CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL G. FEDERICO MANCINI apresentadas em 19 de Maio de 1987 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Entre a sociedade alemã Foto-Frost e o Hauptzollamt Lübeck-Ost está pendente um processo que tem por objecto a cobrança *a posteriori* de direitos de importação relativos a mercadorias fabricadas na República Democrática Alemã («RDA») e compradas por uma empresa com sede na República Federal Alemã («RFA») a sociedades estabelecidas noutros Estados-membros. No âmbito desse litígio, o Finanzgericht de Hamburgo submete ao Tribunal quatro questões, duas das quais respeitantes a problemas muito delicados. Aquele tribunal pretende saber se os órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores dos outros Estados-membros podem pronunciar-se sobre a validade dos actos comunitários — no caso vertente, trata-se de uma decisão dirigida pela Comissão à RFA — e como devem ser interpretadas as normas que regulam a cobrança dos direitos à luz do protocolo relativo ao comércio interno alemão anexo ao Tratado CEE.

2. A Foto-Frost é uma empresa estabelecida na RFA que importa, exporta e comercializa por grosso artigos fotográficos. Entre 23 de Setembro de 1980 e 9 de Julho de 1981, comprou vários lotes de binóculos prismáticos fabricados pela Carl Zeiss Jena (RDA); mas, uma vez que existe entre esta sociedade e a empresa homónima de Oberkochen (RFA) um acordo em que se prevê que, para entrarem na Alemanha Ocidental, os produtos da primeira devem atravessar países terceiros, a compra foi efectuada a sociedades estabelecidas na Dinamarca e no Reino Unido, com entrepostos aduaneiros na Dinamarca e nos Países Baixos. Os binóculos foram depois exportados em parte (Itália, África do Sul), e em parte revendidos a outras empresas que, por seu turno, os exportaram.

A mercadoria foi vendida, facturada e expedida à Foto-Frost no âmbito do regime do trânsito comunitário externo [artigo 12.° e seguintes do Regulamento n.° 222/77 do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976, relativo ao trânsito comunitário (JO 1977, L 38, p. 1; EE 02, F3 p. 91)], que permite que mercadorias provenientes de Estados terceiros, que não se encontrem em livre prática num Estado-membro, possam ser transportadas no interior da Comunidade sem estarem sujeitas a formalidades aduaneiras aquando da passagem de um Estado-membro para outro. Como já fizera em ocasiões anteriores análogas, a Foto-Frost declarou os binóculos para a colocação em livre prática, exibiu as autorizações exigidas e pediu a isenção dos direitos de importação, nos termos do protocolo que regula o comércio interno alemão. Uma vez que as mercadorias tinham sido fabricadas na RDA, os serviços aduaneiros deferiram o pedido.

Esta decisão foi todavia contestada em Setembro de 1981 pelo Hauptzollamt Lübeck-Ost. Nos termos do artigo 1.° do protocolo relativo ao comércio interno alemão, de 25 de Março de 1957 — observou ele — «fazem parte do comércio interno alemão as trocas comerciais entre os territórios alemães sujeitos à lei fundamental da República Federal da Alemanha e os territórios

* Tradução do italiano.

alemães que não se encontram sujeitos a esta lei fundamental», pelo que «a aplicação do Tratado na Alemanha não exige qualquer modificação do regime actual desse comércio». Por outras palavras, aquele normativo apenas diz respeito às trocas «directas» entre a RFA e a RDA e não podia, portanto, aplicar-se a importações de mercadorias que tinham atravessado outros Estados.

Além disso — acrescentou o serviço aduaneiro — a Foto-Frost não deveria ser sujeita à cobrança dos direitos. Com efeito, a empresa preenchia as condições previstas no n.° 2, primeiro parágrafo, do artigo 5.° do Regulamento n.° 1697/79 do Conselho, de 24 de Julho de 1979, relativo à cobrança *a posteriori* dos direitos de importação ou dos direitos de exportação que não tenham sido exigidos ao devedor por mercadorias declaradas para um regime aduaneiro que implica a obrigação de pagamento dos referidos direitos (JO L 197, p. 1; EE 02, F6 p. 54). Em especial, tinha apresentado na alfândega uma declaração devidamente preenchida e, uma vez que a isenção lhe tinha sido concedida anteriormente por várias vezes, não tinha razões para duvidar da justeza da decisão tomada a seu respeito pelos serviços competentes.

Assunto encerrado, portanto? Não! O montante dos direitos excedia 2 000 ECU e, nessas condições, o Hauptzollamt não tem o poder de decidir directamente renunciar à cobrança [artigo 4.° do Regulamento n.° 1573/80 da Comissão, de 20 de Junho de 1980 (JO L 161, p. 1; EE 02, F6 p. 273)]. O serviço aduaneiro submeteu então o assunto ao ministro federal das Finanças que, por seu turno, solicitou à Comissão que decidisse, com base no artigo 6.° do mesmo regulamento, se no caso em apreço a cobrança podia ser evitada. Por decisão de 6 de Maio de 1983, dirigida à RFA, a Comissão pronunciou-se pela negativa. A importadora — observou — tinha a possibilidade de confrontar a regulamentação cuja aplicação solicitava com as circunstâncias em que tinham decorrido as importações e estava, portanto, em condições de detectar eventuais erros cometidos pelas autoridades. Além disso, não era exacto que tivesse cumprido todas as condições previstas pela regulamentação em vigor para as declarações para a alfândega. Portanto, deviam ser cobrados direitos no montante de 64 346,53 DM.

Após essa decisão, que nem o Estado destinatário nem a Foto-Frost impugnaram perante o Tribunal, o Hauptzollamt emitiu em 22 de Julho de 1983 um aviso de cobrança rectificativo exigindo à empresa o pagamento da importância indicada pela Comissão e, além disso, de 12 736,10 DM de imposto sobre o volume de negócios na importação. Nesta altura, a Foto-Frost recorreu para o Finanzgericht de Hamburgo, impugnando o referido aviso e pedindo a suspensão da cobrança a título cautelar. Por despacho de 22 de Setembro de 1983, o tribunal deu provimento ao pedido. Com efeito, considerou que, segundo o protocolo relativo ao comércio interno alemão, a operação efectuada pela empresa devia ser considerada isenta de direitos. Era, pois, oportuno suspender a cobrança até se determinar, eventualmente depois de um reenvio para o Tribunal de Justiça, se a cobrança *a posteriori* era justificada.

Retomando a causa principal, o Finanzgericht decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal as seguintes questões prejudiciais (29 de Agosto de 1985).

«1) O juiz nacional pode: a) apreciar a validade de uma decisão adoptada pela Comissão nos termos do artigo 6.° do Regulamento n ° 1573/80 da Comissão, de 20 de Junho de 1980, em matéria de renúncia à cobrança *a posteriori* dos direitos de importação em aplicação do

n.° 2 do artigo 5.° do Regulamento n.° 1697/79 do Conselho, de 20 de Julho, que declarou injustificada essa renúncia; b) eventualmente decidir, no âmbito de um processo de impugnação do respectivo aviso de cobrança, que deve renunciar-se a ela?

2) Em caso de resposta negativa à primeira questão, alínea a), a decisão da Comissão referência REC 3/83, de 6 de Maio de 1983, é válida?

3) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, alínea a), o artigo 5.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1697/79 deve ser interpretado como permitindo adoptar uma decisão discricionária que pode ser fiscalizada pelo juiz dentro dos limites dos vícios relativos ao exercício do poder discricionário, ou uma decisão de equidade, susceptível, portanto, de ser fiscalizada sob todos os seus aspectos?

4) No caso de não se dever renunciar à cobrança dos direitos nos termos do n.° 2 do artigo 5.° do Regulamento n.° 1697/79: as mercadorias provenientes da RDA e entradas na RFA através de outro Estado-membro no regime do trânsito comunitário externo incluem-se no comércio interno alemão, na acepção do protocolo de 25 de Março de 1957, com a consequência de, no acto da sua importação na RFA, não poderem exigir-se nem os direitos nem o imposto sobre o volume de negócios na importação; ou, pelo contrário, deverão essas mercadorias ser consideradas como importadas de países terceiros, com a consequência de ser cobrável o direito comunitário, nos termos da legislação aduaneira, e o imposto sobre o volume de negócios na importação, com base no n.° 2 do artigo 2.° da sexta directiva CEE, que harmoniza os impostos sobre o volume de negócios na Comunidade Europeia?»

No presente processo apresentaram observações escritas o Hauptzollamt Lübeck-Ost, a Comissão das Comunidades Europeias e a sociedade Foto-Frost.

3. Para uma melhor compreensão dos factos que expus e dos problemas sobre os quais o Tribunal é chamado a pronunciar-se, é oportuno recordar a legislação comunitária em matéria de cobrança *a posteriori* dos direitos de importação e o regime aplicável ao comércio interno alemão.

As normas comunitárias constam dos já citados artigos 5.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1697/79 do Conselho e 4.° e 6.° do Regulamento n.° 1573/80 da Comissão. A primeira dessas disposições determina que as autoridades nacionais competentes «podem não proceder à cobrança *a posteriori*... dos direitos de importação... que não tenham sido cobrados em consequência de um erro... que não podia razoavelmente ser detectado pelo devedor, tendo este... agido de boa fé e cumprido as disposições previstas pela regulamentação em vigor no que respeita à declaração para a alfândega». As outras duas normas aplicam-se na hipótese de os direitos serem iguais ou superiores a 2 000 ECU. Neste caso — dispõe o artigo 4.° — a referida autoridade «submete à Comissão um pedido de decisão contendo todos os elementos de apreciação necessários...». E — acrescenta o artigo 6.° — a Comissão decidirá após consulta de um grupo de peritos composto por representantes de todos os Estados-membros reunidos no âmbito do Comité das Franquias Adua-

neiras «que a situação examinada permite não se proceder à cobrança dos direitos em causa ou que ela o não permite». A decisão é em seguida notificada ao Estado cujas autoridades pediram à instituição que se pronunciasse.

Merece também referência a Directiva 79/695/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1979, relativa à harmonização dos procedimentos de introdução em livre prática das mercadorias (JO L 205, p. 19; EE 02, F6 p. 57). Com efeito, o n.° 2 do artigo 10.° atribui competência às autoridades nacionais para controlarem e, se for caso disso, rectificarem o montante dos direitos já aplicados.

Passemos ao regime do comércio interno alemão. Como se sabe, assenta em três grupos de normas: a) a convenção celebrada em Berlim, em 20 de Setembro de 1951, entre a RFA e a RDA, relativa quer ao comércio entre as zonas monetárias do marco, quer às relações entre os institutos emissores dos dois Estados; b) uma série de leis e de regulamentos aprovados durante o período de ocupação (1949-1950) pelos governos e pelos comandantes militares aliados em matéria de controlo dos câmbios e de circulação de mercadorias; c) vários regulamentos de aplicação adoptados posteriormente pelo legislador federal, entre os quais, e por último, o de 1 de Março de 1979, relativo às trocas interzonais (*Bundesgesetzblatt*, I, p. 463).

As normas militares mencionadas na alínea b), que ainda estão em vigor, proíbem, em regra, a compra e fornecimento de mercadorias entre os dois Estados alemães. O Governo federal pode, no entanto, derrogar esta proibição e, nesse caso, as operações autorizadas efectuam-se mediante compensação: os respectivos pagamentos não são efectuados em moeda livremente convertível, mas são inscritos em duas contas mantidas pelo Deutsche Bundesbank na RFA e pelo Staatsbank na RDA. Mas há mais. Como aconteceu no caso em apreço, as referidas operações podem efectuar-se através de um país terceiro e, por conseguinte, comportar o risco de a RDA iludir o mecanismo de compensação obtendo moeda convertível. Para evitar essas fraudes, as mesmas normas instituem um sistema articulado com autorizações prévias e controlos sucessivos que o Governo de Bona aplica com muito rigor.

4. O problema colocado pela primeira questão do Finanzgericht é — em minha opinião — um dos mais difíceis que o Tribunal teve de apreciar até hoje. Trata-se, com efeito, de decidir se, à luz do artigo 177.° do Tratado CEE, os tribunais hierarquicamente inferiores dos Estados-membros são competentes para se pronunciarem sobre a validade dos actos comunitários, quer directa quer indirectamente, isto é, por meio de decisões ou despachos que tenham por objecto a validade ou a execução de disposições internas pelas quais esses actos são aplicados. Todas as partes que intervêm no presente processo solicitam ao Tribunal que responda negativamente. Digo desde já que também eu farei uma proposta análoga; mas com uma excepção, com algumas dúvidas e, sobretudo, com bastantes apreensões quanto ao acolhimento que terá um acórdão conforme com essa sugestão.

As minhas dúvidas e preocupações provêm da constatação de uma dupla realidade: o número considerável de decisões nacionais publicadas que acolheram ou praticamente aplicaram a solução contrária e a força dos

argumentos em que assenta. Essas decisões são pelo menos dez, e em sete delas a competência dos tribunais nacionais é afirmada claramente e sem limites, enquanto princípio que se pode extrair do artigo 177.°: refiro-me às decisões proferidas entre 1966 e 1968 pela segunda secção do Verwaltungsgericht de Franktfurt-am-Main (12 de Dezembro de 1966, n.° AZ II/2 986/66 e II/ /2 987/66, de 23 de Agosto de 1967, n.° AZ II/2 E 24/67, de 13 de Dezembro de 1967, n.° AZ II/2 e 79/67, de 22 de Maio de 1968, n.° AZ II/2 E 20/68, de 27 de Novembro de 1968, n.° AZ II/2 E 33/68), e, mais recentemente, pelo Finanzgericht de Munique. Com efeito, em 11 de Setembro de 1985, este último tribunal declarou *tout court* inválida uma decisão pela qual a Comissão determinara num caso específico que a isenção dos direitos aduaneiros não devia ser aplicada.

As três outras decisões são menos explícitas e, de qualquer modo, não se baseiam directamente no artigo 177.° Por despacho proferido em 15 de Julho de 1970, o Finanzgericht de Düsseldorf decidiu não interrogar o Tribunal sobre a questão da competência porque — afirmou — razões imperiosas de economia processual aconselhavam a que se esperasse a clarificação da globalidade dos problemas susceptíveis de reenvio. Igualmente pragmática foi a orientação seguida pelo High Court inglês. Em 24 de Outubro de 1985, reconheceu que a competência para decidir da validade dos actos comunitários é reservada ao Tribunal do Luxemburgo, o que, todavia, não o impediu de declarar inválida uma norma regulamentar que aplicava a decisão proferida pelo Tribunal no acórdão Man Sugar, num caso e a respeito de uma disposição de teor análogo (acórdão proferido em 24 de Setembro de 1985, no processo 181/84, Recueil, p. 2889).

Por último, o acórdão proferido em 28 de Março de 1985 pelo Oberlandsgericht de Frankfurt-am-Main. Também na opinião desse tribunal, a fiscalização dos actos das instituições do ponto de vista da validade cabe, em regra, ao Tribunal de Justiça. A competência do tribunal nacional (ou, de qualquer modo, alemão) é no entanto possível em duas situações excepcionais: a primeira é imposta por uma conhecida jurisprudência do Bundesverfassungsgericht (ver acórdão de 29 de Maio de 1974) e existe quando esteja em causa a compatibilidade de um acto comunitário com o conjunto dos direitos fundamentais garantidos pelo «Grundgesetz»; a segunda verifica-se quando as demoras exigidas pelo reenvio prejudicial impedem que se assegure aos operadores económicos uma protecção eficaz. Nessa hipótese, que apenas se verifica nos procedimentos cautelares, o tribunal pode não aplicar os actos «manifestamente inválidos» à luz do direito comunitário.

Voltemos aos argumentos invocados em apoio do primeiro grupo de decisões. Os seus autores e os juristas que as aprovam apoiam-se sobretudo na letra do artigo 177.°, donde extraem um silogismo de incontestável força. Na alínea b) do primeiro parágrafo — afirma-se — «validade» e «interpretação» dos actos estão colocadas no mesmo plano; nos dois parágrafos seguintes, acrescenta-se, estabelece-se que, quando seja suscitada «uma questão desta natureza», só os órgãos jurisdicionais cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso são obrigados a interrogar o Tribunal, enquanto os órgãos jurisdicionais cujas decisões são recorríveis têm essa faculdade; *ergo* — conclui-se — o segundo parágrafo não pode ser interpretado como atribuindo a esses tribunais competência para decidir sobre

a validade das normas comunitárias. Segundo o Verwaltungsgericht de Francoforte, os argumentos supracitados seriam, aliás, confirmados pelo confronto entre a nossa disposição e o artigo 100.° do «Grundgesetz». Com efeito, nos termos deste último, qualquer tribunal tem a obrigação de recorrer ao Tribunal Constitucional se considerar que a disposição cuja aplicabilidade está em causa está em contradição com as normas da lei fundamental; a menor imperatividade da fórmula contida no artigo 177.° é, portanto, em si mesma, prova do poder de apreciação que o Tratado reserva aos tribunais dos Estados-membros.

Objecta-se — continua a doutrina — que a concessão desse poder é fruto de um erro material ou de uma distracção em que incorreram os redactores do artigo 177.° ao coordenarem os dois primeiros parágrafos. Mas, para afastar a plausibilidade desta hipótese, basta recordar que os autores do Tratado CEE tinham presente o modelo do artigo 41.° do Tratado CECA, que afirma a competência exclusiva do Tribunal. Teriam podido confirmar esse princípio; não o fizeram, pelo contrário, precisamente porque estavam inspirados por uma orientação diferente que consistia em promover os juízes nacionais à categoria de verdadeiros juízes comunitários, encarregando-os da aplicação do direito correspondente e, portanto, também de não aplicarem os actos julgados inválidos (ver Couzinet, «Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de Justice des Communautés Européennes», in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1976, p. 660, e Braguglia, «Effeti della dichiarazione d'invalidità degli atti communitari nell'àmbito dell'articolo 177 del Trattato CEE», in *Diritto communitario e degli scambi internazionali*, 1978, p. 667).

Por outro lado, a exclusão do sistema CECA e a competência para decidir da validade, implícita na faculdade referida no segundo parágrafo do artigo 177.°, apresentam a vantagem considerável de evitar que o Luxemburgo seja submerso por um dilúvio de reenvios e que, por esse facto, os processos principais se prolonguem para além dos limites toleráveis. Nem se exagere o risco de uma aplicação divergente do direito comunitário que essa faculdade e essa competência indubitavelmente implicam. A decisão do tribunal nacional que declare a invalidade de uma norma adoptada pelas instituições não tem alcance geral, isto é, não transcende o âmbito do litígio; é sempre possível interpor recurso dela; e, de qualquer modo, a obrigação de submeter o assunto ao Tribunal imposta aos juízes de última instância colmata qualquer possível falha, garantindo, nem que seja a prazo, que as normas comunitárias serão aplicadas com base em critérios uniformes.

A jurisprudência do Tribunal também ofereceria argumentos a favor da tese em questão. No acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, processo 101/78, Granaria BV/ /Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten (Recueil 1979, p. 623) lê-se, com efeito, que «qualquer regulamento... deve presumir-se válido enquanto o *tribunal competente* não tiver declarado a sua invalidade; esta presunção baseia-se, por um lado, nos artigos 173.°, 174.° e 184.°..., que *reservam ao* Tribunal a competência exclusiva para fiscalizar a legalidade dos regulamentos e,... por outro, no artigo 177.°, que atribui ao mesmo Tribunal a *competência para se pronunciar em última instância* sobre a validade dos regulamentos» (n.° 4, sublinhado nosso) (tradução provisória). A distinção que esta passagem introduz entre as duas

competências do Tribunal não poderia — observe-se — ser mais clara. Quando se trate não de «anular», mas de «declarar a invalidade» no âmbito de um processo prejudicial, os juízes do Luxemburgo decidem apenas a título definitivo: «tribunal competente» ordinário é, pois, necessariamente o tribunal do Estado-membro.

Nem se diga que esta conclusão está em contradição com o que o Tribunal afirmou no acórdão Firma Schwarze (1 de Dezembro de 1965, processo 16/65, Recueil 1965, p. 1081). A primeira vista, o *obiter dictum* nele contido e que comummente se cita — «qualquer outro critério acabaria por deixar... aos órgãos jurisdicionais nacionais a competência para apreciar a validade dos actos comunitários» (p. 1922 (tradução provisória) — pareceria reivindicar para o Tribunal uma competência exclusiva. Mas as coisas passam-se de modo diferente. Basta, com efeito, ler a passagem à luz do que a antecede («quando se verifica que as questões submetidas pelo tribunal nacional têm, na realidade, por objecto a validade de actos comunitários, o Tribunal é obrigado a pronunciar-se» (tradução provisória) para compreender que os juízes do Luxemburgo pretendiam estabelecer um princípio bem diverso: ou seja, o seu poder-dever de responder, não àquilo que o tribunal de reenvio parece solicitar (uma interpretação), mas àquilo que realmente é solicitado através de termos ou conceitos impróprios (a fiscalização da validade) (Couzinet, já citado).

Não basta. O verdadeiro pensamento do Tribunal na matéria que tratamos emerge com especial clareza de um documento não jurisdicional. Nas suas «sugestões para a união europeia» (1975) lê-se que «correlativamente (ao alargamento do processo judicial a qualquer outra matéria prevista pelo futuro Tratado ou por outra convenção entre os Estados-membros) deveria impedir-se o tribunal nacional de considerar inválido um acto adoptado pelas instituições... antes de o Tribunal... ter decidido nesse sentido, como se estabeleceu no Tratado CECA» (*Supplément au Bulletin des Communautés européennes*, 9/75, p. 21). A dedução a que estas palavras se prestam é evidente: precisamente porque se sugere que tal lhe seja retirado, não há dúvidas de que o juiz tem actualmente, de *jure condito*, o poder de apreciar a validade do acto comunitário.

5. Entre os argumentos assim resumidos, os últimos — ou seja, os extraídos da jurisprudência do Tribunal — parecem-me os menos significativos. O facto é que a questão submetida pelo Finanzgericht de Hamburgo constitui uma novidade absoluta. Apenas hoje o Tribunal a enfrenta *ex professo*; as considerações que o Tribunal lhe dedicou no passado ao decidir sobre problemas completamente diferentes e, portanto, sob a forma de *obiter dicta* (entre outros, se a minha impressão é correcta, deliberadamente ambíguos) são, por isso mesmo, muito pouco esclarecedoras. De qualquer modo, é certo que elas — e mais ainda as propostas de política legislativa que vos ocuparam há doze anos — não vinculam minimamente o Tribunal.

Sólidos são, em contrapartida, e como já disse, os argumentos baseados na letra do artigo 177.°: sólidos, mas também geradores de resultados tão perigosos e anómalos que relegam para segundo plano o incontestável embaraço que se tem ao refutá-los. Concordo, em suma, com os autores para quem

a interpretação literal da norma dá origem a consequências «undesirable», «improper» ou susceptíveis de criar «grave problema»; e, uma vez que, estas consequências não podiam escapar aos autores do Tratado, também penso que a formulação «elliptique» da nossa disposição se deve imputar a um erro seu, singular, mas não impossível (Tomuschat, *Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die Europäischen Gemeinschaften*, Colónia, 1964, p. 57 e seguintes; Schumann, «Deutsche Richter und Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften», in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1965, p. 119 e seguintes; Bebr, «Examen en validité au titre de l'article 177 du traité CEE et cohésion juridique de la Communauté», in *Cahiers de droit européen*, 1975, p. 384; Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 1981, p. 265; Brown et Jacobs, *The Court of Justice of the European Communities*, Londres, 1983, p. 154 e seguintes; Schermers, *Judicial Protection in the European Communities*, Deventer, 1983, p. 232; Boulouis, *Droit institutionnel des Communautés Européennes*, Paris, 1984, p. 213).

As anomalias a que conduz a tese que vos convido a rejeitar são pelo menos quatro. A primeira e, talvez a mais visível, é um paradoxo: aquela tese atribui aos tribunais hierarquicamente inferiores um poder — a fiscalização da validade dos actos — que o terceiro parágrafo do artigo 177.° retira expressamente aos tribunais de última instância (Bebr, já citado, Telchini, «Le pronunzie sulla validità degli atti communitari secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia», in *Diritto communitario e degli scambi internazionali*, 1978, p. 257). Decisivo, aliás, é o segundo inconveniente: a contradição que o reconhecimento do poder em questão provoca no sistema em que se consubstancia a fiscalização da legalidade comunitária. Como sabemos, os artigos 173.° e 174.° confiam essa tarefa apenas ao Tribunal; não se compreende por que razão a exclusividade assim consagrada deve ser afastada quando o recurso aos juízes do Luxemburgo é da iniciativa não do interessado, mas do juiz nacional. É certo que a intervenção deste está longe de se limitar a uma transmissão de documentos e restringe, portanto, a margem de intervenção do Tribunal; mas, no espaço que lhe deixa, não modifica a natureza dessa intervenção. Por outras palavras, observa Bebr, a apreciação prejudicial da validade dos actos comunitários continua a ser um «controle constitutionnel», ainda que «larvé».

Mas não é tudo. A contradição que referi não é só logicamente injustificável. Tem pesadas consequências institucionais: viola o princípio instituído pelo artigo 189.°, segundo o qual os actos adoptados pelas instituições devem ser aplicados de modo uniforme em todo o território comunitário. Ora, este princípio tem um duplo objectivo: garantir a segurança jurídica e — ainda, e talvez mais importante — garantir a coesão jurídica da Comunidade. Portanto, consciente disso ou não, o juiz do Estado-membro que alargue o âmbito da sua intervenção a ponto de declarar a invalidade de uma norma comunitária introduz no sistema um factor de desagregação; em termos mais explícitos, a sua decisão abre uma brecha no fundamento em que se baseia o organismo nascido do Tratado de Roma.

Objecta-se que este reparo vale igualmente para a decisão de que resulta uma interpretação aberrante do acto comunitário, ou mesmo apenas divergente da leitura que dele é feita por outras decisões nacionais; e daí se conclui que tal redunda em ignorar todo o segundo parágrafo do artigo 177.° Mas esta crítica não colhe. Com efeito, interpretar uma norma implica sempre a intenção de a aplicar. O juiz que o faça sem a cooperação do nosso Tribunal e, como pode

perfeitamente acontecer, chegue a resultados errados ou mesmo absurdos, prejudicará, pois, uma série de interesses, até de natureza comunitária; no entanto, é certo que não entrará em conflito com o artigo 189.° ou, pelo menos, não comprometerá o essencial da regra que ele consagra. Pelo contrário, à declaração de invalidade não pode deixar de seguir-se a não aplicação da norma; nesse caso, em suma, esse essencial é certamente comprometido.

Certamente e, acrescento, em muitos casos irremediavelmente. Negam-no, como já vimos, o Verwaltungsgericht de Francoforte e um sector da doutrina, que observam que a norma deixa de ser aplicada não em termos gerais e abstractos mas simplesmente no âmbito de um litígio e que a decisão correspondente é sempre susceptível de recurso. Todavia, este argumento não tem em conta, por um lado, que muitos actos comunitários (em matéria de concorrência, de auxílios do Estado, de processos antidumping ou mesmo em situações como a que estamos a tratar) são pontuais, isto é, dirigem-se a um ou mais sujeitos determinados; e, por outro lado, esquece que um recurso do organismo nacional interessado nunca é certo. Com efeito, como salienta um jurista espanhol, extraindo daí interessantes corolários sobre a fraqueza do nosso sistema jurídico de administração indirecta, nada garante que esse organismo identifique o seu próprio interesse com o da Comunidade (Peláez Marón, «Ambito de la apreciación prejudicial de validez de los actos comunitarios», in *Revista de las instituciones europeas*, 1985, p. 758).

Falei em quatro inconvenientes. Os dois últimos são de ordem prática, mas nem por isso têm menor importância. Direi antes de mais que fiscalizar a validade dos actos comunitários é uma operação delicada que implica um perfeito conhecimento das normas de referência, muitas vezes redigidas numa linguagem difícil e até esotérica, ou de dados económicos não facilmente acessíveis («was there — exemplifica a doutrina — a surplus of apples or of mushrooms in the Community, at a certain date?»); portanto, uma operação para a qual o juiz nacional está pouco apetrechado ou, de qualquer modo, menos apetrechado que o Tribunal de Justiça (Koopmans, «The Technique of the Preliminary Question — A view from the Court of Justice», in *TMC Asser Institut, Article 177: Experiences and Problems*, North-Holland, 1987, p. 330). Em segundo lugar, o juiz nunca poderia limitar no tempo os efeitos da decisão pela qual declara a invalidade de um acto, como, pelo contrário, é permitido ao Tribunal com base na conhecidíssima jurisprudência que alargou aos pedidos prejudiciais a norma do artigo 174.° Portanto, a sua fiscalização deixaria por resolver os problemas económicos a que essa extensão pretende obviar, com consequências potencialmente desagregadoras para o funcionamento do mercado comum.

Se todas estas observações são exactas, a conclusão que antecipadamente anunciei surge não como irrefutável, mas certamente razoável, e em todo o caso mais satisfatória que a contrária. Resumi-la-ei numa simples frase: o juiz nacional que tenha dúvidas quanto à validade da norma comunitária deverá suspender a instância e recorrer ao Tribunal (ver, além da doutrina citada, Ehle, «Inzidenter Rechtsschutz gegen Handlun-

gen der europäischen Gemeinschaftsorgane», in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1964, p. 720; Constantinesco, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften*, I, Baden-Baden, 1977, p. 827; Daig, «Artikel 177», in *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 3. a edição, II, 1983, p. 395; Donner, «Les rapports entre la compétence de la Cour de Justice des Communautés européennes et les tribunaux internes», in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1965, p. 39; Plouvier, *Les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et leurs effets juridiques*, Bruxelas, 1975, p. 252; Waelbroeck, «Commentaire à l'article 11», in *Le droit de la Communauté économique européenne*, X, Bruxelas, 1983, p. 209).

Pelo contrário, nada obrigará o nosso magistrado a recorrer ao Tribunal se uma parte lhe pedir que não aplique um acto e se ele considerar que há que rejeitar os seus fundamentos. Neste caso, a faculdade que lhe reconhece o segundo parágrafo do artigo 177.° funciona plenamente; e esse dado, que exclui precisamente a redução da sua função a uma mera «transmissão de documentos», atenua o inconveniente de que falei no início do n.° 4. Afinal, a solução que sugiro ao Tribunal não se opõe frontalmente à letra da disposição mas implica apenas que o conceito de «mera questão desta natureza» seja apreendido de modo restritivo: ou seja, como um problema que o juiz está inclinado a resolver no sentido da validade.

Ainda algumas palavras para defender a referida solução de qualquer tentativa de lhe restringir o alcance. Assim, a quem observar que o juiz poderá não ser competente para declarar a invalidade do acto comunitário mas que será certamente competente para anular a medida nacional de aplicação, é fácil responder que os dois grupos de normas são, em regra, demasiado conexos para poderem ser apreciados separadamente. Prova-o precisamente o caso em apreço. Da conjugação da segunda frase do n.° 2 do artigo 5.° com o artigo 10.° do Regulamento n.° 1697/79 resulta que a decisão relativa à cobrança *a posteriori* é adoptada no âmbito de um processo especial a nível comunitário. Se o Finanzgericht tivesse afastado definitivamente a aplicação da decisão correspondente do Hauptzollamt Lübeck-Ost, haveria o risco de o prazo de três anos fixado para a cobrança pelo artigo 2.° do mesmo normativo chegar ao seu termo durante o recurso.

Também não pode aceitar-se a tese, sustentada na doutrina, segundo a qual o juiz pode não aplicar o acto comunitário pelo menos quando seja «clairement illégal» (Couzinet, já citado, p. 662). Ela é afastada pela jurisprudência do Tribunal. A esse respeito, recordem-se em especial os acórdãos Granaria BV, atrás citado, pelo qual qualquer acto se presume legítimo até que o Tribunal o declare inválido, e International Chemical Corporation (acórdão de 13 de Maio de 1981, processo 66/80, Recueil, 1981, p. 1191), do qual se infere que a ilegalidade manifesta de um acto pressupõe uma declaração anterior nesse sentido por parte do Tribunal.

6. Já disse acima que a incompetência do juiz nacional para se pronunciar sobre a validade dos actos comunitários tem uma «excepção». Acrescento agora que esta última diz respeito a uma hipótese bem delimitada: o problema de validade deve colocar-se no âmbito de um processo sumário, não importando que seja num tribunal inferior ou num tribunal de última instância.

Como vimos, o Oberlandesgericht Frankfurt am Main pronunciou-se no mesmo sentido. Mas partilha também desta orientação uma

parte significativa da doutrina (Astolfi, «La procédure suivant l'article 177 CEE», in *Sociaal-Economische Wetgeving*, 1965, p. 463; Ferrari-Bravo, «Commento all'articolo 177», in *Commentario CEE*, Milão, 1965, III, p. 1325; Bertin, «Le juge des référés et le droit communautaire», in *Gazette du Palais*, 1984, doctrine, p. 48; Daig, já ciatdo, p. 403) e, o que é mais importante, a jurisprudência do Tribunal. Com efeito, o acórdão de 24 de Maio de 1977, no processo 107/76, Hoffman-La Roche/ /Centrafarm, Recueil 1977, p. 957, afirma: «o terceiro parágrafo do artigo 177.°... deve ser interpretado no sentido de que o juiz nacional não é obrigado a submeter ao Tribunal uma questão interpretativa ou de validade... quando... seja suscitada num processo sumário... ainda que a decisão (correspondente)... (já) não seja recorrível, sempre que as partes... possam intentar... uma acção quanto ao mérito, (em que) a questão provisoriamente decidida... pode ser reexaminada e ser objecto de um reenvio nos termos do artigo 177.°» (tradução provisória).

Na base desta interpretação está obviamente a exigência que o Tribunal de Francoforte clarificou perfeitamente: evitar que o tempo de que necessita o reenvio prejudicial torne inútil a protecção cautelar que o operador pretende pela instauração do processo sumário. As condições de que o Oberlandesgericht e o Tribunal fazem depender a derrogação acrescentarei, todavia, a impossibilidade de recorrer a outras soluções, como o recurso de anulação *ex* artigo 173.° no âmbito do qual, como se sabe, podem ser solicitadas medidas urgentes.

7. A segunda questão do Finanzgericht visa determinar se a decisão de 6 de Maio de 1973 dirigida pela Comissão à República Federal da Alemanha é válida. A resposta da Foto-Frost é negativa e baseia-se em dois argumentos: a) quando estejam reunidas as condições para a aplicação do n.° 2, primeiro parágrafo, do artigo 5.° do Regulamento n.° 1697/79, a Comissão *é obrigada* a decidir que os direitos não devem ser cobrados; b) no caso em apreço essas condições estão preenchidas.

A afirmação da alínea a) baseia-se numa leitura do n.° 2 do artigo 5.°, feita à luz do n.° 1 da mesma disposição e do segundo considerando do regulamento que o contém. Com efeito, o n.° 1 dispõe que em determinados casos «*nenhuma acção para cobrança pode ser iniciada* pelas autoridades competentes» e o segundo considerando acrescenta que «o exercício de uma acção de cobrança *não se afigura em caso algum justificado* quando o primitivo registo da liquidação dos direitos... tiver sido processado com base em... elementos de tributação... reconhecidos (pelas autoridades competentes)... como conformes aos declarados pelo devedor» (sublinhado nosso). A regulamentação — conclui daí a Foto-Frost — privilegia a certeza das situações jurídicas quanto ao pagamento dos direitos em medida correspondente ao montante devido: e é evidente que essa finalidade tem influência na interpretação do n.° 2 do artigo 5.° Portanto, se o montante dos direitos for inferior a 2 000 ECU e se as condições previstas pela disposição estiverem preenchidas, a Comissão mais não poderá fazer do que convidar as autoridades nacionais a renunciar à cobrança.

A tese é destituída de fundamento. Com efeito, o n.° 2 do artigo 5.° dispõe expressamente que as autoridades nacionais *podem* não proceder à cobrança dos direitos, e o artigo 6.° do Regulamento n.° 1573/80 dispõe com não menos clareza que a Comissão «*decidirá* que a situação examinada permite não se proceder à cobrança dos direitos em causa ou que ela o não permite». Não é suficiente. Se é certo que as normas invocadas pela recorrente visam garantir aos devedores um máximo de certeza, afirmar a prevalên-

cia deste valor sobre o correcto pagamento da dívida parece-me pelo menos exagerado. O n.° 2 do artigo 10.° da Directiva 79/695, pelo qual as autoridades nacionais são competentes para controlar e rectificar os montantes já aplicados, faz antes pensar que se privilegia o interesse de assegurar às tesourarias comunitárias as melhores receitas possíveis.

O segundo argumento da Foto-Frost procede da convicção de estarem preenchidas no caso em apreço as condições impostas pelo n.° 2 do artigo 5.° Na verdade, o erro foi cometido pela autoridade aduaneira alemã que não aplicou correctamente o protocolo de 25 de Março de 1957; e a empresa não podia detectá-lo uma vez que: a) a mesma autoridade tinha-a sempre isentado dos direitos de importação sobre mercadorias fabricadas na RDA; b) a aplicabilidade dos direitos às mercadorias em causa era duvidosa, como reconheceu o próprio Finanzgericht no despacho de 22 de Setembro de 1983; c) de qualquer modo, a Foto-Frost não dispunha dos meios necessários para determinar a sua situação jurídica. Por último, é manifestamente infundada a acusação que a Comissão faz, na decisão de 6 de Maio de 1983, de que a Foto-Frost não teria cumprido todas as disposições previstas pela legislação em vigor no que respeita às declarações aduaneiras.

Esta última observação é sem dúvida exacta (ver a resposta escrita dada pela Comissão a uma pergunta formulada a este respeito pelo Tribunal). Pelo contrário, o resto da argumentação é insustentável. Uma empresa que importa habitualmente para a RFA mercadorias originárias da RDA não pode deixar de estar ao corrente da legislação aplicável ao comércio interalemão; em especial, não pode deixar de saber que, pelo menos no que respeita às operações «triangulares», efectuadas, portanto, através de países terceiros, a isenção dos direitos é excluída pela jurisprudência nacional mais autorizada (ver Bundesfinanzhof, acórdão de 3 de Julho de 1958, in *Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern*, 1958, p. 373). Portanto, não se pode dizer que a Comissão tenha exagerado ao censurar a recorrente por não ter agido de boa fé ou com o mínimo de diligência de que o n.° 2 do artigo 5.° do Regulamento n.° 1697/79 faz depender a renúncia à cobrança dos direitos.

8. Formulada para a hipótese de uma resposta afirmativa à primeira questão, a terceira questão pode ser deixada de lado. Assim, resta responder à quarta. O Finanzgericht — recordo — pede ao Tribunal que decida se as mercadorias originárias da RDA e introduzidas na RFA através de outro Estado-membro com base no processo do trânsito comunitário externo fazem parte do comércio interno alemão na acepção do protocolo anexo ao Tratado CEE, e se estão, portanto, isentas dos direitos, ou se devem ser consideradas importadas de países terceiros, com as consequências a que essa condição dá origem em matéria de direitos e de imposto sobre o volume de negócios.

A Foto-Frost solicita ao Tribunal que responda no primeiro sentido. É incontestável — reconhece — que as operações triangulares foram definidas por uma norma posterior ao protocolo (artigo 16.° do regulamento federal de 1 de Março de 1979); mas também é verdade que a legislação vigente no momento em que foi assinado o Tratado de Roma não excluía a sua aptidão para serem incluídas no comércio interno alemão (ver Bundesfinanzhof, acórdão 12 de Fevereiro de 1980, e Bundesverwaltungsgericht, acórdão 26 de Junho de 1981, in *Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern*, 1980, p. 247, e 1982, p. 55 respectivamente). A jurisprudência do Tribunal é ainda mais explícita. O acórdão de 27 de Setembro de 1979, no processo 23/79 (Geflügelschlach-

terei Freystadt GmbH/Hauptzollamt Hamburg-Jonas, Recueil 1979, p. 2789), afirmou efectivamente que, para determinar se o protocolo é aplicável a uma determinada operação, as suas modalidades e o itinerário percorrido pelas mercadorias são irrelevantes.

Quanto ao imposto sobre o volume de negócios, a sociedade recorda a declaração do Governo alemão a respeito do artigo 3.° da sexta directiva do Conselho sobre a harmonização das normas nacionais que regem a matéria. Segundo esse texto, o território da RDA é considerado território nacional alemão para efeitos daquele imposto; como posteriormente reconheceu o ministro federal das Finanças, ele é, portanto, inaplicável a mercadorias que se encontrem em livre prática na zona monetária do marco alemão oriental e sejam introduzidas na Alemanha Ocidental no âmbito do comércio interno alemão.

Há que rejeitar o argumento no seu todo. Para nos convencermos disso, basta observar que o protocolo de 25 de Março de 1957 diz respeito expressamente ao «regime *actual*» do comércio interno alemão (sublinhado nosso); pelo que — e o mesmo juiz *a quo* admite-o, modificando assim a tese que sustentava no despacho de 22 de Setembro de 1983 — só pode referir-se à legislação em vigor na altura da assinatura do Tratado. Ora, o Governo alemão e a Comissão declararam, sem serem desmentidos, que naquela altura as operações triangulares estavam sujeitas a direitos. Assim, mesmo que as consideremos abrangidas pelo protocolo, este último não pode ter o efeito de as isentar dos direitos e, naturalmente, do imposto sobre o volume de negócios.

9. Por todas as considerações que antecedem, sugiro ao Tribunal que responda do seguinte modo às questões prejudiciais apresentadas pelo Finanzgericht Hamburg por despacho de 29 de Agosto de 1985, proferido no processo nele pendente entre a sociedade Foto-Frost e o Hauptzollamt Lübeck-Ost:

«1) O princípio da aplicação uniforme do direito comunitário derivado em todos os Estados-membros, previsto no artigo 189.° do Tratado CEE, exige que o segundo parágrafo do artigo 177.° seja interpretado no sentido de que um órgão jurisdicional nacional, quando tenha dúvidas sobre a validade de um acto comunitário, deve suspender a instância e pedir ao Tribunal que se pronuncie sobre a questão.

A título excepcional, quando os particulares não disponham de outra forma de protecção jurisdicional e, em especial, se não tiverem o direito de interpor recurso de anulação nos termos do artigo 173.°, o juiz do processo sumário não é obrigado a submeter ao Tribunal uma questão sobre a validade, desde que as partes possam propor uma acção quanto ao mérito, através da qual a questão provisoriamente decidida no processo atrás mencionado possa ser reexaminada e, assim, ser objecto de reenvio nos termos do artigo 177.°

2) Não existem elementos susceptíveis de afectar a validade da decisão referência REC 3/83 adoptada em 6 de Maio de 1983 pela Comissão das Comunidades Europeias.

3) O protocolo relativo ao comércio interno alemão, anexo ao Tratado CEE, diz respeito ao regime a que este comércio estava sujeito aquando da assinatura do Tratado. Deste modo, só permite que sejam isentas de direitos de importação as mercadorias originárias da República Democrática Alemã que, naquela altura, beneficiavam desse tratamento.»