



# Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL  
MICHAL BOBEK  
apresentadas em 15 de abril de 2021<sup>1</sup>

**Processo C-561/19**

**Consorzio Italian Management,  
Catania Multiservizi SpA  
contra  
Rete Ferroviaria Italiana SpA**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália)]

«Reenvio prejudicial — Artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE — Órgão jurisdicional nacional cujas decisões não são suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno — Dever de reenvio — Âmbito — Exceções e critérios decorrentes do Acórdão CILFIT e o.»

## Índice

I.	Introdução .....	2
II.	Quadro jurídico .....	3
III.	Matéria de facto, tramitação processual nacional e questões prejudiciais .....	4
IV.	Apreciação .....	6
	A. Planos em que se coloca a questão .....	7
	1. Plano externo: cabe sempre ao órgão jurisdicional nacional decidir .....	7
	2. O plano mais profundo: todas as questões devem efetivamente ser reenviadas? .....	10
	B. O Acórdão CILFIT (e seu legado) .....	11
	1. Fundamentos do dever de reenvio .....	13

<sup>1</sup> Língua original: inglês.

2. Exceções ao dever de reenvio .....	14
3. Prática de aplicação posterior (do Tribunal de Justiça) .....	17
C. Problemas com o Acórdão CILFIT .....	21
1. Problemas conceptuais .....	22
2. Exequibilidade .....	24
3. Coerência sistémica das vias de recurso do direito da União .....	28
4. Evolução do direito da União e do sistema judicial .....	30
5. Resumo intercalar .....	32
D. Proposta .....	32
1. Questão geral ou generalizável de interpretação do direito da União .....	34
2. Mais interpretações razoavelmente possíveis .....	37
3. Inexistência de jurisprudência do Tribunal de Justiça .....	39
4. Dever de fundamentação (e a questão em aberto da execução) .....	40
V. Conclusão .....	43

## I. Introdução

1. Contrariamente aos órgãos jurisdicionais nacionais de última instância, suspeito que os estudantes de direito da União sempre gostaram bastante do Acórdão CILFIT e o.<sup>2</sup> No decurso das últimas duas décadas, é provável que os corações de muitos estudantes de direito da União tenham batido com súbita alegria e alívio ao verem «Acórdão CILFIT», «exceções ao dever de reenvio», e poderem «discutir» o assunto nos seus exames ou provas de dissertação. Com efeito, questionar a aplicabilidade das exceções previstas no Acórdão CILFIT ao dever de reenvio prejudicial, em especial a que respeita à inexistência de qualquer dúvida razoável por parte do órgão jurisdicional nacional de última instância, talvez não seja o exercício argumentativo mais exigente. Será que estes órgãos jurisdicionais estão efetivamente obrigados a comparar (todas) as versões linguísticas do direito da União que fazem igualmente fé? Na prática, de que modo devem eles determinar se a questão também é óbvia para os órgãos jurisdicionais de outros Estados-Membros e para o Tribunal de Justiça?

2. Durante vários anos, o dever de reenvio prejudicial nos termos do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE, as exceções a este dever e, sobretudo, a sua aplicação, foram considerados, metaforicamente, a fera do direito da União que não deve ser acordada. Todos sabemos que existe. Todos somos capazes de discutir ou até de escrever um tratado académico sobre a matéria. No entanto, na vida real, é melhor não nos metermos com ela. Em termos pragmáticos

<sup>2</sup> Acórdão de 6 de outubro de 1982, CILFIT e o. (283/81, EU:C:1982:335) (a seguir «Acórdão CILFIT»).

(ou cínicos), todo o sistema do reenvio prejudicial funciona porque, de facto, ninguém aplica o Acórdão CILFIT, pelo menos à letra. Muitas vezes é melhor ter a ideia de uma fera do que ter de lidar com o animal de carne e osso.

3. Por várias razões expostas nas presentes conclusões, proponho ao Tribunal de Justiça que chegou o momento de rever o Acórdão CILFIT. A este respeito, a minha proposta é bastante simples: adaptar o dever de reenvio previsto no artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE, e as exceções ao mesmo, de modo a que reflitam as necessidades do atual sistema judicial do direito da União e possam ser aplicados de forma realista (e, eventualmente um dia, respeitados).

4. No entanto, o processo de adaptação sugerido exige uma grande mudança de paradigma. A lógica e a prioridade do dever de reenvio e das exceções ao mesmo devem passar da inexistência de qualquer dúvida razoável quanto à correta *aplicação* do direito da União num caso *concreto*, posta em evidência pela existência de dúvidas judiciais *subjetivas*, para um imperativo mais *objetivo* de assegurar uma *interpretação* uniforme da *jurisprudência* da União em toda a União Europeia. Por outras palavras, o dever de reenvio prejudicial não deve ter como principal preocupação a obtenção de respostas corretas, mas sim a identificação das questões corretas.

## II. Quadro jurídico

5. Nos termos do artigo 267.º TFUE:

«O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

- a) Sobre a interpretação dos Tratados;
- b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União;

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

[...]

6. O artigo 99.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça estabelece:

«Quando uma questão submetida a título prejudicial for idêntica a uma questão sobre a qual o Tribunal de Justiça já se tenha pronunciado, quando a resposta a essa questão possa ser claramente deduzida da jurisprudência ou quando a resposta à questão submetida a título prejudicial não suscite nenhuma dúvida razoável, o Tribunal pode, a qualquer momento, mediante proposta do juiz-relator, ouvido o advogado-geral, decidir pronunciar-se por meio de despacho fundamentado.»

### III. Matéria de facto, tramitação processual nacional e questões prejudiciais

7. Em 23 de fevereiro de 2006, foi adjudicado ao Consorzio Italian Management e à Catania Multiservizi SpA (a seguir «recorrentes»), por parte da Rete ferroviaria italiana SpA (a seguir «RFI»), um contrato relativo a «serviços de limpeza, de manutenção do bom estado dos locais e de outras áreas abertas ao público e serviços acessórios em estações, instalações, escritórios e oficinas situados em diversos locais na área de jurisdição da Direzione compartimentale movimento di Cagliari (Direção Departamental de Circulação de Cagliari, Itália)».

8. Este contrato incluía uma cláusula que limitava a revisão dos preços. Durante a execução do contrato, os recorrentes pediram à RFI para rever os preços do mesmo devido ao alegado aumento dos custos contratuais resultante do aumento dos custos com o pessoal. A RFI recusou.

9. Os recorrentes interpuseram um recurso contra a RFI no Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Tribunal Administrativo Regional da Sardenha, Itália, a seguir «TAR»). Por Sentença de 11 de junho de 2014, o TAR negou provimento ao recurso. O TAR concluiu que o artigo 115.º do Decreto Legislativo 163/2006 não era aplicável a atividades abrangidas por setores especiais, tais como os serviços de limpeza, quando são uma parte essencial da rede de transporte ferroviário. O TAR concluiu igualmente que a revisão dos preços não era obrigatória por força do artigo 1664.º do codice civile (Código Civil) e que as partes podiam estabelecer derrogações a esta norma.

10. Os recorrentes interpuseram recurso desta sentença para o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália), alegando que o artigo 115.º do Decreto Legislativo 163/2006 ou, em alternativa, o artigo 1664.º do Código Civil eram aplicáveis. Além disso, em seu entender, as normas do direito nacional violam a Diretiva 2004/17/CE<sup>3</sup>, na medida em que conduzem à exclusão da revisão dos preços no setor dos transportes e nos contratos de serviços de limpeza com ele relacionados. Essas normas produzem um desequilíbrio contratual injusto e desproporcionado, que, em última análise, altera as regras do funcionamento do mercado. Se a Diretiva 2004/17 for interpretada no sentido de excluir a revisão dos preços em todos os contratos celebrados e implementados no âmbito dos setores especiais, será inválida.

11. Tendo em consideração o exposto, em 24 de novembro de 2016, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) submeteu ao Tribunal de Justiça as duas questões prejudiciais seguintes:

«1) É conforme com o direito da União Europeia (em especial com os artigos 3.º, n.º 3, TUE, 26.º, 56.º a 58.º e 101.º TFUE e 16.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) e com a Diretiva [2004/17] uma interpretação do direito interno que exclui a revisão dos preços nos contratos relativos aos denominados setores especiais, em particular nos contratos com um objeto diferente dos referidos na mesma diretiva, mas que estão ligados a estes últimos por um nexo de acessoriedade?»

<sup>3</sup> Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO 2004, L 134, p. 1).

2) A Diretiva 2004/17 (caso se considere que a exclusão da revisão dos preços em todos os contratos celebrados e aplicados no âmbito dos denominados setores especiais decorre diretamente da mesma) é conforme com os princípios da União Europeia (em particular com os artigos 3.º, n.º 1, TUE, 26.º, 56.º a 58.º e 101.º TFUE e 16.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), “atendendo ao seu caráter injusto e desproporcionado, e à alteração do equilíbrio contratual e, portanto, das regras de um mercado eficiente?”»

12. O Tribunal de Justiça respondeu por Acórdão de 19 de abril de 2018<sup>4</sup>. No que diz respeito à primeira questão, o Tribunal de Justiça assinalou que o órgão jurisdicional de reenvio não apresentou nenhuma explicação quanto à relevância da interpretação do artigo 3.º, n.º 3, TUE ou dos artigos 26.º, 56.º a 58.º e 101.º TFUE para efeitos da resolução do litígio no processo principal. O artigo 16.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), à semelhança de outras disposições da Carta, dirige-se aos Estados-Membros apenas quando apliquem o direito da União, o que não sucedia no processo principal. Assim, o Tribunal de Justiça concluiu que a primeira questão era inadmissível no que diz respeito a essas disposições<sup>5</sup>.

13. No entanto, em relação à Diretiva 2004/17 e aos princípios gerais subjacentes à mesma, nomeadamente o princípio da igualdade de tratamento e o princípio da transparência, o Tribunal de Justiça declarou que deviam ser interpretados no sentido de que não se opõem a normas de direito nacional que não prevejam a revisão periódica dos preços após a adjudicação de um contrato nos setores abrangidos pela referida diretiva. Tendo em conta esta resposta, o Tribunal de Justiça considerou que a segunda questão era hipotética.

14. Em 28 de outubro de 2018, após a prolação do acórdão do Tribunal de Justiça, os recorrentes solicitaram ao Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), antes da audiência pública realizada em 14 de novembro de 2018, que reenviasse para o Tribunal de Justiça novas questões prejudiciais. Em substância, os recorrentes alegam que, no acórdão que proferiu, o Tribunal de Justiça não se pronunciou sobre a questão de saber se os serviços de limpeza estavam funcionalmente ligados ao serviço de transporte e salientam que, no acórdão que proferiu, o Tribunal de Justiça partiu do princípio de que, tal como indicado no aviso de concurso inicial, a duração da relação contratual não podia ser prorrogada. No entanto, isto não reflete a situação em Itália, onde os contratos de serviços são frequentemente prorrogados pelas autoridades públicas, por vezes indefinidamente, criando assim uma situação de desequilíbrio contratual. Em apoio da sua posição, os recorrentes invocam os considerandos 9, 10 e 45 da Diretiva 2004/17, e ainda o artigo 57.º da mesma.

15. Segundo o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), que é novamente o órgão jurisdicional de reenvio no processo principal, os recorrentes suscitaram novas questões prejudiciais. No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se, nas circunstâncias do processo principal, está obrigado a reenviar estas questões para o Tribunal de Justiça nos termos do terceiro parágrafo do artigo 267.º TFUE, considerando que o dever de reenvio prejudicial que incumbe a um órgão jurisdicional de última instância não pode ser dissociado de um sistema de «preclusões processuais» que incentiva as partes a submeterem «de uma vez só» ao órgão jurisdicional nacional os aspetos do direito interno que consideram incompatíveis com o direito da União. Caso contrário, a apresentação sucessiva ou contínua de propostas de questões prejudiciais — além de possibilitar uma eventual utilização abusiva e, em

<sup>4</sup> Acórdão de 19 de abril de 2018, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi (C-152/17, EU:C:2018:264).

<sup>5</sup> *Ibidem*, n.ºs 33 a 35.

casos extremos, constituir um verdadeiro «abuso processual» — acabaria, em virtude do dever de reenvio prejudicial, por tornar ineficaz o direito à tutela judicial e prejudicar o princípio que estabelece que o processo judicial deve ser concluído de forma rápida e eficaz.

16. Tendo em conta este contexto factual e jurídico, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Está o órgão jurisdicional nacional, cujas decisões não são judicialmente recorríveis, obrigado, nos termos do artigo 267.º TFUE, a submeter uma questão de interpretação do direito da União Europeia, mesmo nos casos em que essa questão lhe seja colocada por uma das partes no processo após a sua primeira intervenção no processo ou depois de encerrada a fase de discussão e julgamento em primeira instância, ou mesmo após ter sido submetido um primeiro pedido prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia?
- 2) Deve considerar-se — atendendo ao exposto — que os artigos 115.º, 206.º e 217.º do Decreto Legislativo 163/2006, conforme interpretados pela jurisprudência administrativa, no sentido de que excluem a revisão dos preços nos contratos relativos aos referidos setores especiais, em especial os contratos com um objeto diferente dos referidos na Diretiva 17/2004, mas que estão ligados a estes últimos por um nexo de acessoriedade são conformes com o Direito da União Europeia [em particular com os artigos 4.º, n.º 2, 9.º, 101.º, n.º 1, alínea e), 106.º, 151.º — e com a Carta Social Europeia, assinada em Turim em 18 de outubro de 1961, e a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores de 1989, citadas por este último artigo — 152.º, 153.º, 156.º TFUE; os artigos 2.º e 3.º TUE e o artigo 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia]?
- 3) Deve considerar-se — atendendo ao exposto — que os artigos 115.º, 206.º e 217.º do Decreto Legislativo 163/2006, conforme interpretados pela jurisprudência administrativa, no sentido de que excluem a revisão dos preços nos contratos relativos aos referidos setores especiais, em especial os contratos com um objeto diferente dos referidos na Diretiva 17/2004, mas que estão ligados a estes últimos por um nexo de acessoriedade são conformes com o Direito da União Europeia [em particular com o artigo 28.º da Carta dos Direitos da União Europeia, o princípio da igualdade de tratamento consagrado nos artigos 26.º e 34.º, TFUE e o princípio da liberdade de empresa também reconhecido no artigo 16.º da (Carta)]?»

17. Os recorrentes, a RFI, o Governo italiano e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas. Todas estas partes interessadas, juntamente com os Governos alemão e francês, participaram na audiência realizada em 15 de julho de 2020.

#### **IV. Apreciação**

18. Conforme pedido pelo Tribunal de Justiça, as presentes conclusões irão incidir sobre a primeira questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio. Essa questão tem dois planos. Por um lado, com base na sua redação, a primeira questão poderia talvez ser entendida no sentido de que visa simplesmente saber se um órgão jurisdicional nacional de última instância tem o dever de proceder ao reenvio numa situação factual específica que inclui três elementos: (i) a questão é suscitada por uma das partes; (ii) a questão é suscitada depois de uma das partes ter apresentado a sua primeira intervenção; ou (iii) mesmo depois de já ter sido apresentado um

pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça. Não é difícil responder a estas questões. Na verdade, as respostas decorrem da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça (como será demonstrado em seguida na secção A, *infra*).

19. Por outro lado, não creio que tal resposta faça justiça às questões efetivamente suscitadas pelo órgão jurisdicional de reenvio. Este órgão jurisdicional assinala que existem questões adicionais suscitadas pelas partes que podem, de facto, ser resolvidas com base na resposta já dada pelo Tribunal de Justiça. Contudo, o órgão jurisdicional de reenvio também reconhece que existem novas questões que não podem ser resolvidas desta forma. Em relação a essas questões adicionais, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que, sendo ele um órgão jurisdicional de última instância no âmbito do direito interno, está obrigado a proceder ao reenvio para o Tribunal de Justiça, uma vez que lhe foi submetida uma questão de interpretação do direito da União<sup>6</sup>.

20. Neste contexto, a grande problemática da primeira questão torna-se evidente: será que todas as situações em que existem dúvidas persistentes quanto à correta aplicação do direito da União no caso concreto, independentemente de já ter sido apresentado, ou não, um pedido de decisão prejudicial no mesmo processo, estão abrangidas pelo dever de reenvio que incumbe aos órgãos jurisdicionais de última instância? Qual é o âmbito correto do dever de reenvio prejudicial e das exceções ao mesmo, especialmente em situações como a que está em causa no processo principal?

21. Para responder a esta questão, começarei por identificar os atuais limites do dever de reenvio e das exceções ao mesmo (B). Em seguida, examinarei os diferentes problemas colocados pela referida jurisprudência, sendo estes posteriormente redefinidos como as razões que me levam a sugerir ao Tribunal de Justiça que formule o dever de reenvio de forma diferente (C). Por último, termino com uma proposta específica a este respeito (D).

### ***A. Planos em que se coloca a questão***

22. Os elementos invocados pelo órgão jurisdicional de reenvio dizem respeito a três pontos: (i) o *papel das partes* na colocação de uma questão; (ii) o *momento* em que a questão é colocada no que diz respeito às várias fases de um processo judicial nacional; e (iii) a possibilidade de um *segundo pedido* de decisão prejudicial no âmbito do mesmo processo. Se estes três pontos fossem considerados como três questões distintas, e não como três aspetos da mesma questão, a resposta aos mesmos poderia facilmente ser deduzida da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça.

#### ***1. Plano externo: cabe sempre ao órgão jurisdicional nacional decidir***

23. Em primeiro lugar, a questão de saber se um órgão jurisdicional de reenvio considera que é necessária uma decisão do Tribunal de Justiça para poder decidir é da exclusiva competência desse órgão jurisdicional. É certo que um órgão jurisdicional nacional, como qualquer outro órgão jurisdicional, poderá ouvir a opinião das partes sobre a oportunidade de submeter uma questão prejudicial. No entanto, o artigo 267.º TFUE instituiu a cooperação direta entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais através de um processo alheio a qualquer iniciativa das

<sup>6</sup> Invocando jurisprudência constante do Tribunal de Justiça nesta matéria, nomeadamente, o Acórdão de 18 de julho de 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi e Autorità Garante della Concorrenza e del mercato (C-136/12, EU:C:2013:489, n.º 25).

partes<sup>7</sup>. Assim, o mero facto de uma parte no litígio no processo principal ter suscitado determinadas questões de direito da União não obriga o órgão jurisdicional em causa a considerar que foi suscitada uma questão na aceção do artigo 267.º TFUE, que torna obrigatório o reenvio<sup>8</sup>. Em contrapartida, isso também significa que um órgão jurisdicional nacional pode apresentar um pedido de decisão prejudicial a título officioso<sup>9</sup>.

24. Em segundo lugar, cabe também exclusivamente ao órgão jurisdicional nacional decidir quando é oportuno submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça<sup>10</sup>. O órgão jurisdicional nacional é quem está mais bem posicionado para apreciar em que fase do processo é necessária uma decisão prejudicial do Tribunal de Justiça<sup>11</sup>. O Tribunal de Justiça apenas exige que o litígio esteja pendente à data do pedido de decisão prejudicial<sup>12</sup>.

25. É certo que, do ponto de vista do Tribunal de Justiça, e da sua vontade de ajudar o órgão jurisdicional de reenvio da forma mais completa possível, são bem-vindas as situações em que o órgão jurisdicional nacional decide proceder ao reenvio para o Tribunal de Justiça apenas depois de o litígio e de todas as suas implicações se terem revelado inteiramente perante esse órgão jurisdicional. Assim, em alguns casos, a boa administração da justiça pode exigir que apenas se recorra ao Tribunal de Justiça após ambas as partes num litígio terem sido ouvidas pelo órgão jurisdicional de reenvio. No entanto, é certo que isto não constitui, por si só, uma condição imposta pelo Tribunal de Justiça<sup>13</sup>.

26. De igual modo, não creio que o Tribunal de Justiça se oponha a normas ou disposições do direito nacional que exijam ou imponham a apensação de processos, nomeadamente perante os tribunais de recurso ou nos supremos tribunais, obrigando as partes a apresentar novos argumentos ou argumentos adicionais em determinado momento ou fase do processo judicial. No entanto, é verdade que, no passado, o Tribunal de Justiça questionou genericamente se tais prazos ou apensação de processos não tornavam efetivamente impossível aos tribunais nacionais suscitarem questões de compatibilidade das normas do direito nacional com o direito da União<sup>14</sup>.

27. A lógica da jurisprudência do Tribunal de Justiça neste domínio consiste, assim, em garantir que as regras processuais nacionais não impedem que sejam suscitadas questões de direito da União, podendo ser apresentado um pedido de decisão prejudicial independentemente da fase do processo. Na prática, é provável que isto conduza ao afastamento de quaisquer normas do direito nacional restritivas<sup>15</sup>.

<sup>7</sup> V., por exemplo, Acórdão de 12 de fevereiro de 2008, *Kempter* (C-2/06, EU:C:2008:78, n.º 41); de 9 de novembro de 2010, *VB Pénzügyi Lízing* (C-137/08, EU:C:2010:659, n.º 28); e de 18 de julho de 2013, *Consiglio Nazionale dei Geologi e Autorità Garante della Concorrenza e del mercato* (C-136/12, EU:C:2013:489, n.º 28).

<sup>8</sup> V. Acórdão de 6 de outubro de 1982, *CILFIT* e o. (283/81, EU:C:1982:335, n.º 9). V., igualmente, Acórdão de 10 de janeiro de 2006, *IATA e ELFAA* (C-344/04, EU:C:2006:10, n.º 28).

<sup>9</sup> V. Acórdão de 16 de junho de 1981, *Salonia* (126/80, EU:C:1981:136, n.º 7). V., igualmente, Acórdão de 15 de janeiro de 2013, *Križan e o.* (C-416/10, EU:C:2013:8, n.º 65).

<sup>10</sup> V., por exemplo, Acórdãos de 17 de julho de 2008, *Coleman* (C-303/06, EU:C:2008:415, n.º 29 e jurisprudência referida); e de 22 de dezembro de 2008, *Les Vergers du Vieux Tauves* (C-48/07, EU:C:2008:758, n.º 20 e jurisprudência referida).

<sup>11</sup> V., por exemplo, Acórdão de 11 de junho de 1987, *X* (14/86, EU:C:1987:275, n.º 11).

<sup>12</sup> V., por exemplo, Acórdão de 13 de abril de 2000, *Lehtonen e Castors Braine* (C-176/96, EU:C:2000:201, n.º 19).

<sup>13</sup> V. Acórdão de 28 de junho de 1978, *Simmenthal* (70/77, EU:C:1978:139, n.ºs 10 e 11). V., também, recentemente, por exemplo, Acórdão de 1 de fevereiro de 2017, *Tolley* (C-430/15, EU:C:2017:74, n.ºs 32 e 33).

<sup>14</sup> V., por exemplo, Acórdão de 14 de dezembro de 1995, *Peterbroeck* (C-312/93, EU:C:1995:437, n.ºs 19 e 20). V., igualmente, com particular atenção à potencial limitação do âmbito dos (segundos) recursos, Acórdão de 4 de junho de 2002, *Lyckeskog* (C-99/00, EU:C:2002:329, n.ºs 17 e 18).

<sup>15</sup> V., igualmente, de forma mais geral, Acórdão de 5 de outubro de 2010, *Elchinov* (C-173/09, EU:C:2010:581, n.º 25), ou Acórdão de 15 de janeiro de 2013, *Križan e o.* (C-416/10, EU:C:2013:8, n.º 67).



28. No entanto, no âmbito do presente processo, afigura-se que a questão de saber se um potencial dever de reenvio nos termos do artigo 267.º TFUE poderia verificar-se «mesmo nos casos em que essa questão seja colocada [ao órgão jurisdicional nacional] por uma das partes no processo após a sua primeira intervenção no processo ou depois de encerrada a fase de discussão e julgamento em primeira instância» é colocada tendo em vista a obtenção de um resultado diferente. No presente processo, afigura-se que, de facto, não existe nenhuma regra restritiva no direito nacional, sendo aparentemente permitido às partes (re)discutirem elementos perante o órgão jurisdicional de reenvio que já foram objeto de um pedido de decisão prejudicial. No entanto, seria, no mínimo, muito invulgar alguém começar por invocar a referida corrente jurisprudencial «habilitante», que sempre defendeu categoricamente que os juízes nacionais são inteiramente livres de suscitar *qualquer* questão de direito da União em *qualquer* fase do processo, para, de repente, obter o resultado oposto: para impedir qualquer discussão subsequente permitida pelo direito nacional na sequência de uma decisão do Tribunal de Justiça recebida a nível nacional.

29. Em terceiro lugar, isto também não se coadunaria facilmente com a abordagem tradicional do Tribunal de Justiça no que diz respeito ao terceiro elemento identificado pelo órgão jurisdicional de reenvio: a possibilidade de questionar novamente. A este respeito, o Tribunal de Justiça sempre defendeu que os órgãos jurisdicionais nacionais continuam a ter a liberdade de submeter uma questão ao Tribunal de Justiça, caso o considerem oportuno, e o facto de as disposições cuja interpretação é pedida já terem sido interpretadas pelo Tribunal de Justiça não retira competência ao Tribunal de Justiça para proferir uma nova decisão<sup>16</sup>.

30. O mesmo se aplica *no âmbito* dos mesmos processos nacionais. De acordo com o Tribunal de Justiça, «[t]al recurso pode ser justificado quando o juiz nacional se depare com dificuldades de compreensão ou de aplicação do acórdão, quando coloque ao Tribunal uma nova questão de direito ou, ainda, quando lhe apresente novos elementos de apreciação suscetíveis de conduzir o Tribunal a responder de forma diferente a uma questão já formulada»<sup>17</sup>. Assim, é sempre possível um novo reenvio, sobre as mesmas disposições do direito da União, mas também sobre disposições ou questões potencialmente diferentes no âmbito do mesmo processo.

31. Daqui decorre que a resposta breve à primeira questão é que um pedido de decisão prejudicial *pode* ser apresentado a qualquer momento, independentemente de uma decisão prejudicial anterior do Tribunal de Justiça proferida no âmbito do mesmo processo, desde que o órgão jurisdicional de reenvio considere que, para poder decidir, é necessária a resposta do Tribunal de Justiça. Esta decisão é sempre tomada pelo órgão jurisdicional nacional, tendo em conta qualquer dúvida razoável que ainda possa ter quanto à correta aplicação do direito da União no caso que é chamado a apreciar.

<sup>16</sup> V., por exemplo, Acórdãos de 17 de julho de 2014, Torresi (C-58/13 e C-59/13, EU:C:2014:2088, n.º 32 e jurisprudência referida); de 20 de dezembro de 2017, Schweppes (C-291/16, EU:C:2017:990, n.º 26); e de 6 de novembro de 2018, Bauer e Willmeroth (C-569/16 e C-570/16, EU:C:2018:871, n.º 21).

<sup>17</sup> V. Despacho de 5 de março de 1986, Wünsche (69/85, EU:C:1986:104, n.º 15); Acórdão de 11 de junho de 1987, X (14/86, EU:C:1987:275, n.º 12); Acórdão de 6 de março de 2003, Kaba (C-466/00, EU:C:2003:127, n.º 39); e Despacho de 30 de junho de 2016, Sokoll-Seebacher e Naderhirn (C-634/15, EU:C:2016:510, n.º 19).

## 2. O plano mais profundo: todas as questões devem efetivamente ser reenviadas?

32. Em resumo, tudo se mantém no âmbito da competência exclusiva do órgão jurisdicional de reenvio e da sua avaliação quanto à sua necessidade (subjéctiva) de pedir mais orientações ao Tribunal de Justiça. No entanto, será realmente esta a resposta? Ou será que esta afirmação corresponde, na verdade, à descrição do problema? De facto, será que ainda deve existir um dever de reenvio em casos como o presente?

33. Vista desta perspectiva, a primeira questão do órgão jurisdicional de reenvio abrange outro plano, muito mais profundo. Isto é também enfatizado pelo facto de *todos os três elementos* abordados na secção anterior como questões independentes estarem simultaneamente presentes no processo principal. Assim, a questão passa a ser se o órgão jurisdicional de reenvio, apesar de todas estas circunstâncias, ainda está sujeito ao dever de reenvio.

34. Por conseguinte, não creio que tal questão possa ser devidamente respondida da forma descrita na secção anterior. Também não creio que possa ser respondida com base na sugestão de que o presente processo apenas diz respeito à força vinculativa e à observância de uma decisão anterior do Tribunal de Justiça. É certamente verdade que já desde o Acórdão Da Costa<sup>18</sup>, posteriormente consolidado pelo Acórdão CILFIT<sup>19</sup>, a autoridade de uma interpretação dada pelo Tribunal de Justiça nos termos do artigo 267.º TFUE pode privar o referido dever da sua razão de ser, tornando-o assim destituído de conteúdo<sup>20</sup>. Isto sucede *a fortiori* quando a questão suscitada é substancialmente idêntica a uma questão que já foi objeto de uma decisão prejudicial no mesmo processo nacional<sup>21</sup>.

35. No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio declarou claramente que, em parte, está perante elementos novos e adicionais ao processo que não foram anteriormente apreciados pelo Tribunal de Justiça. Assim, a questão não se prende com a existência de qualquer inobservância de uma decisão anterior do Tribunal de Justiça.

36. Neste contexto, é impossível afirmar que o direito da União se opõe à prática italiana de dar às partes a possibilidade de apresentarem as suas observações em relação a uma resposta que foi dada por um tribunal superior a uma questão apresentada no âmbito do processo em causa. Na audiência, o Governo italiano declarou que esta não apenas é a prática seguida relativamente às respostas dadas pelo Tribunal de Justiça, mas também em relação a respostas dadas pelo Tribunal Constitucional nacional na sequência de uma questão de constitucionalidade colocada por um juiz nacional. Nestas circunstâncias, as partes no processo principal têm a possibilidade de se pronunciarem sobre as consequências que devem ser extraídas para o seu caso, tendo em conta as orientações fornecidas por um tribunal superior.

37. Em resumo, a menos que o Tribunal de Justiça pretendesse reafirmar o óbvio sem abordar o plano mais profundo deste processo, ou a menos que reveja radicalmente alguns dos elementos que acabo de referir, creio que se justifica discutir a natureza e o alcance do dever de reenvio prejudicial no âmbito do presente processo. As partes interessadas apresentaram diferentes pontos de vista sobre esta matéria.

<sup>18</sup> Acórdão de 27 de março de 1963, Da Costa e o. (28/62 a 30/62, EU:C:1963:6).

<sup>19</sup> Acórdão de 6 de outubro de 1982, CILFIT e o. (283/81, EU:C:1982:335, n.ºs 13 e 14).

<sup>20</sup> Com o pressuposto implícito, formulado apenas mais tarde, de que o juiz nacional está vinculado pela interpretação já indicada pelo Tribunal de Justiça — v., mais recentemente, por exemplo, Acórdão de 5 de outubro de 2010, Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, n.ºs 29 e 30), ou Acórdão de 5 de julho de 2016, Ognyanov (C-614/14, EU:C:2016:514, n.º 33).

<sup>21</sup> V., por exemplo, Acórdão de 4 de novembro de 1997, Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, n.º 29).

38. Nas suas alegações, os recorrentes e a recorrida no processo principal concentraram-se principalmente na segunda e terceira questões. Em relação à primeira questão, os recorrentes alegaram que os pedidos de decisão prejudicial são redundantes quando existe jurisprudência constante, a menos que os precedentes judiciais relevantes sejam demasiado antigos, ou quando tenham sido apresentados novos argumentos perante o órgão jurisdicional de reenvio, como sucede no processo principal. A recorrida considera que o órgão jurisdicional de reenvio não deveria ter submetido novas questões, na medida em que a interpretação das normas do direito da União em causa era clara e a jurisprudência do Tribunal de Justiça já deu uma resposta.

39. Os Governos alemão, francês e italiano, bem como a Comissão, abordaram a primeira questão com maior detalhe, apresentando uma série de pontos de vista. O Governo alemão e a Comissão consideram que não há nenhuma razão para rever o Acórdão CILFIT. O Governo alemão salientou que os critérios de Acórdão CILFIT resistiram ao teste do tempo e devem ser mantidos.

40. O Governo italiano apelou a um melhor equilíbrio entre o dever de reenvio e a boa administração da justiça. Segundo este Governo, os tribunais de última instância só violam o artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE se não tomarem em consideração as questões de direito da União suscitadas pelas partes ou as declararem improcedentes sem indicarem uma fundamentação. Esse Governo considera que esta fundamentação é essencial. Pode mesmo mitigar a responsabilidade dos Estados-Membros decorrente do facto de os seus tribunais de última instância não terem procedido ao reenvio.

41. O Governo francês sugeriu que os critérios estabelecidos no Acórdão CILFIT fossem (re)interpretados à luz do objetivo geral do artigo 267.º TFUE e à luz do estado atual do direito da União, tendo em conta as mudanças estruturais que ocorreram. Importa que o dever de reenvio se centre em questões importantes de interpretação e em questões que possam dar origem a interpretações divergentes no interior da União e não necessariamente em casos individuais no interior dos Estados-Membros. As questões relativas à aplicação do direito da União não devem acionar o dever de reenvio. Há que manter este dever apenas em relação a questões gerais ou a questões que, embora mais casuísticas, requerem que o Tribunal de Justiça estabeleça um quadro geral de análise ou critérios de fundamentação jurídica. Embora os tribunais de última instância possam ainda decidir reenviar outros tipos de questões, os princípios da boa administração da justiça e da tomada de decisões num prazo razoável devem ser tidos em conta pelos tribunais nacionais, especialmente quando o Tribunal de Justiça tiver já proferido uma primeira decisão prejudicial no âmbito do mesmo processo.

### ***B. O Acórdão CILFIT (e seu legado)***

42. Nos termos do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE, os órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno têm o dever de reenviarem questões sobre a interpretação ou sobre a validade do direito da União para o Tribunal de Justiça.

43. Assim, o texto do Tratado impõe claramente aos órgãos jurisdicionais de última instância<sup>22</sup> o dever de reenviarem para o Tribunal de Justiça questões abrangidas pelo primeiro parágrafo do referido artigo. No entanto, à semelhança de várias disposições de direito primário, o restante é simplesmente uma interpretação jurisprudencial.

44. Em primeiro lugar, o texto do Tratado não estabelece distinção entre questões de interpretação e questões de validade em termos do âmbito do dever de reenvio. No entanto, no que diz respeito às questões de *validade*, o Tribunal de Justiça declarou que *todos* os órgãos jurisdicionais nacionais, e não apenas os de última instância, estão sujeitos ao dever incondicional de reenviar para o Tribunal de Justiça tais questões. Por si só, os órgãos jurisdicionais nacionais não têm competência para apreciar a validade dos atos das instituições da União<sup>23</sup>. A exigência de uniformidade é especialmente imperiosa quando está em causa a validade de um ato jurídico da União. As divergências entre os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros quanto à validade dos atos jurídicos da União seriam suscetíveis de comprometer a própria unidade da ordem jurídica desta última e de prejudicar a exigência fundamental da segurança jurídica<sup>24</sup>.

45. Tais considerações colocam as questões relativas à validade dos atos jurídicos da União num plano distinto e separado. Fundamentalmente, uma vez que a razão de ser do dever categórico de todos os órgãos jurisdicionais nacionais procederem ao reenvio de qualquer questão de validade ao Tribunal de Justiça é diferente da razão de ser do dever de reenvio de questões de interpretação, o mesmo é válido para as suas exceções. As exceções previstas no Acórdão CILFIT não são *aplicáveis* ao dever de reenvio de uma questão de *validade*<sup>25</sup>.

46. Importa sublinhar desde já que a discussão que se segue nas presentes conclusões diz exclusivamente respeito aos pedidos de decisão prejudicial sobre a interpretação do direito da União.

47. Em segundo lugar, é justo admitir que, no seu texto, o artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE impõe um dever de reenvio categórico aos órgãos jurisdicionais nacionais de última instância, *sem nenhuma exceção*: «[s]empre que uma questão desta natureza *seja suscitada* [...] esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal». A este respeito, foi a jurisprudência do Tribunal de Justiça que efetivamente estabeleceu exceções no Acórdão CILFIT em relação às questões de *interpretação*.

48. Não estou certamente a levantar esta questão para insinuar que tais exceções são incorretas ou ilegais. Muito pelo contrário, elas são necessárias. Contudo, a razão pela qual pretendo sublinhar este aspeto enquanto ponto prévio da discussão que se segue é para salientar que quando se trata da natureza e do alcance do dever de reenvio, ou das exceções a esse dever, o argumento segundo o qual «isto não pode ser alterado porque está assim escrito no Tratado» é algo peculiar. Quanto ao âmbito exato do dever de apresentar um pedido de decisão prejudicial

<sup>22</sup> Utilizarei este termo sobejamente conhecido como abreviatura ao longo das presentes conclusões para «órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno». Para mais informações sobre a identificação de tais órgãos jurisdicionais no âmbito de cada processo específico, v., por exemplo, Acórdãos de 4 de junho de 2002, Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, n.º 16); de 16 de dezembro de 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, n.ºs 76 a 78); de 15 de janeiro de 2013, Krizan e o. (C-416/10, EU:C:2013:8, n.º 72); e de 21 de dezembro de 2016, Biuro podróży «Partner» (C-119/15, EU:C:2016:987, n.ºs 52 e 53).

<sup>23</sup> V. Acórdãos de 22 de outubro de 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, n.º 20); de 6 de dezembro de 2005, Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:742, n.º 17); e de 21 de dezembro de 2011, Air Transport Association of America e o. (C-366/10, EU:C:2011:864, n.º 47).

<sup>24</sup> V., por exemplo, Acórdãos de 22 de outubro de 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, n.º 15); de 6 de dezembro de 2005, Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:742, n.º 21); de 28 de março de 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, n.º 78 a 80).

<sup>25</sup> V. Acórdão de 6 de dezembro de 2005, Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:742, n.ºs 20 e 25).

para o fazer, o artigo 267.º TFUE é claramente um texto aberto. No que diz respeito às exceções a este dever, o Tratado é completamente omissivo. Para ser mais preciso, se quiséssemos ser textualmente intransigentes, poderíamos mesmo sugerir que o texto do artigo 267.º TFUE impede a existência de qualquer exceção ao dever de reenvio.

### 1. *Fundamentos do dever de reenvio*

49. Em termos gerais, «o sistema instituído pelo artigo 267.º TFUE estabelece uma cooperação direta entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais no âmbito da qual estes últimos participam estreitamente na *boa aplicação e na interpretação uniforme* do direito da União, bem como na proteção dos direitos conferidos por esta ordem jurídica aos particulares»<sup>26</sup>.

50. No entanto, o Tratado exige mais dos órgãos jurisdicionais nacionais de última instância, abrangidos pelo artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE, do que de qualquer órgão jurisdicional ao abrigo do artigo 267.º, segundo parágrafo, TFUE. Por conseguinte, devem existir mais algumas razões estruturais para que, além da *faculdade* de reenviar dada a todos os órgãos jurisdicionais nacionais, os órgãos jurisdicionais de última instância estejam ainda sujeitos ao *dever* de reenviar.

51. A razão estrutural para o dever que incumbe aos órgãos jurisdicionais de última instância foi declarada logo no início do Acórdão Hoffmann-Laroche: «evitar que se estabeleça em qualquer Estado-Membro uma jurisprudência nacional em desacordo com as regras do direito da União»<sup>27</sup>. Por outras palavras, o objetivo específico do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE é a necessidade de «evitar que se instalem divergências de jurisprudência no interior da [União] sobre questões de direito [da União]»<sup>28</sup>. A limitação deste dever aos órgãos jurisdicionais de última instância é especificamente justificada pelo facto de que «um órgão jurisdicional que decide em última instância constitui, por definição, a última instância perante a qual os particulares podem fazer valer os direitos que o direito da União lhes confere. Os órgãos jurisdicionais que decidem em última instância estão encarregados de garantir, à escala nacional, a interpretação conforme às regras de direito»<sup>29</sup>.

52. Assim, além da vontade de ajudar o órgão jurisdicional nacional a interpretar ou aplicar corretamente o direito da União no caso concreto, que parece ser a lógica global do artigo 267.º TFUE, a lógica do dever de reenvio foi expressa em termos sistémicos e estruturais: visa evitar divergências na jurisprudência da União. É lógico que este objetivo é efetivamente mais bem prosseguido ao nível dos órgãos jurisdicionais nacionais tendencialmente responsáveis pela prossecução do objetivo de assegurar a unidade ao nível nacional.

<sup>26</sup> Parecer 1/09 (Acordo que cria um sistema unificado de resolução de litígios em matéria de patentes) de 8 de março de 2011 (EU:C:2011:123, n.º 84). O sublinhado é meu.

<sup>27</sup> Acórdão de 24 de maio de 1977, Hoffmann-Laroche (107/76, EU:C:1977:89, n.º 5); subsequentemente repetida em vários outros acórdãos, tais como os Acórdãos de 2 de abril de 2009, Pedro IV Servicios (C-260/07, EU:C:2009:215, n.º 32 e jurisprudência referida); de 15 de março de 2017, Aquino (C-3/16, EU:C:2017:209, n.º 33 e jurisprudência referida); e de 4 de outubro de 2018, Comissão/França (Imposto por retenção na fonte) (C-416/17, EU:C:2018:811, n.º 109).

<sup>28</sup> V., por exemplo, Acórdão de 24 de maio de 1977, Hoffmann-Laroche (107/76, EU:C:1977:89, n.º 5).

<sup>29</sup> V., por exemplo, Acórdão de 15 de março de 2017, Aquino (C-3/16, EU:C:2017:209, n.º 34).

53. Contudo, importa reconhecer que nas declarações (e na prática de aplicação) do Tribunal de Justiça ao longo dos anos, a razão do dever de reenvio nem sempre tem sido expressa em termos tão consistentes. Por vezes os termos utilizados são interpretação e aplicação uniformes do direito da União<sup>30</sup>; por vezes o termo é aplicação adequada ou correta e interpretação uniforme<sup>31</sup>; por vezes chega a ser apenas aplicação uniforme<sup>32</sup>.

54. Com efeito, por vezes estas podem ser só alterações involuntárias na redação utilizada. No entanto, noutras ocasiões, são indicativas de uma discrepância mais profunda. Elas indiciam uma tensão contínua em termos de quão diferente a interpretação do *dever* previsto no artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE, deve ser da interpretação da *faculdade* prevista no segundo parágrafo.

55. A *faculdade* prevista no segundo parágrafo, bem como o objetivo geral do processo prejudicial, é, sem dúvida, ajudar os órgãos jurisdicionais nacionais na resolução de casos *concretos* que envolvam elementos do direito da União. Esta «microfinalidade» individual ou centrada no caso serve certamente, a longo prazo, a «macrofinalidade» mais sistémica do processo prejudicial. Cria gradualmente um sistema de precedentes (ou, na linguagem do Tribunal de Justiça, jurisprudência constante), que ajuda a assegurar a aplicação uniforme do direito da União em toda a União.

56. No entanto, pode o *dever* de reenvio ser entendido como uma simples extensão da *faculdade* de proceder ao reenvio; como tentativa de identificar situações em que a faculdade de reenviar se torna subitamente num dever estrutural, em que o juiz ou a juíza nacional individual, que podia ter uma «dúvida subjetiva», subitamente se depara com uma «necessidade objetiva» de ajuda por parte do Tribunal de Justiça?

## 2. Exceções ao dever de reenvio

57. O Acórdão CILFIT tinha por objeto um litígio entre os importadores de lã e o Ministério da Saúde italiano relativamente ao pagamento de uma taxa de inspeção sanitária sobre a lã importada do exterior da (então) Comunidade. Os importadores invocaram uma disposição de um regulamento que proibia os Estados-Membros de cobrarem qualquer taxa com efeito equivalente a um direito aduaneiro sobre determinados produtos animais importados. O Ministério da Saúde alegou que a lã não estava incluída no Tratado e, por conseguinte, não estava sujeita a esse regulamento.

58. Nesse quadro, a Corte Suprema di Cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália) submeteu uma questão sobre a interpretação do terceiro parágrafo do então artigo 177.º do Tratado CEE (atual artigo 267.º TFUE), na qual perguntava, em substância, se o dever de reenvio é automático ou depende da prévia constatação de uma dúvida interpretativa razoável. De acordo com o Ministério da Saúde, a interpretação do regulamento era tão óbvia que excluía a possibilidade de existir qualquer dúvida interpretativa, afastando assim a necessidade de submeter a questão ao Tribunal de Justiça. Os importadores em causa alegaram que, uma vez que foi suscitada uma questão relativa à interpretação de um regulamento perante um supremo

<sup>30</sup> Por exemplo, Acórdão de 24 de maio de 1977, Hoffmann-Laroche (107/76, EU:C:1977:89, n.º 5) ou Recomendações à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais, do Tribunal de Justiça da União Europeia (JO 2019, C 380, p. 1, n.º 1).

<sup>31</sup> Por exemplo, Acórdão de 6 de outubro de 1982, CILFIT e o. (283/81, EU:C:1982:335, n.º 7), e Parecer 1/09 (Acordo que cria um sistema unificado de resolução de litígios em matéria de patentes), de 8 de março de 2011 (EU:C:2011:123, n.º 84).

<sup>32</sup> Por exemplo, Acórdãos de 21 de dezembro de 2011, Air Transport Association of America e o. (C-366/10, EU:C:2011:864, n.º 47), e de 28 de março de 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, n.º 80).

tribunal, cujas decisões não são suscetíveis de recurso judicial nos termos do direito interno, esse tribunal não se podia eximir ao dever de proceder ao reenvio da questão para o Tribunal de Justiça.

59. No seu acórdão, o Tribunal de Justiça começou por recordar a finalidade da obrigação de reenvio, que era «instituída com o objetivo de garantir a correta aplicação e a interpretação uniforme do direito comunitário no conjunto dos Estados-Membros [...] Mais particularmente, o terceiro parágrafo do artigo 177.º visa evitar que se instalem divergências de jurisprudência no interior da Comunidade sobre questões de direito comunitário. O âmbito dessa obrigação deve, assim, ser avaliado tendo em conta esses objetivos [...]»<sup>33</sup>.

60. Posteriormente, *tendo em conta esses objetivos*, o Tribunal de Justiça declarou que a obrigação de reenvio não é absoluta. Estabeleceu três exceções ao dever de reenvio dos órgãos jurisdicionais de última instância.

61. Em primeiro lugar, os órgãos jurisdicionais de última instância não são obrigados a reenviar uma questão de interpretação «se a questão *não for relevante*, isto é, quando a resposta a essa questão, qualquer que seja, não possa ter influência na solução do litígio»<sup>34</sup>.

62. Concordo que uma discussão a respeito da questão de saber se efetivamente se trata de uma exceção a um dever ou antes da confirmação de que não existe nenhum dever é perfeitamente possível. Se não houver uma questão (relevante) de direito da União, o que deveria ou inclusivamente poderia ser perguntado? Quando a questão colocada não tem nenhuma relevância para o resultado do processo principal, não só não existe o dever de perguntar, como tal questão seria simplesmente inadmissível<sup>35</sup>.

63. No entanto, considero que a primeira «exceção» deve ser devidamente lida no seu contexto temporal. Esta foi a primeira vez que o Tribunal de Justiça declarou que, apesar da redação do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE, também se aplicaria a condição constante do seu segundo parágrafo. Contudo, e talvez mais importante do que isso, ao estabelecer uma conexão entre esses dois parágrafos do artigo 267.º TFUE, a primeira exceção ficou estruturalmente ligada ao caso individual e à microfinalidade do pedido prejudicial: ajudar os órgãos jurisdicionais nacionais (de primeira e última instância) a resolver um determinado litígio pendente nos mesmos quando é colocada uma questão de direito da União.

64. Em segundo lugar, não existe dever de reenvio quando «a questão suscitada seja materialmente idêntica a uma questão que foi já objeto de uma decisão a título prejudicial num processo análogo»<sup>36</sup>, e em situações em que «em decisões anteriores o Tribunal de Justiça já tenha decidido a questão de direito em causa, independentemente da natureza do processo que tenha dado origem a essas decisões, mesmo que as questões em causa não sejam rigorosamente idênticas»<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Acórdão de 6 de outubro de 1982, CILFIT e o. (283/81, EU:C:1982:335, n.º 7).

<sup>34</sup> *Ibidem*, n.º 10. O sublinhado é meu.

<sup>35</sup> Para um exemplo recente, v. Acórdão de 26 de março de 2020, Miasto Łowicz e Prokurator Generalny (C-558/18 e C-563/18, EU:C:2020:234).

<sup>36</sup> Acórdão de 6 de outubro de 1982, CILFIT e o. (283/81, EU:C:1982:335, n.º 13).

<sup>37</sup> *Ibidem*, n.º 14.

65. Esta segunda exceção, descrita em termos coloquiais como «acte éclairé» (assim também referido noutras línguas), abrange situações em que já tenha sido estabelecido um precedente pelo Tribunal de Justiça. Surgiu como uma extensão do âmbito do Acórdão Da Costa, no qual o Tribunal de Justiça declarou que «por força da interpretação dada pelo Tribunal [...] essa obrigação [de reenvio] [pode perder] a sua razão de ser e fi[car] destituída de conteúdo»<sup>38</sup>.

66. Em terceiro lugar, o Tribunal de Justiça observou, por último, que não existe dever de reenvio quando «a correta aplicação do direito da União pode impor-se com tal evidência que não dê lugar a qualquer dúvida razoável quanto à solução a dar à questão suscitada»<sup>39</sup>. No essencial, foi assim que (provavelmente) surgiu a exceção mais conhecida — a exceção relativa à «inexistência de dúvida razoável» ou, como também referido noutras línguas, a exceção relativa ao «acte clair».

67. O Tribunal de Justiça enumerou em seguida os vários requisitos que o órgão jurisdicional nacional deve considerar preenchidos para chegar à conclusão de que não existem dúvidas razoáveis quanto à forma de interpretar a disposição de direito da União em causa. Pode ser discutível se o requisito segundo o qual o órgão jurisdicional nacional deve estar «convencido de que a mesma evidência se imporá também aos órgãos jurisdicionais dos outros Estados-Membros e ao Tribunal de Justiça»<sup>40</sup> é um desses requisitos específicos, ou se é, de facto, uma espécie de critério geral que dá mais orientações sobre o tipo de situações em que não haverá dúvida razoável.

68. Contudo, assumindo que este é um critério «geral», o Tribunal de Justiça enumerou outras características do direito da União que o órgão jurisdicional nacional deve ter em conta antes de chegar a tal conclusão. Entre estes incluem-se: (i) «[a] interpretação de uma disposição de direito comunitário implica uma comparação das suas diversas versões linguísticas»<sup>41</sup>; (ii) «conceitos jurídicos não apresentam necessariamente o mesmo conteúdo no direito comunitário e nos vários direitos nacionais»<sup>42</sup>; (iii) «qualquer disposição de direito comunitário deve ser integrada no seu contexto e interpretada à luz do conjunto das disposições deste direito, dos seus objetivos e do seu estágio de desenvolvimento no momento da aplicação da disposição em causa»<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Acórdão de 27 de março de 1963, Da Costa e o. (28/62 a 30/62, EU:C:1963:6, p. 38).

<sup>39</sup> Acórdão de 6 de outubro de 1982, CILFIT e outros (283/81, EU:C:1982:335, n.º 16).

<sup>40</sup> *Ibidem*, n.º 16.

<sup>41</sup> *Ibidem*, n.º 18.

<sup>42</sup> *Ibidem*, n.º 19.

<sup>43</sup> *Ibidem*, n.º 20.



### 3. *Prática de aplicação posterior (do Tribunal de Justiça)*

69. Ao longo dos anos, não têm faltado estudos<sup>44</sup> ou mesmo contribuições judiciais<sup>45</sup> que discutem se as exceções previstas no Acórdão CILFIT, e em particular, as observações sobre o *acte clair*, devem, de facto, ser consideradas requisitos, que estabelecem uma lista de verificações para os órgãos jurisdicionais nacionais de última instância, ou se devem ser sobretudo entendidas como um «sistema de orientação global» ou «conjunto de ferramentas»<sup>46</sup> que não deve ser interpretado de forma literal.

70. A este respeito, o que importa é a jurisprudência posterior do próprio Tribunal de Justiça sobre esta matéria. Há dois pontos resultantes desta jurisprudência que são particularmente dignos de nota. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça nunca reviu ou matizou expressamente o Acórdão CILFIT, apesar de ter sido várias vezes convidado a fazê-lo por diversos advogados-gerais. Em segundo lugar, quando estão em causa processos que envolvem a aplicação efetiva dos critérios previstos no Acórdão CILFIT, é possível afirmar que a prática de aplicação do Tribunal de Justiça tem variado, particularmente no decurso da última década.

71. Em primeiro lugar, no Acórdão Intermodal Transports<sup>47</sup>, o órgão jurisdicional de reenvio pretendia saber se tinha de submeter questões relativas à interpretação da nomenclatura combinada (NC) quando uma parte num litígio respeitante à classificação na NC de certos produtos invoca uma decisão de uma autoridade aduaneira, relativamente a uma mercadoria similar, constante de uma informação pautal vinculativa (IPV) destinada a um terceiro e quando o órgão jurisdicional de reenvio considera que a IPV não está em conformidade com a NC. Em termos simples, deve considerar-se que um órgão jurisdicional alberga uma dúvida razoável quando tem uma opinião jurídica distinta da opinião de uma autoridade administrativa de um Estado-Membro distinto?

72. O Tribunal de Justiça estabeleceu que a terceira exceção do Acórdão CILFIT (*acte clair*) poderia ainda ser satisfeita apesar da existência de uma interpretação divergente do direito da União por parte de uma autoridade administrativa de outro Estado-Membro. Segundo o Tribunal de Justiça, o facto de as autoridades aduaneiras de outro Estado-Membro terem proferido uma decisão que parece traduzir uma interpretação da NC diferente da que o referido órgão jurisdicional considera correta relativamente a uma mercadoria semelhante objeto do litígio, «deve seguramente levar esse órgão jurisdicional a ser particularmente atento na sua apreciação relativa a uma eventual inexistência de qualquer dúvida razoável quanto à correta

<sup>44</sup> Entre muitos, v., nomeadamente, Rasmussen, H., «The European Court's Acte Clair Strategy in C.I.L.F.I.T. Or: Acte Clair, of Course! But What does it Mean?», 9 *EL Rev.* (1984), p. 242; Bebr, G., *The Preliminary Proceedings or Article 177 EEC — Problems and Suggestions for Improvement*, em Schermers, HG, e o. (eds.), *Article 177 EEC: Experience and Problems*. North-Holland, Amsterdam, 1987, p. 355; Vaughan, D., *The Advocate's View*, em: Andenas, M., *Article 177 References to the European Court — Policy and Practice*. Butterworths, London, 1994, p. 61; Broberg, M., «Acte clair revisited: Adapting the acte clair criteria to the demands of time» (2008) 45 *CMLR*, p. 1383; Broberg, M., e Fenger, N., *Preliminary References to the European Court of Justice*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 240 a 246.

<sup>45</sup> V., por exemplo, as perspetivas judiciais nacionais em Schermers, HG, e o. (eds.), *Article 177 EEC: Experience and Problems*, North-Holland, Amsterdam, 1987, pp. 53 a 134; Relatório geral do 18.º Colóquio da Associação dos Conselhos de Estado e dos Supremos Tribunais Administrativos da União Europeia, em Helsínquia, 20 e 21 de maio de 2002, subordinado ao tema «The Preliminary Reference to the Court of Justice of the European Communities», pp. 28 a 29; v., igualmente, Wattel, P. J., «Köbler, CILFIT and Welthgrove: We can't go on meeting like this» 41 *CMLR*, 2004, p. 177.

<sup>46</sup> Para empregar a expressão recentemente utilizada pelo advogado-geral N. Wahl nos processos apensos X e van Dijk (C-72/14 e C-197/14, EU:C:2015:319, n.º 67).

<sup>47</sup> Acórdão de 15 de setembro de 2005, *Intermodal Transports* (C-495/03, EU:C:2005:552).

aplicação da NC»<sup>48</sup>. No entanto, a existência de tal IPV não pode, por si só, impedir o órgão jurisdicional nacional de concluir que a aplicação correta de uma posição pautal da NC se impunha com tal evidência que não deixava margem para qualquer dúvida razoável<sup>49</sup>.

73. Em segundo lugar, no processo que deu origem ao Acórdão X e van Dijk<sup>50</sup>, o órgão jurisdicional de reenvio [Hoge Raad der Nederlanden (Supremo Tribunal dos Países Baixos)] perguntou se, apesar de um órgão jurisdicional de grau inferior dos Países Baixos ter apresentado um pedido de prejudicial sobre a mesma questão, o Hoge Raad (Supremo Tribunal) ainda tinha legitimidade para se pronunciar sobre um litígio sem submeter questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça e sem aguardar pelas respostas às questões prejudiciais submetidas por esse órgão jurisdicional de grau inferior.

74. O Tribunal de Justiça declarou que a existência de dúvida interpretativa por parte de um órgão jurisdicional de grau inferior num Estado-Membro não impede a existência de um *acte clair* para um órgão jurisdicional de última instância desse mesmo Estado. Começou por salientar que «cabe exclusivamente aos órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões não são suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno apreciar, sob a sua própria responsabilidade e de forma independente, se estão em presença de um ato claro»<sup>51</sup>. Declarou ainda que, «na medida em que a circunstância de um órgão jurisdicional de grau inferior ter submetido uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça sobre a mesma problemática que foi suscitada no litígio de que conhece o órgão jurisdicional nacional que decide em última instância não implica, por si só, que já não se encontrem preenchidas as condições do [A]córdão [CILFIT], de forma que este último órgão jurisdicional poderia decidir não submeter uma questão ao Tribunal de Justiça e resolver, sob a sua responsabilidade, a questão suscitada perante ele, há que considerar que essa circunstância também não obriga o órgão jurisdicional nacional supremo a aguardar a resposta do Tribunal de Justiça à questão prejudicial submetida pelo órgão jurisdicional de grau inferior»<sup>52</sup>.

75. Em terceiro lugar, no Acórdão Ferreira Da Silva e Brito<sup>53</sup>, os demandantes contestaram, numa ação de responsabilidade civil extracontratual contra o Estado português, a interpretação de «transmissão de estabelecimento» na aceção da Diretiva 2001/23/CE<sup>54</sup> acolhida pelo Supremo Tribunal de Justiça (Portugal). Segundo os demandantes, o Supremo Tribunal de Justiça deveria ter cumprido o seu dever de reenvio e deveria ter submetido ao Tribunal de Justiça uma questão sobre essa matéria. O órgão jurisdicional de grau inferior que procedeu ao reenvio perguntou ao Tribunal de Justiça se o artigo 267.º TFUE devia ser interpretado no sentido de que, à luz do facto de os órgãos jurisdicionais de grau inferior que apreciaram o caso terem adotado decisões contraditórias, estava obrigado a proceder ao reenvio, para o Tribunal de Justiça, de questão prejudicial sobre a correta interpretação do conceito de «transferência de estabelecimento» na aceção da Diretiva 2001/23.

<sup>48</sup> *Ibidem*, n.º 34.

<sup>49</sup> *Ibidem*, n.º 35.

<sup>50</sup> Acórdão de 9 de setembro de 2015, X e van Dijk (C-72/14 e C-197/14, EU:C:2015:564).

<sup>51</sup> *Ibidem*, n.º 59.

<sup>52</sup> *Ibidem*, n.º 61. O sublinhado é meu.

<sup>53</sup> Acórdão de 9 de setembro de 2015, Ferreira da Silva e Brito e o. (C-160/14, EU:C:2015:565).

<sup>54</sup> Diretiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos (JO 2001, L 82, p. 16).

76. O Tribunal de Justiça declarou que «*a simples* existência de decisões contraditórias proferidas por outros órgãos jurisdicionais nacionais não pode constituir um elemento determinante, suscetível de impor a obrigação enunciada no artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE. Com efeito, o órgão jurisdicional de última instância pode entender, não obstante uma interpretação determinada de uma disposição do direito da União efetuada por órgãos jurisdicionais inferiores, que a interpretação que se propõe dar à referida disposição, diferente da que foi feita por aqueles órgãos jurisdicionais, se impõe sem dar lugar a qualquer dúvida razoável»<sup>55</sup>. No entanto, ao contrário do que sucedeu no Acórdão X e van Dijk, relativamente aos próprios factos do processo, o Tribunal de Justiça considerou que, devido a correntes jurisprudenciais contraditórias a nível nacional e a dificuldades de interpretação recorrentes desse conceito nos diferentes Estados-Membros, um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial de direito interno deve cumprir o seu dever de submeter uma questão ao Tribunal de Justiça, a fim de afastar o risco de interpretação errada do direito da União<sup>56</sup>.

77. Em quarto lugar, no Acórdão Association France Nature Environnement<sup>57</sup>, o Tribunal de Justiça, embora não abordando expressamente a questão da dúvida razoável, excluiu a aplicação das exceções previstas no Acórdão CILFIT (designadamente, tanto o *acte clair* como o *acte éclairé*). No contexto específico em que um órgão jurisdicional de última instância prevê fazer uso do poder excecional que lhe permite decidir manter certos efeitos de uma medida nacional que são incompatíveis com o direito da União, o Tribunal de Justiça adotou uma abordagem estrita do dever de reenvio.

78. O Tribunal de Justiça reiterou em primeiro lugar os critérios relativos à existência de um «*acte clair*»<sup>58</sup>, salientando que «[n]um processo como o que está em causa no processo principal, uma vez que, por um lado, a questão da possibilidade de um órgão jurisdicional nacional limitar no tempo certos efeitos de uma declaração de ilegalidade de uma disposição de direito nacional que foi adotada em violação das obrigações previstas [numa diretiva] não foi objeto de qualquer decisão do Tribunal de Justiça desde o [primeiro] acórdão<sup>59</sup> e, por outro, [...], essa possibilidade tem *caráter excecional*, o órgão jurisdicional cujas decisões não são suscetíveis de recurso judicial deve submeter ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial quando tiver a *mais pequena dúvida* no que respeita à interpretação ou correta aplicação do direito da União»<sup>60</sup>. «Em particular, uma vez que o exercício desta faculdade excecional pode prejudicar o respeito do princípio da primazia do direito da União, o referido órgão jurisdicional nacional só pode ser dispensado de submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça se estiver convencido de que o exercício da referida faculdade excecional não levanta qualquer dúvida razoável. Além disso, a inexistência dessa dúvida deve ser detalhadamente demonstrada»<sup>61</sup>.

79. Se a referida jurisprudência for considerada em conjunto, há pelo menos três elementos dignos de nota.

<sup>55</sup> Acórdão de 9 de setembro de 2015, Ferreira da Silva e Brito e o. (C-160/14, EU:C:2015:565, n.ºs 41 e 42 desse acórdão). O sublinhado é meu.

<sup>56</sup> *Ibidem*, n.º 44 do acórdão.

<sup>57</sup> Acórdão de 28 de julho de 2016, Association France Nature Environnement (C-379/15, EU:C:2016:603).

<sup>58</sup> *Ibidem*, n.º 48.

<sup>59</sup> Acórdão de 28 de fevereiro de 2012, Inter-Environnement Wallonie e Terre wallonne (C-41/11, EU:C:2012:103).

<sup>60</sup> Acórdão de 28 de julho de 2016, Association France Nature Environnement (C-379/15, EU:C:2016:603, n.º 51). O sublinhado é meu.

<sup>61</sup> *Ibidem*, n.º 52. O sublinhado é meu.

80. Em primeiro lugar, embora todos os processos remetam para o Acórdão CILFIT, chegando mesmo alguns a invocar as exceções aí estabelecidas, nenhum deles aplicou efetivamente os critérios previstos no Acórdão CILFIT. Poderia sugerir-se que estes são elementos de facto que devem ser aplicados pelos órgãos jurisdicionais nacionais. Contudo, isto não é inteiramente correto uma vez que, nestes processos, foi o próprio Tribunal de Justiça que efetuou a avaliação destinada a determinar se, em tais circunstâncias, as exceções previstas no Acórdão CILFIT, na maior parte das vezes o *acte clair*, poderiam ter sido validamente invocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio. No entanto, mesmo efetuando claramente esse tipo de avaliação, afigura-se que o Tribunal de Justiça não aplica o seu próprio teste.

81. Em segundo lugar, a jurisprudência acima descrita demonstra bastante bem a dificuldade de aplicação prática que resulta da falta de clareza conceptual no carácter «subjetivo-objetivo» da existência de qualquer dúvida razoável. Trata-se de uma dúvida puramente subjetiva, ou seja, uma dúvida que surge no espírito do juiz nacional? Ou será que esta dúvida apenas é subjetiva se não for refutada por fortes provas circunstanciais objetivas? Ou será que o juiz deveria ter compreendido subjetivamente que existiam dúvidas objetivas? Os dois primeiros acórdãos, a saber, os Acórdãos de 15 de setembro de 2005, Intermodal Transports (C-495/03, EU:C:2005:552), e de 9 de setembro de 2015, X e Van Dijk (C-72/14 e C-197/14, EU:C:2015:564), situam-se mais do lado subjetivo e, por conseguinte, do lado da deferência (em última análise é o juiz nacional que melhor sabe). Em contrapartida, os outros dois acórdãos, a saber, os Acórdãos de 9 de setembro de 2015, Ferreira da Silva e Brito e o. (C-160/14, EU:C:2015:565), e de 28 de julho de 2016, Association France Nature Environnement (C-379/15, EU:C:2016:603), situam-se essencialmente do lado objetivo (tendo em conta as circunstâncias objetivas, o juiz deveria saber).

82. Em terceiro lugar, tal flutuação em termos de teste traduz-se naturalmente em resultados algo diferentes. É certo que cada caso é diferente em matéria de facto. No entanto, em termos de abordagem global, não é imediatamente evidente a forma como se devem compatibilizar, por exemplo, os Acórdãos de 9 de setembro de 2015, X e Van Dijk (C-72/14 e C-197/14, EU:C:2015:564), e Ferreira da Silva e Brito e o. (C-160/14, EU:C:2015:565). É provável que haja dúvidas razoáveis (e, por conseguinte, ausência de *acte clair*) se existirem opiniões objetivas contraditórias sobre a interpretação das mesmas disposições. É verdade que se acrescentarmos à equação argumentos relativos à autoridade formal ou à separação de poderes, é possível distinguir o Acórdão de 15 de setembro de 2005, Intermodal Transports (C-495/03, EU:C:2005:552): mesmo que existam interpretações jurídicas divergentes do mesmo diploma de direito da União entre jurisdições, tratava-se «apenas» de autoridades administrativas, não de decisões judiciais.

83. No entanto, tanto no Acórdão de 9 de setembro de 2015, X e Van Dijk (C-72/14 e C-197/14, EU:C:2015:564), como no Acórdão do mesmo dia, Ferreira da Silva e Brito e o. (C-160/14, EU:C:2015:565), foram proferidas decisões judiciais divergentes sobre os mesmos elementos do direito da União por parte das respetivas jurisdições. Uma vez que ambos os casos diziam respeito a processos *diferentes* dentro desses Estados-Membros, dificilmente se poderia afirmar que algum deles dizia respeito a um «erro único» de um órgão jurisdicional de grau inferior que aguardava correção por parte de um órgão jurisdicional de última instância. Existiam interpretações objetivamente diferentes das mesmas disposições legais em processos diferentes dentro do mesmo Estado-Membro.

84. Dito novamente, cada caso é diferente em matéria de facto. Assim, seria possível identificar diferenças factuais potencialmente relevantes entre os dois casos, justificativas de um resultado diferente. Talvez o mais interessante fosse sugerir que, enquanto o Acórdão de 9 de setembro de

2015, X e Van Dijk (C-72/14 e C-197/14, EU:C:2015:564), dizia respeito a uma divergência interpretativa reconhecida *apenas dentro do mesmo* sistema jurídico nacional, no Acórdão do mesmo dia, Ferreira da Silva e Brito e o. (C-160/14, EU:C:2015:565), essa divergência existia dentro de um Estado-Membro, mas aparentemente também *em toda a União*. De facto, como o Tribunal de Justiça observou neste último acórdão, «a interpretação do conceito de “transferência de estabelecimento” suscitou numerosas interrogações por parte de vários órgãos jurisdicionais nacionais, que, conseqüentemente, se viram obrigados a submeter questões ao Tribunal de Justiça. Estas interrogações comprovam não só a existência de dificuldades de interpretação mas também a presença de riscos de divergências jurisprudenciais ao nível da União»<sup>62</sup>.

85. Mas era objetivo do Tribunal de Justiça começar subitamente a interpretar literalmente o Acórdão CILFIT, ou seja, no sentido de que um órgão jurisdicional nacional «deve estar convencido de que a questão é igualmente óbvia para os órgãos jurisdicionais de outros Estados-Membros e para o Tribunal de Justiça»<sup>63</sup>, para excluir decisões contraditórias sobre questões de direito da União provenientes do mesmo Estado-Membro? Estranhamente, tal leitura é possível. No entanto, implica uma premissa oculta muito importante, nomeadamente, que compete aos respetivos supremos tribunais nacionais «pôr a sua própria casa em ordem» e uniformizar a jurisprudência nacional. Só depois, quando existam divergências interpretativas entre os Estados-Membros, é que surge o dever de reenvio<sup>64</sup>.

86. No entanto, a verdade é que, em geral, não é fácil harmonizar a recente jurisprudência descrita na presente secção dentro do Tribunal de Justiça. Este facto tem incentivado vários especialistas a especular sobre se o Tribunal de Justiça terá flexibilizado, tacitamente, os critérios relativos ao *acte clair* previstos no Acórdão CILFIT<sup>65</sup>. Afigura-se que alguns órgãos jurisdicionais nacionais também têm o mesmo entendimento<sup>66</sup>.

87. Em resumo, considero que a diversidade da jurisprudência descrita já justifica, por si só, a intervenção da (Grande Secção do) Tribunal de Justiça, a fim de esclarecer qual é exatamente, presentemente, o âmbito do dever de reenvio previsto no terceiro parágrafo do artigo 267.º TFUE e quais as suas possíveis exceções.

### C. Problemas com o Acórdão CILFIT

88. Na presente secção, pretendo identificar os problemas (C) que, em meu entender, devem nortear a revisão do Acórdão CILFIT sugerida na seguinte secção (D). Classifico os problemas em quatro categorias: os que são *conceptuais* e estavam presentes e eram inerentes ao Acórdão CILFIT desde o início (1); os relativos à *exequibilidade* dos critérios do Acórdão CILFIT (2); os

<sup>62</sup> Acórdão de 9 de setembro de 2015, Ferreira da Silva e Brito e o. (C-160/14, EU:C:2015:565, n.º 43).

<sup>63</sup> Acórdão de 6 de outubro de 1982, CILFIT e o. (283/81, EU:C:1982:335, n.º 16). O sublinhado é meu.

<sup>64</sup> No entanto, v., no que respeita a este ponto, Conclusões apresentadas pelo advogado-geral N. Wahl nos processos apensos X e van Dijk (C-72/14 e C-197/14, EU:C:2015:319, n.º 68).

<sup>65</sup> V., por exemplo, Kornezov, A., «The New Format of the Acte Clair Doctrine and its Consequences» *CMLR*, vol. 53, p. 1317; Limante, A., Recent Development in the Acte Clair Case Law of the EU Court of Justice: Towards a more Flexible Approach, *JCMS*, vol. 54, 2016, p. 1384; Gervasoni, S., «CJUE et cours suprêmes: repenser les termes du dialogue des juges?» *AJDA*, 2019, p. 150.

<sup>66</sup> V., por exemplo, Acórdão do Ústavní soud (Tribunal Constitucional, República Checa) de 11 de setembro de 2018, no processo n.º II.ÚS 3432/17 (ECLI:CZ:US:2018:2.US.3432.17.1). Neste processo, o Ústavní soud (Tribunal Constitucional), invocando reiteradamente o Acórdão de 9 de setembro de 2015, Ferreira da Silva e Brito e o. (C-160/14, EU:C:2015:565), recusou punir, ao contrário do estabelecido na sua anterior jurisprudência, um reconhecido incumprimento, por parte do Nejvyšší soud (Supremo Tribunal, República Checa), do dever de reenvio num caso em que se verificaram decisões contraditórias sobre a mesma matéria de direito da União proferidas na República Checa. Para uma avaliação crítica, v., por exemplo, Malenovský, J., «Protichůdné zájmy v řízení o předběžné otázce a její důsledky», *Právní rozhledy*, C.H. Beck, 6/1029, p. 191.

referentes à incoerência *sistémica* dos critérios previstos no Acórdão CILFIT com outros tipos de procedimentos e recursos do direito da União (3); e, por último, os que surgiram mais tarde devido à posterior *evolução* do direito da União e do sistema judicial da União (4).

### 1. Problemas conceptuais

89. Existem várias falhas no esquema e projeto original do Acórdão CILFIT. É por esta razão que os critérios previstos no Acórdão CILFIT são conceptualmente problemáticos desde o seu início.

90. Primeiro e antes de tudo o mais, verifica-se aquilo que designaria por «incompatibilidade Hoffmann-Laroche-CILFIT». Em termos simples, a lógica das exceções previstas no Acórdão CILFIT não corresponde à natureza do dever de reenvio prejudicial previsto no Acórdão Hoffmann-Laroche.

91. Desde o Acórdão Hoffmann-Laroche, proferido em 1977, o Tribunal de Justiça tem continuado a insistir que o objetivo do dever de reenvio existe para evitar que surja num Estado-Membro uma jurisprudência que se afaste da jurisprudência de outros Estados-Membros e também da do Tribunal de Justiça<sup>67</sup>. A lógica subjacente a tal dever de reenvio é claramente *estrutural* e centrada numa *interpretação* uniforme em toda a União Europeia. O seu ponto de partida e natureza parecem *objetivos*, centrando-se na jurisprudência em geral e não apenas no caso individual submetido ao órgão jurisdicional de reenvio: não deve haver divergências na *jurisprudência* nacional («la jurisprudence»; «die Rechtsprechung»; «guirisprudenza»; ou «rechtspraak» como figurava nas outras línguas oficiais nessa época)<sup>68</sup>.

92. No entanto, cerca de cinco anos depois, quando as exceções a esse dever foram estabelecidas no Acórdão CILFIT, a lógica que orientou estas exceções passou a centrar-se principalmente no caso *concreto* e nas dúvidas judiciais *subjetivas* nesse caso *específico*. A única exceção real que tem em conta considerações estruturais ou sistémicas, que requerem que o juiz nacional não se limite ao processo concreto, é a relativa ao *acte éclairé*: a existência de um precedente. Em contrapartida, a primeira exceção (confirmação da relevância da questão) diz exclusivamente respeito ao caso concreto. Mais importante ainda, a exceção referente ao *acte clair* é concebida como uma estranha combinação de elementos relativos ao caso concreto, sendo alguns deles elementos objetivos e gerais, mas a maior parte são elementos subjetivos.

93. Em meu entender, é aí que reside o verdadeiro problema. Normalmente seria de esperar que as exceções a um dever refletissem a lógica geral e o objetivo deste dever. De certa forma, deveriam representar a outra face da mesma moeda. Porém, neste caso, as exceções estão efetivamente dissociadas do dever que supostamente deviam fazer cumprir. Com efeito, embora tenha declarado que pretendia prosseguir os objetivos do Acórdão Hoffmann-Laroche<sup>69</sup>, o Acórdão CILFIT interpreta as exceções com base numa lógica muito diferente.

94. Em segundo lugar, como nota complementar, a genealogia da terceira exceção (*acte clair*), parece confirmar as dúvidas relacionadas com a adequação sistémica desse diferente «transplante» jurídico. No Acórdão CILFIT, o Tribunal de Justiça admitiu, no essencial, o argumento do arguido, e aparentemente também o do órgão jurisdicional de reenvio, e fez dele o seu: a interpretação do regulamento em causa era «tão óbvia que excluía a possibilidade de haver

<sup>67</sup> V. n.º 51, *supra*.

<sup>68</sup> Acórdão de 24 de maio de 1977, Hoffmann-Laroche (107/76, EU:C:1977:89, n.º 5).

<sup>69</sup> V. n.ºs 59 e 6º, *supra*.

qualquer dúvida interpretativa, [afastando assim] a necessidade de submeter a questão ao Tribunal de Justiça»<sup>70</sup>. No seu acórdão, o Tribunal de Justiça subscreveu em larga medida esta abordagem, embora a tenha limitado ligeiramente ao acrescentar «razoável» para caracterizar o tipo de dúvida interpretativa.

95. O facto de tal exceção ter tido origem no contexto de um determinado litígio não é, em si mesmo, problemático. O elemento mais questionável é o «transplante» de uma doutrina especificamente francesa, elaborada num contexto muito diferente para um fim diferente, para um tipo de processo *sui generis* da União Europeia<sup>71</sup>. O que ficou conhecido como a «teoria do *acte clair*» foi aplicado no direito francês em diferentes contextos, nomeadamente em casos que implicavam a interpretação de Tratados. Embora, em princípio, coubesse apenas ao Ministro dos Negócios Estrangeiros interpretar os tratados (sendo os tribunais nacionais meramente competentes para aplicar essa interpretação ao caso concreto), os tribunais franceses basearam-se nesta teoria para reforçar os poderes de interpretação do poder judicial, em prejuízo dos do poder executivo<sup>72</sup>. A partir de 1964, o Conseil d'État (Conselho de Estado, França) começou a aplicar esta doutrina no âmbito do dever de reenvio, a fim de utilizar este último em seu próprio benefício<sup>73</sup>. Pretendendo presumivelmente controlar a utilização nacional da prática do *acte clair*, o Tribunal de Justiça tomou como seu e transplantou para a ordem jurídica da União Europeia um mecanismo que tinha uma função muito diferente no seu sistema de origem.

96. Em terceiro lugar, mesmo acreditando que tais transplantes jurídicos transfuncionais são efetivamente possíveis sem afetar a saúde do paciente recetor, a verdade é que o que foi transposto para a ordem jurídica (então comunitária) tinha, simplesmente, uma função diferente. As exceções previstas no Acórdão CILFIT, em particular a relativa ao *acte clair*, permaneceram centradas em torno da ausência de qualquer dúvida razoável quanto ao *resultado de um* caso concreto. A linguagem continuou a ser uma linguagem de correta interpretação e aplicação do direito da União Europeia no caso concreto.

97. No entanto, o dever de verificar a correta aplicação da lei em cada caso concreto é uma tarefa muito exigente. Este ideal é muito difícil de alcançar mesmo em sistemas nacionais que têm uma natureza *hierárquica*, baseados num controlo individual extenso da correção das decisões concretas, e em que os órgãos jurisdicionais superiores reexaminam milhares ou mesmo dezenas de milhares de decisões anualmente. No entanto, tal lógica ideal e sistémica não se coaduna com sistemas mais *coordenados* de governação judiciária, que se baseiam largamente na força dos precedentes, e nos quais um único precedente pode ser importante<sup>74</sup>. Em meu entender, é discutível até que ponto o atual sistema judicial da União está próximo deste último ideal de coordenação, mas é certamente um mundo à parte do modelo hierárquico.

<sup>70</sup> V. Acórdão de 6 de outubro de 1982, CILFIT e o. (283/81, EU:C:1982:335, n.º 3).

<sup>71</sup> V., a este respeito, Conclusões apresentadas pelo advogado-geral F. Capotorti no processo CILFIT e o. (283/81, não publicadas, EU:C:1982:267) que, depois de ter explicado criticamente as origens da «teoria do *acte clair*» francesa, também recusou inspirar-se no direito constitucional italiano (o teste da «irrelevância manifesta») para determinar o âmbito do dever de reenvio no direito da União.

<sup>72</sup> Quanto à prática dos órgãos jurisdicionais franceses relativamente ao «*acte clair*» em geral, v., por exemplo, Lagrange, M., «Cour de justice européenne et tribunaux nationaux — La théorie de "l'acte clair": pomme de discorde ou trait d'union?», *Gazette du Palais*, 19 de março de 1971, n.ºs 76 a 78, p. 1; no contexto específico do direito da União, v., por exemplo, Lesguillons, H., «Les juges français et l'article 177», *Cahiers de droit européen* 4, 1968, p. 253.

<sup>73</sup> Conseil d'État français (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), Acórdão de 19 de junho de 1964, Société des pétroles Shell-Berre, n.º 47007, conhecido como o primeiro acórdão em que o Conseil d'Etat aplicou a «teoria do *acte clair*» ao direito da União Europeia.

<sup>74</sup> V. Damaška, M. R., *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. Yale University Press, 1986, p. 16.

98. Por último, as exceções previstas no Acórdão CILFIT ao dever de reenvio tendem a tornar confusa a fronteira entre a interpretação e a aplicação do direito da União, que salienta a correta divisão de tarefas prevista no artigo 267.º TFUE. Se o que é preciso é não haver dúvidas razoáveis quanto à correta aplicação do direito da União a um caso concreto para que seja desencadeada uma exceção ao dever de reenvio, onde se situa então, pelo menos aproximadamente, a divisão de tarefas entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais?

## 2. *Exequibilidade*

99. Não é necessário reabrir o debate relativo à questão de saber se os critérios previstos no Acórdão CILFIT, nomeadamente os que dizem respeito à inexistência de dúvidas razoáveis quanto à correta interpretação e aplicação do direito da União num caso específico (a exceção do *acte clair*), equivalem a uma lista de verificações ou constituem simplesmente um conjunto de ferramentas. A verdade é que não operam em nenhuma das duas formas. Se constituírem uma lista de verificações, é impossível completar essa lista. Se constituírem um conjunto de ferramentas, o problema passa inerentemente a ser de seletividade quanto ao instrumento que deve ser utilizado num caso concreto. Este último problema torna-se evidentemente grave na fase do potencial cumprimento do dever de reenvio: se não existirem critérios claros, como pode este dever ser cumprido sem ser de modo arbitrário?

100. No passado, vários advogados-gerais assinalaram a falta de exequibilidade dos critérios. O que é intrigante é a não aplicação destes critérios pelos tribunais nacionais e pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH»), incluindo os tribunais que efetivamente cumprem o dever de reenvio.

101. Em primeiro lugar, começando com as famosas dúvidas do advogado-geral F. G. Jacobs em relação a determinadas peças de vestuário feminino e à sua classificação como pijamas para fins aduaneiros, alguns dos meus ilustres antecessores criticaram as dificuldades práticas associadas à exceção do *acte clair*. Nas Conclusões que apresentou no processo Wiener, o advogado-geral F. G. Jacobs rejeitou o entendimento segundo o qual «há que interpretar o [A]córdão [CILFIT] no sentido de que os órgãos jurisdicionais nacionais são obrigados a examinar todas as disposições comunitárias em cada uma das línguas oficiais da Comunidade [...] Em numerosos casos, isso exigiria aos órgãos jurisdicionais nacionais um esforço desproporcionado», observando que seria bastante estranho exigir aos órgãos jurisdicionais nacionais o recurso a um método de que «o próprio Tribunal de Justiça parece fazer raramente aplicação»<sup>75</sup>. Salientou igualmente que «[s]e se fizer questão de aplicar estritamente o [A]córdão [CILFIT], todas as questões de direito comunitário [...] devem ser reenviadas por todos os órgãos jurisdicionais de última instância»<sup>76</sup>.

102. Nas Conclusões que apresentou no processo Intermodal Transports, a advogada-geral C. Stix-Hackl declarou que exigir que os órgãos jurisdicionais nacionais examinem uma disposição do então direito comunitário em todas as línguas oficiais da Comunidade «importaria aos órgãos jurisdicionais nacionais um encargo praticamente insuportável»<sup>77</sup>. Em seu entender, os critérios previstos no Acórdão CILFIT não podiam ser utilizados como «uma espécie de instruções de decisão [...] a aplicar de forma esquemática»<sup>78</sup>. Nas Conclusões que apresentou no processo

<sup>75</sup> Conclusões apresentadas pelo advogado-geral F. G. Jacobs no processo Wiener SI (C-338/95, EU:C:1997:352, n.º 65). V., no entanto, Conclusões apresentadas pelo advogado-geral A. Tizzano no processo Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:108, n.º 75).

<sup>76</sup> Conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs apresentadas no processo Wiener SI (C-338/95, EU:C:1997:352, n.º 58).

<sup>77</sup> C-495/03, EU:C:2005:215, n.º 99).

<sup>78</sup> *Ibidem*, n.º 100.



Gaston Schul, o advogado-geral D. Ruiz-Jarabo destacou a necessidade de rever totalmente o Acórdão CILFIT, observando que «o teste proposto era inviável no momento da sua formulação, e disparatado na realidade do ano de 2005»<sup>79</sup>. Nas Conclusões que apresentou no processo X e van Dijk, o advogado-geral N. Wahl pretendeu salientar a importância do inerente poder discricionário que os órgãos jurisdicionais nacionais de última instância devem ter para apreciarem se o dever de reenvio ocorreu, sugerindo que os critérios previstos no Acórdão CILFIT devem ser entendidos como um conjunto de ferramentas e concluindo que «se um órgão jurisdicional nacional de última instância estiver suficientemente seguro da sua própria interpretação para assumir a responsabilidade (e possivelmente a contestação) pela resolução de uma questão de direito da União sem o auxílio do Tribunal de Justiça, deve-lhe ser legalmente permitido fazê-lo»<sup>80</sup>.

103. Não creio que seja necessário repetir os argumentos já tão eloquentemente apresentados pelos referidos advogados-gerais, nem demonstrar o motivo e a forma como os critérios previstos no Acórdão CILFIT, caso sejam considerados pelo seu valor facial individual, são totalmente inexequíveis. De facto, como afirmou de forma pertinente e inteligente o advogado-geral N. Wahl, «a probabilidade de encontrar um “verdadeiro” ato claro seria, na melhor das hipóteses, a mesma de encontrar um unicórnio»<sup>81</sup>.

104. Em termos simples, os critérios previstos no Acórdão CILFIT relativos à identificação da exceção do *acte clair* são inevitavelmente afetados pelo problema conceptual já anteriormente focado<sup>82</sup>. Por um lado, existe uma saudável parte de *subjetivismo* não verificável e, por conseguinte, não passível de revisão: os tribunais nacionais têm não apenas de estar «convencidos» de que a matéria é igualmente evidente para os órgãos jurisdicionais dos outros Estados-Membros e para o Tribunal de Justiça» mas também «necessária para decidir a causa» e de ter uma «dúvida razoável» subjetiva. Por outro, os elementos enunciados em termos *objetivos* são simplesmente inatingíveis, pelo menos para juízes nacionais mortais que não possuem as qualidades, tempo e recursos do juiz Hércules idealizado por R. Dworkin, que compara (todas) as versões linguísticas, interpreta cada disposição do direito da União à luz do direito da União como um todo e possui simultaneamente um conhecimento perfeito do seu estado de evolução à data em que tal disposição é interpretada.

105. Em segundo lugar, e de forma compreensível tendo em conta o número anterior, os critérios previstos no Acórdão CILFIT relativos ao «*acte clair*» dificilmente são aplicados de forma coerente e sistemática pelos órgãos jurisdicionais nacionais de última instância no âmbito da apreciação da terceira exceção ao dever de reenvio<sup>83</sup>. É certo que existem casos em que o Acórdão CILFIT é citado por órgãos jurisdicionais nacionais de última instância. Contudo, isso não significa que os critérios estabelecidos neste acórdão, nomeadamente os requisitos

<sup>79</sup> Conclusões apresentadas pelo advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer no processo Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:415, n.º 52).

<sup>80</sup> Conclusões apresentadas pelo advogado-geral N. Wahl nos processos apensos X e van Dijk (C-72/14 e C-197/14, EU:C:2015:319, n.º 69).

<sup>81</sup> *Ibidem*, n.º 62.

<sup>82</sup> V. n.º 81, *supra*.

<sup>83</sup> Para exemplos comparativos, v., nomeadamente, os vários relatórios nacionais para o 18.º Colóquio da Associação dos Conselhos de Estado e dos Supremos Tribunais Administrativos da União Europeia, em Helsínquia, 20 e 21 de maio de 2002, subordinado ao tema «The Preliminary Reference to the Court of Justice of the European Communities» (<http://www.aca-europe.eu/index.php/en/colloques-top-en/240-18th-colloquium-in-helsinki-from-20-to-21-may-2002>); Nota de investigação n.º 19/004 de maio de 2019, compilada pela Direção-Geral da Biblioteca, Investigação e Documentação do Tribunal de Justiça, relativa à «Application of the Cilfit case-law by national courts or tribunals against whose decisions there is no judicial remedy under national law» ([https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-01/ndr-CILFIT\\_synthese\\_en.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-01/ndr-CILFIT_synthese_en.pdf)); ou Fenger, N., e Broberg, M., «Finding Light in the Darkness: On The Actual Application of the *Acte Clair* Doctrine», *Yearbook of European Law*, vol. 30, n.º 1, 2011, p. 180.

específicos relacionados com o facto de existir um *acte clair*, sejam de facto aplicados enquanto tais<sup>84</sup>. Há situações em que os órgãos jurisdicionais nacionais substituem os critérios previstos no Acórdão CILFIT pelos seus próprios critérios e normas. Por exemplo, os supremos tribunais franceses consideram frequentemente que existe dever de reenvio quando se verifica uma «séria dificuldade» na interpretação do direito da União, tornando assim o dever de reenvio muito mais flexível do que o que decorre da letra e do espírito do Acórdão CILFIT<sup>85</sup>. Do mesmo modo, outros supremos tribunais também se centraram na natureza da questão suscitada, independentemente da existência de dúvidas interpretativas, para fundamentar o dever de reenvio<sup>86</sup>.

106. Em terceiro lugar, em alguns Estados-Membros, o cumprimento do dever de reenvio é fiscalizado pelos tribunais constitucionais na sequência de uma queixa constitucional individual, na qual é invocado o direito a um juiz legítimo ou a um julgamento justo<sup>87</sup>. No entanto, nestes sistemas, o parâmetro geral adotado é de facto muito mais ligeiro do que o previsto no Acórdão CILFIT, incidindo sobre os conceitos de uma interpretação obviamente insustentável ou arbitrária do direito da União, frequentemente associada ao dever de justificar devidamente a razão pela qual não foi necessário o reenvio para o Tribunal de Justiça<sup>88</sup>.

107. Poderia sugerir-se que os tribunais constitucionais nacionais fiscalizassem o cumprimento do dever de reenvio para o Tribunal de Justiça nos termos do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE, em conformidade com as suas normas e conceitos *nacionais* de constitucionalidade e proteção dos direitos fundamentais. Isto é certamente verdade no que respeita à questão de saber se a identificação do direito nacional relevante *per se* (o direito a um juiz legítimo, a um julgamento justo, a um processo legal justo, ou outro) será um direito garantido no sistema jurídico nacional. Outra questão é a do parâmetro interno, ou seja, as condições específicas em que um pedido prejudicial deve ser apresentado. Sobre esta última questão, pode presumir-se

<sup>84</sup> Conduzindo em última análise à utilização do conceito de «inexistência de dúvida razoável», mas alterado quanto ao seu conteúdo. V., por exemplo, Acórdão do Anotato Dikastirio (Supremo Tribunal de Chipre) de 15 de junho de 2013, *Cypra Limited v. Kipriakis Dimokratias*, recurso 78/2009 (apenas existe o dever de reenvio quando o direito da União em causa não está «isento de dúvidas»); no direito inglês, foi implementado um teste ligeiramente mais flexível do que o requisito de «inexistência de dúvida razoável», v. Acórdãos da House of Lords (Câmara dos Lordes) no processo *O'Byrne v. Aventis Pasteur SA* [2008] UKHL 34, n.º 23 (não há necessidade de reenvio quando a interpretação da disposição em causa está «claramente fora de qualquer contestação razoável»), e da Supreme Court of the United Kingdom (Supremo Tribunal do Reino Unido) no processo R. (relativo à aplicação de Buckinghamshire CC) v. Secretary of State for Transport [2014] UKSC 3 (Supremo Tribunal), n.º 127) (não há necessidade de reenvio quando a interpretação da disposição em causa está «para além de um litígio razoável»).

<sup>85</sup> V., por exemplo, Acórdãos do Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), (1.ª e 6.ª subsecções reunidas), de 26 de fevereiro de 2014 (n.º 354603, ECLI:FR:CE:2014:354603.20140226), e da Cour de Cassation (Tribunal de Cassação) (civ. 1), de 11 de julho de 2018 (n.º 17-18177, ECLI:FR:CCASS:2018:C100737). Enquanto o primeiro órgão jurisdicional se baseia geralmente no critério da «dificuldade grave», o segundo também utiliza outros critérios.

<sup>86</sup> Quando o caso suscite «questões de interpretação de interesse geral» [Acórdão do Anotato Diskastiro Kyprou (Supremo Tribunal de Chipre) de 5 de abril de 2017, *Proedros Tis Demokratias v. Vouli Ton Antiprosopon*, recurso 5/2016], ou quando uma questão de interpretação e não de aplicação do direito da União está em causa [Acórdão da Qorti tal-Appell (Tribunal de Recurso, Malta), de 26 de junho de 2007, *GIE Pari Mutuel Urbain (PMU) vs Bell Med Ltd & Computer Aided Technologies Ltd* (224/2006/1)].

<sup>87</sup> Para uma análise comparativa, v., Solar, N., *Vorlagepflichtverletzung mitgliedstaatlicher Gerichte und ihre Sanierung*, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Viena, 2004; ou Warnke, M., *Die Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EGV in der Rechtsprechungspraxis des BVerfG im Vergleich zu den Verfassungsgerichtsbarkeit der EG-Mitgliedstaaten*. Peter Lang, Frankfurt, 2004. Mais recentemente, por exemplo, v., relatórios individuais dos países em Coutron, L. (sob a direção de), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de Justice: une obligation sanctionnée?*, Bruylant, Bruxelas, 2014, ou as contribuições individuais que constam da edição especial de 2015 do *German Law Journal*, vol. 16/6, em particular Lacchi, C., «Review by Constitutional Courts of the Obligation of National Courts of Last Instance to Refer a Preliminary Question to the Court of Justice of the EU», p. 1663.

<sup>88</sup> V., a título de ilustração, por exemplo na Alemanha, Despacho do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) de 9 de maio de 2018 — 2 BvR 37/18; em Espanha, Decisão do Tribunal Constitucional de 19 de abril de 2004, STC 58/2004 (ECLI:ES:TC:2004:58); na República Checa, Decisão do Ústavní soud (Tribunal Constitucional) de 8 de janeiro de 2009, n.º II. ÚS 1009/08; na Croácia, Decisão do Ustavni sud Republike Hrvatske (Tribunal Constitucional da República da Croácia) de 13 de dezembro de 2016, n.º U-III-2521/2015; na Eslováquia, Acórdão do Ústavný súd (Tribunal Constitucional) de 18 de abril de 2012, n.º II. ÚS 140/2010; na Eslovénia, Decisão do Ustavno sodišče (Tribunal Constitucional) de 21 de novembro de 2013, n.º Up-1056/11 (ECLI:SI:USRS:2013:Up.1056.11).

que as regras constitucionais nacionais são omissas a este respeito. No entanto, quando se trata do cumprimento efetivo do dever, afigura-se que efetivamente nenhum dos tribunais constitucionais nacionais seguiu o Acórdão CILFIT.

108. Em quarto lugar, o TEDH invoca os critérios previstos no Acórdão CILFIT quando examina o facto de os órgãos jurisdicionais nacionais de última instância não terem procedido a um reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (a seguir «CEDH»). Por exemplo, o TEDH concluiu pela existência de uma violação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH no processo Dhahbi c. Itália por falta de fundamentação do órgão jurisdicional nacional no que respeita à recusa em apresentar uma questão ao Tribunal de Justiça. Observou que a Corte suprema di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália) não fez nenhuma referência ao pedido do requerente para que se procedesse a um reenvio prejudicial nem explicou os motivos pelos quais considerou que a questão suscitada não justificava um reenvio para o Tribunal de Justiça, nem efetuou nenhuma referência à sua jurisprudência<sup>89</sup>. No entanto, noutras ocasiões, o TEDH considerou suficiente uma argumentação sumária para efeitos do indeferimento de um pedido de prejudicial quando o órgão jurisdicional nacional já tinha concluído, noutra parte da sua decisão, que tal pedido era redundante<sup>90</sup>. O TEDH declarou igualmente que, quando um órgão jurisdicional nacional de última instância se recusa a submeter ou não submete uma questão prejudicial, esse órgão é obrigado a fundamentar tal recusa à luz das exceções previstas na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Nomeadamente, deve indicar os motivos pelos quais considerou que a questão é irrelevante, se a disposição de direito da União em causa já foi interpretada pelo Tribunal de Justiça ou se a correta aplicação do direito da União é tão óbvia que não deixa margem para qualquer dúvida razoável<sup>91</sup>.

109. Em geral, embora a apreciação efetuada pelo TEDH incida sobre a decisão do Acórdão CILFIT, não deixa de se centrar na fundamentação da decisão nacional que recusa proceder a um reenvio. Assim, sem abordar muito a questão de fundo, e certamente não indo ao nível da análise detalhada da ausência de dúvida razoável que de facto é exigida pelo Acórdão CILFIT, o TEDH verifica se os órgãos jurisdicionais nacionais de última instância explicaram devidamente o motivo pelo qual consideram que os critérios previstos no Acórdão CILFIT foram cumpridos, mas não examina a questão de saber se isso sucedeu efetivamente.

110. Em resumo, a falta de qualquer orientação quanto à lógica e à aplicação dos critérios do Acórdão CILFIT não se reflete apenas nas críticas (surpreendentemente uniformes) dos anteriores advogados-gerais ao longo dos anos. A mesma questão resulta também do simples facto de que, entre os responsáveis pelo cumprimento de tal dever, em particular entre os que efetivamente o cumprem, ninguém parece seguir a orientação do Tribunal de Justiça. Em meu entender, isto não se deve, de modo algum, ao facto de pretenderem desrespeitar o Tribunal de Justiça. Trata-se antes de um mecanismo natural de autopreservação. *Impossibilium nulla est obligatio*.

<sup>89</sup> TEDH, 8 de abril de 2014, Dhahbi c. Itália (CE:ECHR:2014:0408JUD001712009, § 33). Para as mais recentes constatações de violações, v., por exemplo, TEDH, 16 de abril de 2019, Baltic Master c. Lituânia (CE:ECHR:2019:0416JUD005509216, §§ 36 a 38); e TEDH, 13 de fevereiro de 2020, Sanofi Pasteur c. França (CE:ECHR:2020:0213JUD002513716, § 81).

<sup>90</sup> TEDH, 24 de abril de 2018, Baydar c. Países Baixos (CE:ECHR:2018:0424JUD005538514, § 43).

<sup>91</sup> TEDH, 20 de setembro de 2011, Ullens de Schooten and Rezabek c. Bélgica (CE:ECHR:2011:0929JUD000398907 e 3835307, § 62); e 10 de abril de 2012, Vergauwen e outros c. Bélgica (CE:ECHR:2012:0410JUD00483204, §§ 89 e 90).

### 3. Coerência sistémica das vias de recurso do direito da União

111. Existe ainda outra razão para ser necessário rever de forma significativa o Acórdão CILFIT: a coerência sistémica e horizontal das vias de recurso do direito da União. Em resumo, os critérios previstos no Acórdão CILFIT estão estranhamente dissociados dos próprios meios de que o direito da União dispõe para fazer cumprir o dever de reenvio previsto no artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE.

112. É certo que, presentemente, não existe nenhuma via de recurso específica do direito da União que as partes possam invocar se considerarem que o seu direito ao reenvio de uma questão para o Tribunal de Justiça ao abrigo do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE foi violado<sup>92</sup>. Esta é uma consequência lógica da insistência do Tribunal de Justiça no facto de que as partes no processo principal não têm automaticamente direito a que seja apresentado um pedido de decisão prejudicial, na medida em que o artigo 267.º TFUE não constitui um meio de recurso à disposição das partes num processo pendente num órgão jurisdicional nacional<sup>93</sup>. À luz da (atualmente) sólida jurisprudência constitucional nacional<sup>94</sup>, bem como a jurisprudência do TEDH<sup>95</sup>, segundo as quais, se os critérios (objetivos) para a existência de um dever de reenvio estiverem preenchidos, as partes nesses processos são titulares de um direito (subjeto) a que o seu caso seja submetido ao Tribunal de Justiça inerente ao seu direito a um julgamento justo, é possível considerar que esta talvez não seja a única abordagem possível<sup>96</sup>.

113. Uma vez que não existe uma via de recurso «direta», a eventual aplicação do dever de reenvio ao abrigo do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE poderia constituir, eventualmente, matéria de responsabilidade do Estado ou de uma ação de incumprimento. No entanto, é exatamente neste ponto que as questões se complicam.

114. Por um lado, desde o Acórdão Köbler, existe a possibilidade de obter, junto de um órgão jurisdicional nacional, ressarcimento do prejuízo causado pela violação destes direitos por uma decisão de um órgão jurisdicional nacional decidindo em última instância<sup>97</sup>. Para que tal ação tenha êxito é necessário que a norma jurídica violada vise atribuir direitos aos particulares, que a violação seja suficientemente caracterizada e que exista um nexo de causalidade direto entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas. A responsabilidade do Estado por danos causados pela decisão de um órgão jurisdicional nacional decidindo em última instância rege-se pelas mesmas condições<sup>98</sup>.

115. No entanto, colocam-se dois problemas. Em primeiro lugar, uma vez que o artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE não é uma regra que «vise atribuir direitos aos particulares», o incumprimento do dever de reenvio não pode, *por si só*, gerar a responsabilidade do Estado. Em

<sup>92</sup> Em 1975, num relatório, o Tribunal de Justiça sugeriu a criação de uma via de recurso adequada relativamente à violação do então artigo 177.º CEE, através de um pedido direto ao Tribunal de Justiça pelas partes no processo principal, de uma ação de incumprimento obrigatória ou, por último, de uma ação de indemnização contra o Estado em causa a pedido da parte lesada [Relatório sobre a União Europeia. Bulletin of the European Communities (Suplemento 9/75, p. 18)].

<sup>93</sup> V., neste sentido, Acórdão de 18 de julho de 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi e Autorità Garante della Concorrenza e del mercato (C-136/12, EU:C:2013:489, n.º 28 e jurisprudência referida).

<sup>94</sup> Acima descrito, n.º 106 das presentes conclusões.

<sup>95</sup> V. n.ºs 108 e 109, *supra*.

<sup>96</sup> V., a este respeito, por exemplo, Baquero Cruz, J., «The Preliminary Rulings Procedure: Cornerstone or Broken Atlas?», em Baquero Cruz, J., *What's Left of the Law of Integration? Decay and Resistance in European Union Law*, Oxford University Press, 2018, pp. 64 a 65.

<sup>97</sup> Acórdão de 30 de setembro de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, n.º 36).

<sup>98</sup> V., por exemplo, Acórdão de 30 de setembro de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, n.ºs 51 e 52); de 28 de julho de 2016, Tomášová (C-168/15, EU:C:2016:602, n.ºs 22 e 23); e de 29 de julho de 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, n.ºs 35 e 36).

segundo lugar, independentemente disso, os critérios previstos no Acórdão CILFIT não têm nenhum peso na avaliação da existência, ou não, de uma violação de outras regras do direito da União<sup>99</sup>, pelo menos de um ponto de vista objetivo, enquanto parte da avaliação da violação de outras regras do direito da União. Em tais situações, a regra é a *manifesta violação* da lei aplicável que pode conduzir a uma *violação suficientemente caracterizada*<sup>100</sup>.

116. Por outro lado, existe o processo por incumprimento, nos termos do artigo 258.º TFUE. Aquilo que, durante vários anos, apenas parecia ser teoricamente possível<sup>101</sup>, ocorreu de forma plena, pela primeira vez, em 2018. No Acórdão Comissão/França<sup>102</sup>, o Tribunal de Justiça concluiu, na parte decisória, que um Estado-Membro violou o direito da União *especificamente* pelo facto de um órgão jurisdicional de última instância não ter submetido uma (única) questão prejudicial ao Tribunal de Justiça a fim de cumprir o dever de reenvio que lhe incumbe nos termos do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE, numa situação em que a interpretação das disposições substantivas do direito da União em causa não se impunha com tal evidência que não desse lugar a qualquer dúvida razoável.

117. Para chegar a esta conclusão, o Tribunal de Justiça baseou-se no Acórdão CILFIT<sup>103</sup> ou, pelo menos, no seu requisito geral de não existir nenhuma dúvida razoável. O Tribunal de Justiça observou, em primeiro lugar, que o Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) optou por se desviar de um acórdão anterior do Tribunal de Justiça que tinha por objeto legislação do Reino Unido com o fundamento de que o regime britânico em causa era diferente do regime francês «apesar de não poder ter a certeza de que o seu raciocínio se impunha com a mesma evidência ao Tribunal de Justiça»<sup>104</sup>. Assim, o Tribunal de Justiça declarou que a inexistência de reenvio prejudicial por parte do Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) em dois dos seus acórdãos «conduziu à adoção, nos referidos acórdãos, de uma solução baseada numa interpretação do disposto nos artigos 49.º e 63.º TFUE que é contrária à adotada no presente acórdão, pelo que a existência de uma dúvida razoável quanto a esta interpretação não podia ser excluída no momento em que o Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) deliberou»<sup>105</sup>.

118. Existem três elementos dignos de nota que se relacionam com este último acórdão. Em primeiro lugar, nesses processos por incumprimento, era indubitável que incumbia ao próprio Tribunal de Justiça aplicar o Acórdão CILFIT. Contudo, nesse acórdão, o Tribunal de Justiça limitou-se a enunciar o critério geral estabelecido no Acórdão CILFIT, sem rever nem aplicar nenhum dos critérios específicos. É evidente a ausência de qualquer discussão não apenas de quaisquer acórdãos potencialmente contraditórios sobre essa matéria proferidos por tribunais de última instância de outros Estados-Membros, ou até por outros tribunais franceses, mas também da jurisprudência anterior do próprio Tribunal de Justiça sobre a matéria, exceto no que diz respeito a um precedente.

<sup>99</sup> Embora se afigurem aplicáveis — v., neste sentido, Acórdão de 30 de setembro de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, n.º 118).

<sup>100</sup> Na qual o incumprimento do dever de reenvio pode ser apenas um dos fatores a ter em conta. V., por exemplo, Acórdãos de 30 de setembro de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, n.º 55); de 28 de julho de 2016, Tomášová (C-168/15, EU:C:2016:602, n.º 25); e de 29 de julho de 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, n.º 42).

<sup>101</sup> As indicações anteriores foram os Acórdãos de 9 de dezembro de 2003, Comissão/Itália (C-129/00, EU:C:2003:656), e de 12 de novembro de 2009, Comissão/Espanha (C-154/08, não publicado, EU:C:2009:695). Em ambos os casos, o processo dizia genericamente respeito à incompatibilidade do direito nacional ou da prática administrativa com outras disposições substantivas do direito da União. Contudo, em particular neste último caso, era bastante claro que a culpa era do Supremo Tribunal (Espanha), por não ter procedido ao reenvio (v., nomeadamente, n.ºs 124 a 126 desse acórdão).

<sup>102</sup> Acórdão de 4 de outubro de 2018, Comissão/França (Imposto por retenção na fonte) (C-416/17, EU:C:2018:811).

<sup>103</sup> *Ibidem*, n.º 110.

<sup>104</sup> *Ibidem*, n.º 111.

<sup>105</sup> *Ibidem*, n.º 112.

119. Em segundo lugar, esta afirmação tão categórica do «Acórdão CILFIT mais estrito», pelo menos no seu espírito, é em certa medida contrária à mais recente jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa a esta matéria, consagrada, designadamente, nos processos X e van Dijk e Ferreira Da Silva e Brito e o., acima discutidos<sup>106</sup>. Embora a flexibilidade parecesse ser a nova regra decorrente, designadamente, do Acórdão X e Van Dijk, rapidamente essa flexibilidade voltou a tornar-se um controlo apertado.

120. Em terceiro lugar, tudo isto é suscetível de deixar um amargo de boca em algumas pessoas, sob a forma de uma seletividade dificilmente defensável no que diz respeito ao que está efetivamente a ser aplicado e cumprido e porquê e como tal está a ser aplicado e cumprido. Isto não significa que esteja de algum modo a sugerir que a Comissão deixasse de ter, como tem segundo a jurisprudência efetivamente estabelecida, uma competência totalmente discricionária para decidir intentar uma ação nos termos do artigo 258.º TFUE<sup>107</sup>. Também não se pretende pôr em causa o resultado do Acórdão Comissão/França: é certo que, caso se pretenda passar a levar a sério o Acórdão CILFIT, então efetivamente existia uma dúvida razoável quanto à correta aplicação do direito da União no Acórdão Comissão/França<sup>108</sup>.

121. A questão é outra: a total falta de coerência (horizontal) na penalização do dever de reenvio nos termos do terceiro parágrafo do artigo 267.º TFUE enquanto matéria de direito da União. A própria jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao âmbito deste dever, e seguramente a mais recente, não parece estar em linha com a recente (re)descoberta da execução de tal dever ao abrigo do artigo 258.º TFUE, e está completamente dissociada da responsabilidade do Estado. E, no entanto, não deveriam ser estas as vertentes de um mesmo dever de apresentação de um pedido prejudicial nos termos do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE?

#### **4. Evolução do direito da União e do sistema judicial**

122. Não considero necessário entrar em grandes pormenores sobre o óbvio: a União Europeia mudou imenso ao longo dos últimos 40 anos. Com uma exceção recente, o número de membros tem crescido continuamente. Também o número de línguas oficiais e o número de órgãos jurisdicionais competentes para recorrer ao Tribunal de Justiça aumentou. Atualmente, o âmbito e a amplitude do próprio direito da União simplesmente não têm paralelo. Após a concretização do mercado interno e não menos que cinco alterações sucessivas aos Tratados, tornou-se difícil encontrar uma área onde não exista legislação da União ou onde não seja necessária a ajuda interpretativa do Tribunal de Justiça. Estes fatores dão origem a um número crescente de novos pedidos prejudiciais, apesar de os meios judiciais do Tribunal de Justiça não serem ilimitados.

123. Não obstante, no meio desta paisagem legal profundamente alterada continua a estar o titã imóvel de uma era passada, o Acórdão CILFIT, que insiste em que os tribunais de última instância procedam ao reenvio sempre que exista alguma forma de dúvida razoável. Não creio

<sup>106</sup> V. n.ºs 73 a 86, *supra*.

<sup>107</sup> V., Acórdão de 14 de fevereiro de 1989, *Star Fruit/Comissão* (247/87, EU:C:1989:58, n.º 11).

<sup>108</sup> Já a julgar pelo facto de a mesma questão jurídica também não ser óbvia para o *próprio relator público* do Conseil d'État (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, França) *no âmbito do mesmo processo*. V. Conclusões apresentadas pelo advogado-geral M. Wathelet no processo Comissão/França (C-416/17, EU:C:2018:626, n.ºs 56, 81 e 99).

que seja necessário analisar todas as alterações sistémicas, uma por uma, para demonstrar como alteram a configuração introduzida no que respeita à lógica do Acórdão CILFIT<sup>109</sup>. Ao invés, em conclusão, prefiro salientar uma questão diferente e mais profunda.

124. À medida que o ambiente mudou e o sistema foi amadurecendo, a natureza do processo prejudicial também evoluiu. Um processo originalmente concebido como sendo de parceria e cooperação judicial entre iguais desenvolveu-se no sentido de passar a colocar uma maior ênfase na criação de precedentes para efeitos de uniformidade sistémica. É certo que a linguagem da «assistência» e da «parceria» ainda se mantém, mas os observadores mais antigos e atentos do sistema detetaram uma série de elementos verticais que foram sendo gradualmente introduzidos.

125. Isto coloca maior ênfase na finalidade macro (ou pública) da decisão do Tribunal de Justiça que visa assegurar uma interpretação uniforme e um maior desenvolvimento da lei. É certo que existe e existirá sempre o caso individual e a dimensão mais micro (ou privada) de um litígio. No entanto, cada vez mais, *a fortiori* num processo como o processo de decisão prejudicial, em que os factos e o caso concreto devem ser apreciados pelo órgão jurisdicional de reenvio, a atenção transferiu-se para além do caso concreto.

126. Para fazer outro paralelismo sistémico: o recentemente introduzido artigo 58.º-A do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia estabeleceu um mecanismo de filtragem para a interposição de recursos do Tribunal Geral para o Tribunal de Justiça em determinadas matérias. Em nenhum destes recursos deve ser efetuada uma apreciação do mérito a menos que o Tribunal de Justiça decida que isso deve ser permitido, uma vez que suscita «uma questão importante para a unidade, a coerência ou o desenvolvimento do direito da União»<sup>110</sup>. Se tais considerações são válidas no que respeita às ações diretas, no âmbito das quais o Tribunal de Justiça da União Europeia tem competência exclusiva, e, por conseguinte, o litígio submetido a ambos os órgãos jurisdicionais da União constitui, no essencial, uma questão de resolução do caso individual, não deveria a mesma lógica ser *a fortiori* aplicável às decisões prejudiciais?

127. Por último, a maturidade de um sistema judicial também implica maturidade dos seus elementos constitutivos. Atualmente, os órgãos jurisdicionais nacionais estão muito mais familiarizados com o direito da União em geral e com o processo prejudicial em particular. Existem, e sempre existirão, exceções individuais. Contudo, uma eventual árvore (relutante) não se deve poder sobrepor à floresta (cumpridora). Os tribunais nacionais de última instância, especialmente os que estruturalmente tem a incumbência de assegurar a unidade e a aplicação uniforme da lei nas suas respetivas ordens jurídicas, têm sido parceiros privilegiados do Tribunal de Justiça na identificação de casos com importância estrutural para a ordem jurídica da União. Não deveria a confiança mútua (muitas vezes mais proclamada do que real) ser relevante também verticalmente?

128. O facto de os órgãos jurisdicionais nacionais de última instância serem capazes de tratar do processo prejudicial é atualmente evidenciado de uma forma muito pouco ortodoxa: nomeadamente, não seguem o Acórdão CILFIT. Por mais herético que possa parecer, ao atuarem com uma autocontenção e discernimento incompatíveis com os critérios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça no Acórdão CILFIT, os tribunais nacionais de última instância demonstram,

<sup>109</sup> A este respeito, não posso deixar de me juntar aos meus ilustres antecessores e observar que, mesmo assumindo que o Acórdão CILFIT tenha sido viável à época em que foi proferido, *quod non*, certamente não envelheceu bem — Conclusões apresentadas pelo advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer no processo Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:415, n.º 52) e, igualmente, Conclusões apresentadas pelo advogado-geral F. G. Jacobs no processo Wiener SI (C-338/95, EU:C:1997:352, n.ºs 59 e 60).

<sup>110</sup> Regulamento (UE, Euratom) 2019/629 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, que altera o Protocolo n.º 3 relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia (JO 2019, L 111, p. 1).

de facto, uma excelente compreensão da verdadeira natureza do sistema. Podemos apenas imaginar o cenário contrário, no qual (alguns dos) órgãos jurisdicionais nacionais de última instância seguiriam a abordagem do Valente Soldado Švejk<sup>111</sup>, e, efetivamente, aplicariam à letra o Acórdão CILFIT em todos os casos que tivessem de apreciar. O anexo final do relatório anual do Tribunal de Justiça passaria rapidamente a ter muitos mais zeros e o sistema entraria em colapso num curto espaço de tempo.

## 5. *Resumo intercalar*

129. O Acórdão CILFIT não só tem sido problemático em termos da sua exequibilidade, como, acima de tudo (ou antes disso), tem sido objeto de confusão conceptual. A natureza das exceções do Acórdão CILFIT não corresponde à natureza do dever de reenvio do Acórdão Hoffmann-Laroche que supostamente deveria fazer cumprir. Um dever que foi estabelecido tendo em vista assegurar a interpretação uniforme da jurisprudência em toda a União não pode ser sujeito à inexistência de quaisquer dúvidas subjetivas quanto à correta aplicação do direito da União no caso concreto.

130. Todas as outras questões referidas na presente secção são, em parte, consequência dessa confusão conceptual, embora acrescentem os seus próprios problemas. Assim, os critérios previstos no Acórdão CILFIT não estão a ser aplicados nem pelo próprio Tribunal de Justiça nem pelos tribunais nacionais, inclusive pelos órgãos jurisdicionais nacionais ou internacionais que efetivamente asseguram o seu cumprimento. Os critérios previstos no Acórdão CILFIT também continuam a estar dissociados de outros métodos de cumprimento do dever de reenvio que incumbe aos tribunais de última instância. De certa forma, estas considerações não são surpreendentes: uma vez que (atualmente) o Acórdão CILFIT não pode razoavelmente ser cumprido, devem ser introduzidos outros parâmetros.

### D. *Proposta*

131. Em meu entender, o Tribunal de Justiça deveria, numa primeira fase, reiterar o objetivo e o âmbito do dever de reenvio nos termos do terceiro parágrafo do artigo 267.º TFUE, tal como estabelecido no Acórdão Hoffmann-Laroche. Contudo, numa segunda fase, o Acórdão CILFIT deve ser revisto de modo a que as possíveis exceções correspondam a esse dever.

132. No Acórdão Hoffmann-Laroche foi declarado que o objetivo do dever de reenvio é «evitar que se estabeleça em qualquer Estado-Membro uma jurisprudência nacional em desacordo com as regras do direito da União»<sup>112</sup>. De acordo com esta lógica, é possível salientar três pontos. Em primeiro lugar, o que deve ser alcançado é uma interpretação uniforme, e não uma aplicação correta. Em segundo lugar, o enfoque deve incidir sobre «um corpo de jurisprudência», e não sobre exatidão do resultado em todos os casos concretos. Em terceiro lugar, trata-se de divergências de jurisprudência em qualquer um dos Estados-Membros e, evidentemente, *a fortiori*, em toda a União Europeia. Logicamente, ambos os tipos de divergências devem ser evitados: do ponto de vista da coerência sistémica do direito da União, se um Estado-Membro ou

<sup>111</sup> O Valente Soldado Švejk é uma personagem literária checa intrigante, conhecida, nomeadamente, pelas suas numerosas demonstrações de força destrutiva de uma obediência absurda. O Sargento Švejk estava efetivamente a subverter a operação do Exército Austro-Húngaro na Primeira Guerra Mundial cumprindo à letra toda e qualquer ordem dada pelos seus superiores, sem nunca questionar o seu conteúdo ou adaptá-lo às circunstâncias. V., entre as várias edições, Hašek, J., *The Good Soldier Svejk and His Fortunes in the World War*, Penguin Classics, 2005.

<sup>112</sup> V. n.º 51, *supra*.



partes dele, ou mesmo um sistema jurisdicional desse Estado-Membro, funcionarem de acordo com regras distintas das aplicadas no resto da União Europeia, então não haverá uma interpretação uniforme no interior da União.

133. Por outras palavras, o enfoque do dever de reenvio tem de passar da inexistência de uma dúvida razoável *subjéctiva* quanto à correta *aplicação* do direito da União no que diz respeito ao resultado do caso *concreto* para a existência uma divergência *objectiva* detetada na jurisprudência ao nível nacional, que ameace por isso a *interpretação* uniforme do direito da União no interior da União Europeia. Desta forma, o enfoque transfere-se também da resposta correta no processo pendente no tribunal nacional para a identificação do tipo correto de questões.

134. De acordo com essa lógica, proponho que, nos termos do terceiro parágrafo do artigo 267.º TFUE, os órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno devem submeter ao Tribunal de Justiça o processo, desde que: (i) este suscite uma questão geral de interpretação do direito da União (por oposição à sua aplicação); (ii) exista objetivamente mais do que uma interpretação razoavelmente possível; e (iii) a resposta não possa ser inferida da jurisprudência existente do Tribunal de Justiça (ou se o órgão jurisdicional de reenvio pretender afastar-se dessa jurisprudência).

135. Assim formulado, o dever de reenvio já inclui em si mesmo as suas próprias exceções. A potencial exceção, ou exceções, ao dever de reenvio só se verificarão se uma das três condições cumulativas para que exista uma questão de interpretação do direito da União sujeita ao dever de reenvio não for satisfeita. Contudo, se um órgão jurisdicional nacional de última instância considerar, mesmo estando perante uma questão de interpretação do direito da União no processo principal, que uma das três condições não está preenchida, esse órgão jurisdicional é obrigado a identificar claramente qual das três condições não está preenchida e a explicar as razões pelas quais considera que isso se verifica.

136. Antes de explorar estas três condições com maior pormenor, gostaria de salientar dois elementos importantes.

137. Em primeiro lugar, o facto de não existir um *dever* de reenvio num determinado processo nos termos do terceiro parágrafo do artigo 267.º TFUE não retira certamente a um tribunal de última instância a *faculdade* de pedir assistência ao Tribunal de Justiça nos termos do segundo parágrafo do artigo 267.º A inexistência de uma obrigação de agir não exclui a faculdade de fazer algo. Um caso que possa não ser abrangido pelo âmbito da obrigação prevista no terceiro parágrafo do artigo 267.º TFUE pode ainda ser subsumido ao abrigo do segundo parágrafo: «um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial» é e continua a ser, em todo o caso, «um órgão jurisdicional nacional». O primeiro constitui um subconjunto lógico do segundo.

138. Em segundo lugar, pode repetir-se novamente que tudo o que foi dito, e tudo o que se segue, diz exclusivamente respeito a questões preliminares de interpretação. O dever de proceder a um reenvio relativo à validade de um ato da União continua sujeito a um dever de reenvio estrito, sem exceções<sup>113</sup>.

<sup>113</sup> Conforme acima já foi referido no n.º 64 das presentes conclusões.

## 1. Questão geral ou generalizável de interpretação do direito da União

139. Esta condição é óbvia à primeira vista. De facto, pode até sugerir-se que o processo de decisão prejudicial sempre foi sobre isto. No entanto, a realidade é um pouco diferente. A insistência ocasional do Tribunal de Justiça em que não haja dúvidas razoáveis quanto à *correta aplicação* do direito da União no processo perante o tribunal de última instância levou vários tribunais nacionais a também submeterem ao Tribunal de Justiça questões factuais e bastante específicas. Este fenómeno pode ser ilustrado por três exemplos.

140. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça interpretou anteriormente o conceito de «circunstâncias extraordinárias» na aceção do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 261/2004<sup>114</sup>, tendo começado com o Acórdão Wallentin-Hermann, no qual o Tribunal de Justiça declarou que o conceito «circunstâncias extraordinárias» se referem a «um evento que [...] não seja inerente ao exercício normal da atividade da transportadora aérea em causa e que, devido à sua natureza ou à sua origem, escape ao controlo efetivo desta última»<sup>115</sup>. É provável que exista um certo número de casos adicionais que confirmem e esclareçam o alcance exato dessa definição. No entanto, será que todos os novos cenários factuais, em cada um dos quais meramente se pergunta se um determinado conjunto de factos (*premissa menor*) pode ser novamente abrangido pela definição interpretativa já prevista no direito da União (*premissa maior*), são realmente situações de interpretação do direito da União? Em vários casos posteriores, o Tribunal de Justiça foi convidado a classificar como «circunstâncias extraordinárias»: uma colisão entre uma aeronave e um pássaro<sup>116</sup>; o encerramento de parte do espaço aéreo europeu devido à erupção de um vulcão islandês<sup>117</sup>; o comportamento desordeiro de um passageiro que justificou que o piloto tivesse de desviar o voo, «a menos que a transportadora aérea operadora tenha contribuído para a ocorrência desse comportamento ou não tenha tomado as medidas adequadas tendo em conta os sinais precursores desse comportamento»<sup>118</sup>; ou os danos de um pneu de avião causados por objetos externos, tais como detritos soltos, espalhados numa pista de aeroporto<sup>119</sup>.

141. Em segundo lugar, no mesmo sentido, em matéria de seguro de responsabilidade civil relativo à utilização de veículos automóveis, o Tribunal de Justiça proferiu vários acórdãos sobre o conceito de «circulação de veículos» na aceção do artigo 3.º da Diretiva 2009/103/CE<sup>120</sup>. Segundo o Tribunal de Justiça, este conceito abrange qualquer utilização de um veículo em conformidade com a função habitual desse veículo<sup>121</sup>, ou seja, qualquer utilização desse veículo

<sup>114</sup> Regulamento (CE) n.º 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) n.º 295/91 (JO 2004, L 46, p. 1).

<sup>115</sup> Acórdão de 22 de dezembro de 2008, Wallentin-Hermann (C-549/07, EU:C:2008:771, n.º 23). Para confirmações posteriores, v., por exemplo, Acórdãos de 31 de janeiro de 2013, McDonagh (C-12/11, EU:C:2013:43, n.º 29), e de 11 de junho de 2020, Transportes Aéreos Portugueses (C-74/19, EU:C:2020:460, n.º 37 e jurisprudência referida).

<sup>116</sup> Acórdão de 4 de maio de 2017, Pešková e Peška (C-315/15, EU:C:2017:342, n.º 26).

<sup>117</sup> Acórdão de 31 de janeiro de 2013, McDonagh (C-12/11, EU:C:2013:43, n.º 34).

<sup>118</sup> Acórdão de 11 de junho de 2020, Transportes Aéreos Portugueses (C-74/19, EU:C:2020:460, n.º 48).

<sup>119</sup> Acórdão de 4 de abril de 2019, Germanwings (C-501/17, EU:C:2019:288, n.º 34).

<sup>120</sup> Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de setembro de 2009, relativa ao seguro de responsabilidade civil que resulta da circulação de veículos automóveis e à fiscalização do cumprimento da obrigação de segurar esta responsabilidade (JO 2009, L 263, p. 11).

<sup>121</sup> V. Acórdão de 4 de setembro de 2014, Vnuk (C-162/13, EU:C:2014:2146, n.º 59). V., igualmente, Acórdãos de 28 de novembro de 2017, Rodrigues de Andrade (C-514/16, EU:C:2017:908, n.º 34), e de 15 de novembro de 2018, BTA Baltic Insurance Company (C-648/17, EU:C:2018:917, n.º 34).

como meio de transporte<sup>122</sup>. Contudo, posteriormente, o Tribunal de Justiça foi convidado a confirmar se as seguintes situações factuais equivalem igualmente à «circulação de veículos»: «a manobra de um trator no terreiro de uma quinta para colocar o respetivo reboque num celeiro»<sup>123</sup>; «[a] situação em que um trator agrícola esteve envolvido num acidente quando a sua função principal, no momento em que este acidente ocorreu, não consistia em servir de meio de transporte, mas em gerar, como máquina de trabalho, a força motriz necessária para acionar a bomba de um pulverizador de herbicida»<sup>124</sup>; «uma situação em que o passageiro de um veículo estacionado num parque de estacionamento, ao abrir a porta desse veículo, bateu e danificou o veículo que estava estacionado ao seu lado»<sup>125</sup>; ou uma «situação [...] em que um veículo estacionado numa garagem privada de um imóvel começou a arder e provocou um incêndio, que teve origem no circuito elétrico desse veículo e causou danos a esse imóvel, mesmo quando o referido veículo estivesse parado há mais de 24 horas no momento em que ocorreu o incêndio»<sup>126</sup>.

142. Em terceiro lugar, uma última ilustração pode ser extraída do conceito de «tempo de trabalho» na aceção da Diretiva 2003/88/CE<sup>127</sup>. Segundo jurisprudência constante, o requisito fundamental para a classificação como «tempo de trabalho» na aceção da Diretiva 2003/88 é o facto de o trabalhador ser obrigado a estar fisicamente presente no local determinado pela entidade patronal e de aí se manter à disposição desta última para poder fornecer de imediato as prestações adequadas em caso de necessidade. Essas obrigações, que colocam os trabalhadores em causa na impossibilidade de escolher o seu local de estada durante os períodos de prevenção, devem considerar-se incluídas no exercício das suas funções<sup>128</sup>. No entanto, na sequência desta definição geral, foi novamente pedido ao Tribunal de Justiça para incluir efetivamente nessa definição situações factualmente detalhadas relativas a várias formas de serviço de guarda ou de prevenção do pessoal médico e de outros profissionais de emergência. Assim, o Tribunal de Justiça declarou que o tempo de guarda constitui tempo de trabalho se o funcionário tiver de estar presente no estabelecimento de saúde<sup>129</sup>; mesmo quando o interessado é autorizado a descansar no local de trabalho durante os períodos em que os seus serviços não são pedidos<sup>130</sup>; ou que o conceito de «tempo de trabalho» deve ser aplicado a «uma situação em que um [sapador-bombeiro] está obrigado a passar o período de prevenção no seu domicílio, de estar à disposição da sua entidade patronal e de poder chegar ao seu local de trabalho num prazo de 8 minutos»<sup>131</sup>.

<sup>122</sup> V., por exemplo, Acórdãos de 28 de novembro de 2017, Rodrigues de Andrade (C-514/16, EU:C:2017:908, n.º 38); de 20 de dezembro de 2017, Núñez Torreiro (C-334/16, EU:C:2017:1007, n.º 29); e de 15 de novembro de 2018, BTA Baltic Insurance Company (C-648/17, EU:C:2018:917, n.º 44).

<sup>123</sup> Acórdão de 4 de setembro de 2014, Vnuk (C-162/13, EU:C:2014:2146, n.º 59 e parte decisória deste acórdão).

<sup>124</sup> Acórdão de 28 de novembro de 2017, Rodrigues de Andrade (C-514/16, EU:C:2017:908, n.º 42 e parte decisória deste acórdão).

<sup>125</sup> Acórdão de 15 de novembro de 2018, BTA Baltic Insurance Company (C-648/17, EU:C:2018:917, n.º 48 e parte decisória deste acórdão).

<sup>126</sup> Acórdão de 20 de junho de 2019, Línea Directa Aseguradora (C-100/18, EU:C:2019:517, n.º 48 e parte decisória deste acórdão).

<sup>127</sup> Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho (JO 2003, L 299, p. 9). De acordo com o artigo 2.º, ponto 1, dessa diretiva, «[t]empo de trabalho” qualquer período durante o qual o trabalhador está a trabalhar ou se encontra à disposição da entidade patronal e no exercício da sua atividade ou das suas funções, de acordo com a legislação e/ou a prática nacional».

<sup>128</sup> V., por exemplo, Acórdão de 9 de setembro de 2003, Jaeger (C-151/02, EU:C:2003:437, n.º 63); Despacho de 4 de março de 2011, Grigore (C-258/10, não publicado, EU:C:2011:122, n.º 53 e jurisprudência referida); e Acórdão de 21 de fevereiro de 2018, Matzak (C-518/15, EU:C:2018:82, n.º 59).

<sup>129</sup> Acórdão de 3 de outubro de 2000, Simap (C-303/98, EU:C:2000:528), e Despacho de 3 de julho de 2001, CIG (C-241/99, EU:C:2001:371).

<sup>130</sup> Acórdão de 9 de setembro de 2003, Jaeger (C-151/02, EU:C:2003:437, n.º 71).

<sup>131</sup> Acórdão de 21 de fevereiro de 2018, Matzak (C-518/15, EU:C:2018:82, n.º 65).

143. É certo que, em todas estas áreas, não há dúvida de que o Tribunal de Justiça tem dado uma resposta útil aos órgãos jurisdicionais nacionais. No entanto, não posso deixar de concordar novamente com o advogado-geral F. G. Jacobs no que respeita ao facto de que «respostas detalhadas dadas a questões muito precisas nem sempre contribuirão para [uma] aplicação uniforme. Estas respostas podem quando muito suscitar outras questões»<sup>132</sup>.

144. Nas recentes Conclusões que apresentei no processo Van Ameyde España, outro caso relativo ao seguro de responsabilidade civil relativo à utilização de veículos automóveis, submetido pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha), procurei sugerir, em termos mais concretos, em que ponto (por definição bastante evasivo) poderia situar-se a fronteira entre a interpretação e a aplicação do direito da União. Não posso deixar de referir estas conclusões como reais casos de estudo<sup>133</sup>. Para efeitos da primeira condição relativa ao local onde o dever de reenvio deve ser devidamente cumprido, gostaria de acrescentar o seguinte.

145. É necessário cumprir o dever de reenvio quando um órgão jurisdicional nacional de última instância se confronta com uma questão de *interpretação* do direito da União, formulada a um nível razoável e adequado de abstração. Esse nível de abstração é logicamente definido pelo âmbito e objetivo da disposição legal em causa. No contexto específico dos conceitos jurídicos (indeterminados) do direito da União, a tarefa do Tribunal de Justiça consiste em fornecer uma interpretação deste conceito. A sua aplicação, incluindo a subsunção de factos específicos nessa definição, constitui matéria de aplicação do direito da União.

146. É certo que um simples pedido pode rapidamente converter-se numa questão de interpretação, desde que, por exemplo, o órgão jurisdicional de reenvio convide o Tribunal de Justiça a restringir, alargar, qualificar ou afastar-se da definição já estabelecida. No entanto, desde que efetivamente seja isso que é pedido, o órgão jurisdicional de reenvio deve enunciar claramente este elemento, explicando especificamente o motivo pelo qual o processo objeto do reenvio representa mais do que uma mera confirmação (e aplicação, neste sentido) da já *premissa maior* já previamente estabelecida.

147. Além disso, neste sentido e dimensão, a interpretação pretendida deve ter impacto *geral ou generalizável*. A questão da interpretação deve dizer respeito a uma questão geral, potencialmente recorrente, de interpretação do direito da União. Gostaria de salientar que não se trata de um critério relacionado com a relevância ou importância jurídica da questão colocada. Para o órgão jurisdicional nacional trata-se de outra questão muito mais simples, que consiste em saber se: é provável que a questão com que agora me deparo volte a ser colocada, quer a mim, quer a colegas meus de outros Estados-Membros? Devo procurar orientação junto do Tribunal de Justiça, tendo em vista o interesse numa interpretação uniforme do direito da União?

148. Este exercício mental não apenas ajuda a formular a questão a reenviar com um nível adequado de abstração, uma vez que obriga a identificar problemas gerais e transversais, mas ajuda igualmente a eliminar casos muito específicos, singulares ou pontuais que, mesmo que possam levantar uma questão de interpretação do direito da União, simplesmente não têm um impacto geral e estrutural. Em todo o caso, podemos presumir que a maior parte dos órgãos jurisdicionais nacionais de última instância são bastante experientes neste tipo de raciocínio, embora talvez essencialmente dentro dos limites dos seus próprios sistemas. Um tipo semelhante de raciocínio e reflexão deveria simplesmente ser desenvolvido ao nível mais amplo e geral da ordem jurídica da União Europeia.

<sup>132</sup> Conclusões apresentadas pelo advogado-geral F. G. Jacobs no processo Wiener SI (C-338/95, EU:C:1997:352, n.º 50).

<sup>133</sup> Conclusões que apresentei em 23 de fevereiro de 2021 no processo Van Ameyde España SA (C-923/19 EU:C:2021:125).

149. Em resumo, não estou certamente a sugerir que eliminemos o unicórnio para imediatamente o substituir por outro<sup>134</sup>: a ideia de que existe uma fronteira clara entre o fim da interpretação e o início da aplicação e vice-versa. No entanto, o objetivo do dever de reenvio consiste em assegurar a interpretação uniforme do direito da União e não a sua correta aplicação. Assim, a uniformidade pretendida não é, e nunca foi, ao nível de *resultados únicos* de cada caso concreto, mas ao nível das *normas jurídicas* aplicáveis. Isto significa logicamente que, embora exista um grau razoável de uniformidade das normas jurídicas, poderá haver diversidade em termos de resultados concretos.

## 2. *Mais interpretações razoavelmente possíveis*

150. É *objetivamente* possível interpretar uma questão específica do direito da União de maneiras diferentes? Um elemento necessário de qualquer uma das condições do dever de reenvio será sempre um estudo das alternativas. Dito isto, contrariamente à incerteza inerentemente *interna e subjetiva* que assume a forma de qualquer dúvida razoável quanto ao resultado de um caso concreto, é a existência de alternativas plausíveis que introduz considerações semelhantes numa base mais *externa e objetiva*. Daí a sugestão de que a atenção deixe de estar centrada num mero «não sei» e passe para «estas são as alternativas que tenho à minha escolha».

151. Sublinho a importância dos adjetivos «possível» ou «plausível». É certo que não é sugerido que um órgão jurisdicional de reenvio está obrigado a expor plenamente as alternativas, a fundamentá-las ou mesmo a explicar qual delas prefere<sup>135</sup>. Contudo, deve existir mais do que uma mera dúvida subjetiva, ou mesmo desconhecimento, para justificar um dever de reenvio.

152. No entanto, quando são propostas duas ou mais possíveis interpretações ao órgão jurisdicional nacional de última instância, o dever de reenvio torna-se estrito. Afinal, é precisamente esta a razão pela qual o dever foi originalmente imposto: existe o dever de reenvio quando estiverem disponíveis várias opções. Os cenários seguintes são particularmente pertinentes para ilustrar o momento em que tal situação pode ocorrer.

153. Em primeiro lugar, existem exemplos onde diferentes interpretações da mesma norma foram adotadas nas decisões finais dos órgãos jurisdicionais nacionais. Qualquer outro órgão jurisdicional de última instância que tenha sido chamado a pronunciar-se sobre o litígio que envolve o mesmo elemento do direito da União e que tenha *detetado uma divergência* na interpretação da mesma regra tem o dever de proceder ao reenvio, a fim de esclarecer qual é, de facto, a corrente jurisprudencial correta. Não importa se essa divergência detetada se verifica no mesmo Estado-Membro ou em vários Estados-Membros. De facto, também não consigo ver a lógica segundo a qual uma divergência apenas nas correntes jurisprudenciais nacionais não é suficiente para que objetivamente exista jurisprudência divergente sobre a mesma matéria no interior da União<sup>136</sup>, a menos que se trate de uma variante única de discriminação em sentido contrário. Afinal, a lógica subjacente ao Acórdão Hoffmann-Laroche é que exista um desvio da abordagem comum «em qualquer um dos Estados-Membros», e isto por uma boa razão: não pode haver interpretação uniforme se as partes de um mesmo Estado-Membro divergem.

<sup>134</sup> Voltando novamente à metáfora utilizada pelo advogado-geral N. Wahl, no n.º 103 das presentes conclusões.

<sup>135</sup> Conforme sugerido no passado sob o título de «procedimento de luz verde» ou outras formas de reforma do processo de reenvio prejudicial — v., por exemplo, Due, O., «The Working Party Report» em Dashwood, A., e Johnston, A.C., *The Future of the Judicial System of the European Union*, Hart, Oxford, 2001. Por outro lado, é certo que isto não impede que o órgão jurisdicional de reenvio o faça, se assim pretender.

<sup>136</sup> V., igualmente, neste sentido, Conclusões apresentadas pelo advogado-geral N. Wahl nos processos apensos X e van Dijk (C-72/14 e C-197/14, EU:C:2015:319, n.º 68).

154. Contudo, colocaria a ênfase nas decisões  *finais*  existentes proferidas ao nível nacional. O que se pretende é uma diferença articulada na interpretação ao nível horizontal, seja no interior do mesmo Estado-Membro (diferentes órgãos jurisdicionais de recurso, diferentes secções ou formações dos tribunais mais elevados) ou entre os Estados-Membros. Isto pode não ser necessariamente verdade no caso de um  *único conjunto de processos*  que ainda se encontre em fase de decisão. Nesta situação, em que, por exemplo, a interpretação adotada pelo órgão jurisdicional de primeira instância difere da adotada pelo tribunal de recurso, correndo agora o processo num supremo tribunal, poderão também estar em causa duas ou mais abordagens da mesma norma. No entanto, contrariamente a uma situação em que existem interpretações divergentes entre as decisões finais concretas de vários tribunais, isto não significa automaticamente que sejam formas mais razoáveis e plausíveis de interpretar a mesma norma jurídica do direito da União. No âmbito do mesmo processo, de facto não se pode excluir que um órgão jurisdicional simplesmente cometeu um erro. Pelo contrário, a divergência de jurisprudência entre diferentes processos já não constitui um erro, mas um problema estrutural tanto para o direito da União como para o direito interno.

155. Em segundo lugar, todas as outras situações, incluindo a que diz respeito a interpretações diferentes adotadas no âmbito do mesmo conjunto de processos, devem ser simplesmente avaliadas à luz de cada caso concreto. No processo perante o órgão jurisdicional de última instância, existiam efetivamente alternativas plausíveis quanto à interpretação das mesmas regras, independentemente da sua proveniência? Poderiam ter sido incluídas nas alegações das partes; podem ter sido apresentadas pelos vários atores envolvidos no processo nacional; ou poderiam, de facto, ter decorrido das várias decisões anteriores dentro do mesmo processo, em que a diferença não resultou de um erro, mas foi antes a manifestação de alternativas plausíveis.

156. Além disso, tais dúvidas quanto à escolha entre possíveis interpretações de uma regra podem naturalmente ter sempre origem no próprio órgão jurisdicional nacional. Contudo, tendo em conta tudo o que já foi dito na presente secção, gostaria de sublinhar um ponto bastante importante: realidade e realismo. É difícil imaginar que os tribunais nacionais de última instância de repente se transformem em centros de investigação de direito europeu comparado, através dos quais eles próprios, ou seja,  *ex officio* , efetuam pesquisas na jurisprudência de outros órgãos jurisdicionais nacionais de outros Estados-Membros ou passam a procurar identificar de forma pró-ativa problemas de interpretação.

157. Dito isto, o que certamente se pode esperar dos tribunais nacionais de última instância é que reconheçam que objetivamente existe uma divergência na interpretação jurídica, se esta divergência tiver chegado expressamente ao seu conhecimento através de algum dos intervenientes no processo que lhes foi submetido, nomeadamente, pelas próprias partes. Com efeito, caso exista uma divergência na interpretação jurídica possível, demonstrada por eventuais alternativas, então, utilizando a terminologia do Acórdão CILFIT, pode considerar-se que a dúvida (razoável) foi objetiva e externamente estabelecida num litígio que lhes foi submetido e o dever de reenvio no interesse de assegurar uma interpretação uniforme do direito da União não pode ser ignorado.

### 3. *Inexistência de jurisprudência do Tribunal de Justiça*

158. É provável que não falte uma discussão (acesa) sobre o que é exatamente, num cenário específico, «jurisprudência constante», e se todos compreendem exatamente o que se tornou «constante». No entanto, a um nível conceptual, é de facto o Acórdão Da Costa<sup>137</sup>, depois confirmado e desenvolvido pelo Acórdão CILFIT<sup>138</sup>, que exige a menor revisão. Os tribunais nacionais de última instância têm o dever de proceder ao reenvio quando se deparem com uma nova questão de interpretação do direito da União, ou com uma questão que não possa ser totalmente resolvida com base na jurisprudência existente do Tribunal de Justiça ou, quando se mostre adequado, se convidarem o Tribunal de Justiça a esclarecer ou a rever algumas das suas decisões anteriores.

159. Em termos simples, a segunda condição e esta terceira condição constituem as expressões da mesma preocupação — a primeira condição, interpretação uniforme da legislação da União — em diferentes tipos de direções e com diferentes atores. Enquanto a segunda diz respeito à coerência horizontal e à jurisprudência nacional, ao passo que a terceira se centra nas decisões do Tribunal de Justiça e nos seus efeitos.

160. Por conseguinte, os tribunais nacionais de última instância não têm o dever de proceder ao reenvio de uma questão de interpretação do direito da União quando a mesma disposição já tiver sido interpretada pelo Tribunal de Justiça. O mesmo se aplica na situação em que decisões anteriores do Tribunal de Justiça, proferidas em qualquer tipo de processo, já tenham fornecido orientações interpretativas suficientes para que o órgão jurisdicional nacional consiga resolver a questão em causa com segurança, baseando-se na jurisprudência existente.

161. Gostaria de concluir apenas com três esclarecimentos adicionais a este respeito.

162. Em primeiro lugar, talvez valha a pena salientar novamente a ligação lógica entre a terceira condição e a primeira: o que importa estabelecer e deve ser claramente deduzível da jurisprudência é a regra de direito da União aplicável e não o resultado do caso específico. Assim, mais uma vez, por exemplo, a interpretação do direito da União sobre o que constitui «circunstância extraordinária» foi estabelecida no momento em que a definição desse acontecimento foi enunciada e confirmada pelo Tribunal de Justiça. A menos que um órgão jurisdicional de última instância estivesse perante uma situação em que pretendesse rever, aperfeiçoar ou afastar-se dessa definição, deve simplesmente aplicá-la sem ser obrigado a pedir orientação quanto à questão de saber, por exemplo, se, além de todos os cenários factuais já abordados pelo Tribunal de Justiça<sup>139</sup>, também existe uma circunstância extraordinária no caso de se tratar de um veado ou de um homem nu a correr na pista de aterragem.

163. Em segundo lugar, talvez seja justo reconhecer que, embora a linguagem do Tribunal de Justiça utilize termos como «jurisprudência constante», ou «decisões anteriores», isto por vezes pode, de facto, equivaler a um único precedente. É certo que tudo depende do conteúdo, contexto e clareza da norma jurídica da União que deveria ter sido estabelecida na decisão anterior<sup>140</sup>. No entanto, uma posição jurídica claramente articulada, mesmo que afirmada apenas

<sup>137</sup> Acórdão de 27 de março de 1963, Da Costa e o. (28/62 a 30/62, EU:C:1963:6).

<sup>138</sup> Acórdão de 6 de outubro de 1982, CILFIT e o. (283/81, EU:C:1982:335, n.ºs 13 e 14).

<sup>139</sup> Apresentados no n.º 134 das presentes conclusões.

<sup>140</sup> Apenas podemos contrapor, a partir dos casos discutidos nas presentes conclusões, o Acórdão de 4 de outubro de 2018, Comissão/França (Imposto por retenção na fonte) (C-416/17, EU:C:2018:811), por um lado, e o Acórdão de 28 de julho de 2016, Association France Nature Environnement (C-379/15, EU:C:2016:603), por outro.

uma vez (e que, por conseguinte, dificilmente se traduz numa autêntica «jurisprudência constante» na verdadeira tradição do direito civil, segundo a qual ela deve ser repetida muitas vezes antes de se tornar efetivamente vinculativa), pode, logo à partida, dispensar o tribunal nacional de última instância de proceder ao reenvio.

164. Em terceiro lugar, os tribunais nacionais, e em particular os tribunais nacionais de última instância, poderão sempre convidar o Tribunal de Justiça a adaptar, aperfeiçoar, clarificar ou mesmo a afastar-se das suas decisões anteriores. No entanto, se um tribunal nacional de última instância pretender afastar-se da interpretação do direito da União anteriormente adotada pelo Tribunal de Justiça, esse órgão jurisdicional nacional tem o dever de proceder ao reenvio, explicando ao Tribunal de Justiça as razões do seu desacordo e, idealmente, indicando qual deveria ser, segundo esse órgão jurisdicional de reenvio, a abordagem adequada<sup>141</sup>.

165. Por uma questão de exaustividade, é possível acrescentar que tal cenário de «clarificação» pode não só incluir situações em que um tribunal nacional efetivamente pretende que o Tribunal de Justiça altere a sua jurisprudência<sup>142</sup>, mas também casos de divergência na jurisprudência do Tribunal de Justiça detetados por um tribunal nacional chamado a aplicar a referida orientação ao nível nacional. Em tais situações (esperemos que raras), existe um dever de reenvio, precisamente no interesse de uma interpretação uniforme do direito da União em toda a União Europeia, a fim de evitar divergências entre os órgãos jurisdicionais nacionais, em que alguns se baseiam numa corrente jurisprudencial do Tribunal de Justiça, enquanto outros aplicam efetivamente uma corrente diferente.

#### **4. Dever de fundamentação (e a questão em aberto da execução)**

166. Na proposta apresentada nas presentes conclusões, o âmbito do dever de reenvio já contém as exceções. São duas faces da mesma moeda. Para que haja um dever de reenvio, as três condições enunciadas nesta secção devem ser cumpridas. Para que o dever não exista (ou, dependendo da interpretação, para que possa ser aplicada uma exceção), a presença de uma das três condições deve ser negada: não existe nenhuma questão de interpretação do direito da União; apenas existe uma interpretação razoavelmente possível do direito da União em causa; pode encontrar-se a resposta na jurisprudência existente do Tribunal de Justiça.

167. Dito isto, existe, em todo o caso, um dever transversal, ou mesmo uma quarta condição: independentemente de qual destas três condições deva ser invocada pelo órgão jurisdicional nacional de última instância, este tem o dever de *fundamentar adequadamente* a sua conclusão de que o processo que lhe é submetido não está abrangido pelo dever de reenvio nos termos do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE.

168. Naturalmente, não existe um parâmetro universal sobre o que constitui um grau de fundamentação adequado e, assim, suficiente. Tudo depende da natureza do caso, da sua complexidade e, sobretudo, dos argumentos apresentados ao órgão jurisdicional competente e dos que constam dos autos do processo. No entanto, e em todo o caso, desde que um ponto relevante do direito da União tenha sido efetivamente suscitado perante um órgão jurisdicional nacional de última instância, este tem a obrigação de indicar clara e especificadamente qual das três condições (exceções) supostamente é aplicável a esse caso e de fornecer, no mínimo, uma explicação sumária sobre a razão pela qual isso sucede.

<sup>141</sup> A título de exemplo, v. o recente Acórdão de 5 de dezembro de 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936).

<sup>142</sup> Em que «clarificação» constitui um eufemismo para uma efetiva revogação.



169. Considero que é importante salientar claramente esta obrigação. Uma referência geral, vaga e largamente infundada ao «*acte clair*» ou ao Acórdão CILFIT, sem que seja apresentado qualquer raciocínio real e específico sobre a razão exata pela qual não existe um dever de reenvio relativo ao mérito do caso em apreço, não satisfaz esse requisito mínimo<sup>143</sup>. Em contrapartida, na abordagem dita objetiva e externa do dever de reenvio no interesse da uniformidade sistémica na interpretação defendida nestas conclusões, o raciocínio que o órgão jurisdicional nacional de última instância deve expor constitui uma reação aos elementos que lhe são apresentados pelas partes ou que resultam claramente do processo e dos próprios autos. Assim, o dever de fundamentação está naturalmente correlacionado com o dever de o juiz reagir a todas as circunstâncias e argumentos relevantes que lhe são apresentados.

170. Em termos simples, o juiz não é obrigado a ir à procura de problemas interpretativos que possam eventualmente surgir em relação a uma disposição determinada disposição do direito da União. No entanto, os problemas interpretativos que lhe são apresentados, em particular os invocados pelas partes, não podem ser «varridos para debaixo do tapete» sem uma fundamentação adequada, mediante uma simples afirmação de que tudo é claro e não suscita dúvidas razoáveis.

171. Por último, em meu entender, o dever de fundamentação adequada, embora provavelmente já decorra de regras de direito nacional relevantes, corresponde também uma obrigação imposta pelo direito da União nos termos do artigo 47.º da Carta. É bastante lógico que caso se suscite validamente uma questão de direito da União durante um processo judicial nacional, na medida em que diga respeito à aplicabilidade de outros elementos do direito da União, esse caso já se encontra provavelmente no âmbito do direito da União. Além disso, o próprio artigo 267.º TFUE seria aplicável em tal caso. Por conseguinte, esse caso, e qualquer decisão nacional relativa ao mesmo, correspondem claramente a uma situação de aplicação do direito da União nos termos do artigo 51.º, n.º 1, da Carta.

172. Irei deliberadamente terminar aqui. As questões relacionadas com a aplicação do dever de reenvio talvez sejam matéria de processos futuros. Contudo, para que tais matérias possam algum dia ser discutidas, o âmbito e a natureza do dever de reenvio devem primeiro ser objeto de uma revisão considerável. Apenas se e quando for dado esse primeiro passo, será relevante discutir a questão subsequente das vias de recurso.

173. Concluo com três observações gerais.

174. Em primeiro lugar, qual a necessidade de rever agora o Acórdão CILFIT? De facto, tendo lido as convincentes conclusões de todos os meus antecessores citados ao longo das presentes conclusões, é evidente que não é provável que o Tribunal de Justiça reabra este dossiê de ânimo leve. Além disso, com algum sarcasmo, poderia sugerir-se que, uma vez que o Acórdão CILFIT não funcionou durante quarenta anos, mais alguns anos ou décadas não farão nenhuma diferença. Existe também uma certa beleza na simplicidade e sabedoria da inércia, particularmente quando o sistema, no seu conjunto, encontra algum tipo de equilíbrio. De facto, voltando à metáfora utilizada no início destas conclusões, talvez seja mais sensato deixar a fera adormecida. Se acordar, ninguém sabe quem poderá acabar por morder.

<sup>143</sup> V., neste sentido, Acórdão de 28 de julho de 2016, *Association France Nature Environnement* (C-379/15, EU:C:2016:603, n.º 53).

175. Por mais tentador que este pensamento seja, tem os seus limites claros. Não é benéfico que a autoridade e legitimidade institucional de qualquer órgão jurisdicional seja considerada irrelevante, na medida em que as orientações vindas do centro são ignoradas, e com razão. Além disso, se tal falta de relevância afetar um dos parâmetros essenciais de todo o sistema judicial, cujo bom funcionamento e cuja execução, pelo menos em parte, depende de outros, pode surgir um ceticismo pouco saudável suscetível de alastrar a outras áreas e outras questões. Por último, é provável que surjam tensões se um equilíbrio tão delicado for perturbado por uma súbita aplicação seletiva de tais regras, em que quem está sujeito a tal aplicação possa perguntar com razão: porquê nós? Desta forma, agora com a fera acordada, torna-se imperativo rever as regras para que possam ser aplicadas de igual forma a todos.

176. Em segundo lugar, é possível sugerir que ao centrar-se na função macro ou pública do dever de reenvio, a proposta feita nas presentes conclusões negligencie os litigantes individuais e os seus direitos subjetivos. Além disso, se separado de dúvidas subjetivas no caso concreto, a articulação da definição do âmbito do dever de reenvio e das exceções a este dever torna-se vaga, baseando-se em conceitos abstratos tais como divergência de interpretação.

177. Em meu entender, é precisamente a falta de clareza na distinção conceptual entre a função pública/privada e as condições objetivas/subjetivas do dever de reenvio que explicam os problemas do Acórdão CILFIT. Além disso, a escolha efetuada no Acórdão CILFIT foi bastante original noutro plano: o dever de reenvio foi sujeito principalmente a condições individuais e subjetivas do caso específico pendente num órgão jurisdicional de última instância, sem que, no entanto, fossem concedidos aos indivíduos quaisquer direitos para fazer cumprir esse dever.

178. Se, como aqui é proposto, fosse reconhecida a natureza predominantemente sistémica e estrutural do dever de reenvio, que, então, se basearia em considerações mais objetivas das necessidades sistémicas tal como surgem no caso concreto, isso poderia eventualmente proporcionar aos litigantes individuais muito mais em que apoiar os argumentos no caso concreto do que em dúvidas judiciais subjetivas. Além disso, embora parcialmente independentes das circunstâncias de um caso concreto, as condições aqui sugeridas são de facto, quanto à sua natureza e articulação, muito mais precisas do que as presentes no Acórdão CILFIT. Além disso, contrariamente às contínuas e intermináveis discussões sobre se as exceções previstas no Acórdão CILFIT equivalem efetivamente a uma lista de verificações ou simplesmente a um conjunto de ferramentas, as condições aqui propostas constituem claramente uma lista de verificações, sendo confirmado o correlativo dever de fundamentação de um modo específico e adequado.

179. Em terceiro e último lugar, será que tal «afrouxamento» do apertado controlo do Acórdão CILFIT, deixando de se estar centrado na correta aplicação do direito da União em todos os casos submetidos a um órgão jurisdicional de última instância, não equivale a uma renúncia à responsabilidade fundamental do Tribunal de Justiça de garantir a unidade e uniformidade do direito da União?

180. Nas presentes conclusões, dediquei bastante atenção à tentativa de explicar por que razão acredito que a uniformidade do Acórdão CILFIT no que diz respeito à correta aplicação do direito da União em cada caso individual é um mito. Tendo em conta a natureza descentralizada e difusa do sistema judicial da União Europeia, o melhor que se pode alcançar é uma uniformidade razoável na interpretação do direito da União, sendo que este tipo de uniformidade já corresponde a uma tarefa bastante exigente. Quanto à uniformidade na aplicação e nos resultados, a resposta é

bastante simples: ninguém pode perder o que nunca teve<sup>144</sup>.

## V. Conclusão

181. Proponho que o Tribunal de Justiça responda à primeira questão que lhe foi submetida pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) o seguinte:

Por força do terceiro parágrafo do artigo 267.º TFUE, um órgão jurisdicional de um Estado-Membro cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno deve submeter ao Tribunal de Justiça o processo, desde que este suscite, em primeiro lugar, uma questão geral de interpretação do direito da União, que, em segundo lugar, possa ser razoavelmente interpretada de mais do que uma forma possível, e, em terceiro lugar, a forma como a legislação da União em causa deve ser interpretada não possa ser inferida da jurisprudência existente do Tribunal de Justiça. Caso este órgão jurisdicional nacional, perante o qual tenha sido suscitada uma questão de interpretação do direito da União, decida não apresentar um pedido prejudicial nos termos da referida disposição, está obrigado a fundamentar adequadamente qual das três condições não se encontra preenchida e porquê.

<sup>144</sup> Walton, I., *The Complete Angler*, Gay & Bird, Londres, 1901, capítulo V.