41, especialmente, p. 38: «Le juge aura généralement tendance à interpréter la norme nationale concernée dans le sens de la directive et de garantir de la sorte l'effet utile de la directive dans les relations entre particuliers»; Morris, P. E.: «The direct effect of directives — some recent developments in the European Court» em *The journal of business law*, 1989, Maio pp. 233 a 245, especialmente, p. 241: «if national judiciaries respond positively to this exhortation something approaching horizontal direct effect may be achieved by a circuitous route. The substantive contents of directives could gradually percolate into private legal relationships without the problems which investing directives with horizontal direct effect would bring in its train, most notably the erosion of legal certainty, the risk of a national judicial revolt and the distortion of article 189».

71 — Acórdão de 5 de Março de 1996, Brasserie du pêcheur e Factortame e o. (processos apensos C-46/93 e C-48/93, Colect., p. I-1029, n.º 22).

trabalho, diferentes do § 7, n.º 1, ponto 1, alínea a), não há que propor aos trabalhadores que intentem uma acção de indemnização contra o Estado.

46. Há que acrescentar que o interesse da Directiva 93/104 em proteger os trabalhadores, como parte mais vulnerável da relação laboral, deve ser ponderado pelo órgão jurisdicional nacional, quando interprete o direito interno transposto [72]. O próprio Tribunal de Justiça, no acórdão Unilever [73], preocupou-se em assinalar a diferença entre as directivas que criam direitos e obrigações para os particulares e as que não o fazem.

47. Assim, parece aconselhável recomendar ao Arbeitsgericht de Lörrach que, assumindo as suas responsabilidades comunitárias, siga a orientação traçada pelo Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, pelo Tribunal Superior de Justicia da Cataluña, pelo Juzgado de Primera Instancia n.º 35 de Barcelona, pela Audiencia Provincial de Sevilha, pelo Arbeitsgericht de Hamburgo, pelo Tribunale Civile de Bolonha, pela Corte di Cassazione da República Italiana e pelo Pretore de Brescia.

48. Pelas razões expostas proponho ao Tribunal de Justiça que declare que o artigo 6.º, n.º 2, da Directiva 93/104 se opõe, sempre que o Estado não tenha feito uso da possibilidade contemplada no artigo 18.º, n.º 1, alínea b), i), a uma norma como a do § 7, n.º 1, ponto 1, alínea a), da lei alemã do tempo de trabalho, que permite prolongar, numa convenção colectiva ou num acordo de empresa, o período diário de trabalho para além das dez horas, quando o tempo de trabalho inclua períodos de permanência regulares e importantes.

Em consequência, há que interpretar o artigo 14.º da Convenção colectiva da Cruz Vermelha alemã, na medida em que se baseia no referido § 7, de modo a que os trabalhadores afectados não se vejam obrigados a efectuar mais de quarenta e oito horas semanais em média, tendo em conta as disposições do artigo 16.º, n.º 2, e do artigo 17.º, n.º 4, da Directiva 93/104, relativas à fixação do período de referência para o cálculo da média.

72 — Alguns autores sublinham que certos ramos do ordenamento jurídico, entre os que se contam o direito do trabalho e o direito da protecção do consumidor, que regulam relações entre particulares, mostram uma flexibilidade susceptível de permitir, sem grandes problemas, uma interpretação das normas nacionais à luz do direito comunitário que contribua para a sua evolução. V. Rodríguez Iglesias, G. C. e Riechenberg, K.: «Zur richtlinienkonformen Auslegung (Ein Ersatz für die fehlende horizontale Wirkung?)», *Festschrift für Ulrich Everling*, vol. II, p. 1229: «Es gibt Rechtsgebiete, die so flexibel ausgestaltet sind, dass eine Auslegung der einschlägigen innerstaatlichen Vorschriften im Lichte des Gemeinschaftsrechts ohne größere Schwierigkeiten möglich ist. Ein gutes Beispiel für eine Rechtsgebiet, das in allen Mitgliedstaaten in den letzten Jahren tiefgreifende Änderungen erfahren hat, ist das Arbeitsrecht. Auch jüngere Rechtsgebiete, wie das Verbraucherschutzrecht, dürften für eine solche Rechtsfortbildung offen sein.»

73 — Acórdão Unilever, já referido.

IV — Conclusão

49. Tendo em conta as considerações que antecedem, sugiro de novo ao Tribunal de Justiça que responda à terceira questão colocada pelo Arbeitsgericht Lörrach no presente processo, da seguinte forma:

«O artigo 6.°, n.° 2, da Directiva 93/104/CE do Conselho, de 23 de Novembro de 1993, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho, mesmo no caso de os Estados-Membros estabelecerem excepções ao período de referência fixado no artigo 16.°, n.° 2, é claro, preciso e incondicional, além de reconhecer direitos aos particulares, pelo que pode ser invocado nos órgãos jurisdicionais nacionais quando o Estado-Membro não o tenha transposto correctamente dentro do prazo concedido. No entanto, uma vez que os litígios principais são processos entre particulares, os trabalhadores não podem invocar o efeito directo da referida norma.

O artigo 6.°, n.° 2, da Directiva 93/104 opõe-se, sempre que o Estado não tenha feito uso da possibilidade contemplada no artigo 18.°, n.° 1, alínea b), i), a uma disposição, como a do § 7, n.° 1, ponto 1, alínea a), da lei alemã do tempo de trabalho, que permite prolongar, numa convenção colectiva ou num acordo de empresa, o período diário de trabalho para além de dez horas, quando o tempo de trabalho inclua períodos de permanência regulares e importantes. Em consequência, há que interpretar o artigo 14.° da Convenção colectiva relativa às condições de trabalho dos empregados, trabalhadores e formandos da Cruz Vermelha alemã, na medida em que se baseia no referido § 7, de modo a que os trabalhadores afectados não se vejam obrigados a efectuar mais de quarenta e oito horas semanais em média, tendo em conta as disposições do artigo 16.°, n.° 2, e do artigo 17.°, n.° 4, da Directiva 93/104, relativas à fixação do período de referência para o cálculo da média.»