

RECEBIDO EM: 20/06/2017

APROVADO EM: 14/08/2017

O ACÓRDÃO PIZZAROTTI: CASO JULGADO VS PRIMADO DO DIREITO EUROPEU

*THE PIZZAROTTI JUDGMENT: RES JUDICATA VS SUPREMACY OF
EUROPEAN LAW*

António Mendes Oliveira

Especialista em Direito Processual, Tributário, Administrativo e Constitucional.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do Acórdão Pizzarotti; 1.1 Enquadramento geral; 1.2 Questões prévias de admissibilidade; 1.3 Questões prejudiciais; 2 Evolução jurisprudencial europeia acerca do princípio da autoridade de caso julgado; 2.1 Acórdão Kühne & Heitz; 2.2 Acórdão Kapferer; 2.3 Acórdão Lucchini; 2.4 Acórdão Olimpiclub; 3 Análise crítica; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo visa contextualizar e analisar o impacto, duma perspetiva metodológica própria, da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em relação às exceções ao princípio do caso julgado em nome do primado e da efetividade do Direito europeu, nomeadamente no acórdão *Pizzarotti*, decompondo a referida análise num momento de enquadramento factual, e noutro momento de enquadramento jurídico, debruçando-nos sobre as questões de direito europeu substantivo e processual suscitadas pelas partes e apreciadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, e a evolução do tratamento do princípio do caso julgado levada a cabo pela jurisprudência europeia, duma perspetiva jurídica e doutrinária.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal de Justiça da União Europeia. *Pizzarotti*. Caso Julgado. Admissibilidade do Pedido de Decisão Prejudicial. Primado do Direito Europeu. Gradualismo. Integração Europeia.

ABSTRACT: The aim of this article is to contextualize and analyse the impact of the case law of the Court of Justice of the European Union on exceptions to the principle of *res judicata* in the name of the primacy and effectiveness of European law, in regard with the *Pizzarotti* judgment, by carrying out a detailed analysis of the factual scenario, and of the legal framework, addressing the questions of European substantive and procedural law raised by the parties and examined by the Court of Justice of the European Union, and the evolution of the treatment of the principle of *res judicata* carried out by European case-law, from a legal and doctrinal perspective.

KEYWORDS: Court of Justice of the European Union. *Pizzarotti*. *Res Judicata*. Admissibility of the Question Referred. Supremacy of European Law. Gradualism. European Integration.

INTRODUÇÃO

O caso julgado, enquanto princípio jurídico, tem um valor fundamental, diretamente relacionado com os princípios do Estado de direito, da legalidade e da segurança jurídica.

No ordenamento jurídico português, o valor atribuído ao caso julgado é imanente e constitucionalmente previsto, nos termos do n.º 3 do artigo 282.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”), que prevê a exclusão dos casos julgados do âmbito de uma decisão do TC que declare a inconstitucionalidade ou a ilegalidade com força obrigatória geral de uma determinada norma, prevendo uma única exceção ao princípio do caso julgado: quando a norma declarada inconstitucional ou ilegal respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social, e for de conteúdo menos favorável ao arguido, nos termos do n.º 3 do artigo 282.º da CRP, *in fine*.

Contudo, o princípio do caso julgado não é absoluto. A propósito, refere Gomes Canotilho:

A obrigatoriedade das decisões judiciais justifica, segundo alguma doutrina, a intangibilidade do caso julgado. A Constituição não garante explicitamente o princípio da intangibilidade do caso julgado. Todavia, para além de poder ser deduzido do princípio do Estado de direito democrático (art. 2º), ele aflora claramente no artigo 282º-3, segundo o qual a declaração de inconstitucionalidade de qualquer norma, que, em princípio, tem efeitos retroactivos gerais, não afecta porém os casos julgados em que a norma inconstitucional tenha sido aplicada. Ora, se a Constituição manda respeitar os casos julgados mesmo quando eles assentem em normas inconstitucionais, por maioria de razão se imporá tal respeito quando se não verifique essa situação. Todavia, não sendo mais do que um principio constitucional implícito, pode ele ter de ceder quando estejam em causa outros valores constitucionais mais importantes, e desde que, naturalmente, se respeitem as garantias constitucionais dos tribunais, quanto à separação de poderes, à reserva da função judicial e ao respeito das decisões judiciais pelas autoridades administrativas, pelo que um caso julgado só poderá ser revisto por via judicial e na base de uma lei geral e abstracta. Um desses valores constitucionais que podem prevalecer sobre o princípio da intangibilidade do caso julgado é a garantia da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável (art. 29º-4) e da revisão de sentenças criminais (cfr. art. 29º-6), que, de resto,

encontra expressão no mesmo preceito constitucional de onde decorre a protecção do caso julgado (art. 282º-3). [...] Há também que tomar em consideração o esquema configurador das várias ordens jurídicas, pois o caso julgado pode ter refrações diferentes consoante se trate de um sistema dirigido à protecção subjectiva dos particulares ou de um sistema fundamentalmente constituído em torno da garantia do direito objectivo (como é, tendencialmente, o direito da União Europeia).¹

No mesmo sentido, Jorge Miranda refere:

A protecção constitucional do caso julgado tem, na ordem jurídico-constitucional portuguesa, um alcance geral. O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 86/04, sublinhou inequivocamente, na sequência do ensinamento de diversos Autores e da jurisprudência anterior, que, não só “decorre da constituição a exigência de que as decisões judiciais sejam, em princípio, aptas a constituir caso julgado”, como também que “o caso julgado é um valor constitucionalmente tutelado”. A protecção constitucional do caso julgado - que não pode ser dissociada do direito a uma tutela jurisdicional efectiva - assenta, segundo o mesmo aresto, “no princípio da segurança jurídica inerente ao Estado de Direito (artigo 2.º da Constituição), na especial força vinculativa das decisões dos tribunais (actual n.º 2 do artigo 205.º) e no princípio da separação de poderes (artigos 2.º e 111.º, n.º 1)”. Por isso, como se afirma no Acórdão n.º 61/03, embora se possa reconhecer ao legislador uma ampla margem de liberdade na configuração concreta do caso julgado, ele “não é inteiramente livre, quer na escolha de mecanismos susceptíveis de modificar uma decisão, quer na selecção das decisões susceptíveis de constituírem caso julgado”, quer ainda, obviamente nos limites em que o constituam.”² Contudo, “do texto constitucional não decorre uma regra de intangibilidade absoluta do caso julgado. Como se refere no Acórdão n.º 86/04, apoiado em jurisprudência anterior, se é indiscutível que a Constituição aceita como um valor próprio o respeito pelo caso julgado, não é menos verdade que é ela própria que, na segunda parte do n.º 3 do artigo 282.º, vem estabelecer situações de excepcionalidade ao respeito pelo caso julgado, evidenciando que um tal valor se não perfila como algo de imutável ou inultrapassável.”³

1 CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. v. II, Artigos 108º a 296º. Coimbra: Coimbra, 2010. p 530-531.

2 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III. Coimbra: Coimbra, 2007. p 834-835.

3 MIRANDA, 2007, p 836.

Ora, exatamente porque o princípio da intangibilidade do caso julgado não tem um valor absoluto e inderrogável, mesmo constituindo uma garantia fundamental para segurança e estabilidade jurídicas, e um corolário do princípio do Estado de direito democrático, o legislador português previu a possibilidade, no âmbito do direito processual administrativo, de rever uma decisão transitada em julgado, por motivos ponderosos de justiça material e formal, através do recurso de revisão, previsto nos artigos 154.º a 156.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, com regulação subsidiária pelo regime do recurso de revisão previsto no Código de Processo Civil, nomeadamente nos artigos 696.º a 702.º.

Para o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), enquanto intérprete último do direito europeu, nos termos do artigo 19.º do Tratado da União Europeia e do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o princípio da autoridade de caso julgado, reveste na sua jurisprudência, uma importância assinalável, enquanto corolário do princípio da autonomia processual dos Estados-Membros; contudo, o TJUE considera também que este princípio deverá ser necessariamente estribado pelos princípios da equivalência e da efetividade, enquanto corolários do princípio do primado do Direito Europeu.

Para os efeitos do presente artigo, e da exegese à perspetiva única que o TJUE adota em relação à tensão e relação dialética entre o princípio do caso julgado e a segurança jurídica, e o princípio do primado do Direito Europeu e a efetividade e uniformidade do Direito Europeu, analisamos o Acórdão *Pizzarotti*, que resulta de um pedido de reenvio prejudicial de um tribunal italiano ao TJUE, problematizando o caso julgado *vis à vis* o primado do direito europeu.

1 DO ACÓRDÃO PIZZAROTTI

1.1 ENQUADRAMENTO GERAL

A 14 de Agosto de 2003, a *Comune di Bari* lançou um procedimento para a construção de uma nova sede única para a instalação de todos os órgãos jurisdicionais situados em Bari, tendo para o efeito publicado um anúncio de «convite para apresentação de propostas».⁴

⁴ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 8.

No seguimento do aludido anúncio, foram apresentadas quatro propostas, tendo a *Comune di Bari* selecionado a proposta da empresa *Pizzarotti*, através da decisão n.º 1045/2003, de 18 de Dezembro, que previa que parte das obras a efetuar seria vendida à *Comune di Bari*, pela quantia de 43 milhões de euros, e que a parte restante seria arrendada à *Comune di Bari*, por uma renda anual de 3 milhões de euros.⁵

Posteriormente, foi a *Comune di Bari* informada pelo *Ministero della Giustizia* que os recursos públicos disponíveis para a construção tinham sido reduzidos, tendo-lhe sido requerida, concomitantemente, a verificação da possibilidade de concretização do projeto, dentro dos limites dos recursos disponíveis, e tendo em conta as propostas recebidas.⁶

A *Pizzarotti*, questionada pela *Comune di Bari* acerca da sua disponibilidade para concretizar do projeto, dentro dos limites dos recursos disponíveis, respondeu favoravelmente, reformulando a sua proposta em função dos referidos recursos.⁷

Contudo, em Setembro de 2004, foi totalmente suprimido o financiamento público para a construção da “cidade judiciária de Bari”⁸, tendo a *Pizzarotti*, na sequência da supressão financeira, apresentado uma segunda proposta à *Comune di Bari*, na qual se propunha a realizar as obras destinadas ao arrendamento, previstas na sua proposta inicial.⁹

Ora, não tendo obtido resposta da *Comune di Bari* à sua proposta, a *Pizzarotti* instaurou um processo no *Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia*, visando compelir a *Comune di Bari* a agir,¹⁰ ação essa que foi

5 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 10.

6 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 11.

7 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 11.

8 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 12.

9 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 13.

10 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 14.

julgada improcedente; em sede de recurso para o *Consiglio di Stato*, foi dado provimento ao recurso interposto pela *Pizzarotti*.¹¹

Assim, o *Consiglio di Stato*, através do acórdão n.º 4267/2007, tomando em consideração que, apesar da supressão do financiamento por parte do *Ministero della Giustizia*, o processo de contratação não havia sido encerrado, “pela aprovação do resultado do convite para apresentação de propostas decidiu que a *Comune di Bari*,

No respeito dos princípios da razoabilidade, da boa-fé e da confiança legítima, [devia], dando sequência aos seus próprios atos, encerrar o processo através de uma conclusão verdadeiramente adequada, verificando, no âmbito das propostas apresentadas, a possibilidade de realizar a obra dentro dos limites do quadro económico alterado.¹²

A *Comune di Bari* recorreu deste acórdão, tendo-lhe sido negado provimento, por despacho da *Corte Suprema di Cassazione*, de 23 de Dezembro de 2008,¹³ e, consequentemente, transitou em julgado o acórdão n.º 4267/2007, do *Consiglio di Stato*.

Chamado a pronunciarse para efeitos de execução do referido acórdão, o *Consiglio di Stato*, “constatou a inércia da *Comune di Bari* e ordenou que executasse integralmente o disposto no acórdão n.º 4267/2007 no prazo de 30 dias”, nos termos do seu acórdão n.º 3817/2008.¹⁴

Para a execução do acórdão, o tribunal nomeou o prefeito de Bari como comissário *ad hoc*, de molde a que tomasse todas as medidas necessárias; nestes termos, o referido comissário, a 21 de Novembro de 2008, “confirmou a validade das propostas da *Pizzarotti* e, por conseguinte, declarou que o processo iniciado pelo convite para apresentação de propostas foi concluído de forma positiva”¹⁵ – contudo, no seguimento, a *Giunta Comunale di Bari*, por decisão administrativa, pôs termo ao aludido processo, invocando,

11 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 15.

12 Ibidem.

13 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 16.

14 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 17.

15 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 17-18.

para o efeito, “a não conformidade da segunda proposta da *Pizzarotti* com as indicações contidas no referido anúncio”.¹⁶

Assim, tanto a *Pizzarotti*, como a *Comune di Bari*, interpuseram recursos para o *Consiglio di Stato*,¹⁷ alegando a primeira que, “na falta da obrigação contratual da *Comune di Bari* para a construção da nova cidade judiciária projetada, esta entidade não executou corretamente o acórdão n.º 3817/2008,¹⁸ e a segundo que “não foi constatada a deterioração das condições de realização do projeto que afetou o desenvolvimento do processo.”¹⁹

Nestes termos, o *Consiglio di Stato* deu provimento ao recurso da *Pizzarotti*, através da decisão de execução n.º 2153/2010, de 15 de Abril, considerando que “havia que proceder à adoção dos atos necessários para a realização concreta da segunda proposta da *Pizzarotti*”²⁰ – no entanto, na sequência da decisão de execução, o comissário *ad hoc*, a 27 de Maio de 2010, “concluiu que «o anúncio de convite para apresentação de propostas de agosto de 2003 [não teve] um desfecho positivo»,²¹ alegando, quanto à primeira proposta da *Pizzarotti*, “que a perda de uma parte do financiamento público tornava o objetivo prosseguido pela *Comune di Bari* irrealizável”, e, quanto à segunda proposta, que envolvia a construção a título privado de edifícios para o posterior arrendamento à *Comune di Bari*, “salientou que era totalmente desadequada tendo em conta esse objetivo.”²²

A *Pizzarotti* interpôs recurso desta decisão do comissário *ad hoc*, tendo o *Consiglio di Stato*, dado provimento ao mesmo, através da decisão de execução n.º 8420/2010, de 3 de Dezembro de 2010,²³ em que anulou a última das decisões do comissário *ad hoc*, “com o fundamento de que violava a autoridade de caso julgado”, destacando o “caráter incoerente das conclusões relativas ao convite público para apresentação de propostas”, e

16 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 19.

17 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 20.

18 Ibidem.

19 Ibidem.

20 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 21.

21 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 22.

22 Ibidem.

23 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 23.

reiterando “a necessidade de o comissário *ad hoc* dar início aos processos necessários para a adoção da segunda proposta da *Pizzarotti*”²⁴

Posteriormente, o novo comissário *ad hoc*, nomeado para o efeito pelo prefeito de Bari, “tomou todas as medidas necessárias para a adoção, em 23 de Abril de 2012, de uma «variante do plano de urbanismo» relativa ao plano diretor geral da *Comune di Bari*, no que respeita aos terrenos para a construção da cidade judiciária”²⁵, que inviabilizava a construção da mesma – concomitantemente, a *Pizzarotti* impugnou esta decisão do novo comissário *ad hoc*, alegando, junto do *Consiglio di Stato*, “que a mesma permitia eludir a autoridade de caso julgado.”²⁶

Nestes termos, o *Consiglio di Stato* suspendeu a instância, submetendo ao TJUE as seguintes questões prejudiciais:

1. Em primeiro lugar, se um contrato de arrendamento de coisa futura, a celebrar sob a forma de contratopromessa de arrendamento, equivale, apesar da presença de elementos característicos de um contrato de arrendamento, a um contrato de empreitada não sujeito à aplicação da cláusula de exclusão específica que figura no artigo 16.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18;²⁷
2. Em segundo lugar, admitindo que o contrato em causa constitui um contrato de empreitada de obras públicas, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se pode considerar ineficaz o caso julgado, no caso vertente, através do seu acórdão n.º 4267/2007, uma vez que conduz, devido a decisões de execução posteriores e a atos do comissário *ad hoc*, a uma situação incompatível com o direito da União em matéria de adjudicação de contratos públicos. Salienta, a este respeito, que, por forçada sua própria jurisprudência, pode, em determinadas condições, completar o dispositivo inicial de uma das suas decisões através de uma decisão de aplicação, que origina o caso julgado de formação progressiva.²⁸

24 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 23.

25 IUNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n.24.

26 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 25.

27 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 26.

28 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 27.

1.2 QUESTÕES PRÉVIAS DE ADMISSIBILIDADE – EM ESPECIAL, DA ADMISSIBILIDADE DE PEDIDO DE DECISÃO PREJUDICIAL RELATIVAMENTE A DECISÕES JUDICIAIS TRANSITADAS EM JULGADO

Antes de passarmos à análise da questão prejudicial central para o presente trabalho, ou seja, da relação do princípio do caso julgado dos Estados membros com o cumprimento do direito europeu, cumpre analisar uma questão intimamente conexas, e naturalmente prévia a esta, que concerne à própria admissibilidade processual de pedido prejudicial que verse sobre caso transitado em julgado.

Nestes termos, a *Pizzarotti* suscitou, junto do TJUE, duas questões prévias, que, quanto a ela, punham em causa a admissibilidade das questões prejudiciais submetidas pelo *Consiglio di Stato*:²⁹

1 A primeira, relativa à identificação errada da legislação europeia aplicável no processo principal, no pedido de decisão prejudicial;³⁰ quanto a esta questão, o TJUE decide pela admissibilidade do pedido, com base na jurisprudência do acórdão *Zurita García*³¹, que apesar da errada identificação da Diretiva de contratação pública aplicável ao caso em concreto (*i.e.*, ao momento da publicação do convite para a apresentação das propostas em causa),³² ambas seriam análogas em relação ao tema em análise³³ (o conceito de «contrato de empreitada de obras públicas», definido em termos análogos na alínea a) do artigo 1.º da Diretiva 93/37/CE, e nas alíneas a) e b), do n.º 2, do artigo 1.º da Diretiva 2004/18/CE, e o conceito de «locação de bens imóveis» para efeitos da exclusão de aplicação da Diretiva, definido em termos análogos na subalínea iii), da alínea a), do artigo 1.º da Diretiva 92/50/CE, e na alínea a), do artigo 16.º da Diretiva 2004/18/CE)³⁴, concluindo que “a identificação errada, pelo órgão jurisdicional de reenvio, das

29 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 29.

30 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 30.

31 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Terceira Secção), Acórdão de 22 de Outubro de 2009, *Zurita García*, C261/08, EU:C:2009:648.

32 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n.º 30.

33 *Ibidem*, n. 31.

34 *Ibidem*, n. 34.

disposições do direito da União aplicáveis ao presente processo não pode afetar a admissibilidade das questões colocadas.”³⁵

2 A segunda questão prévia suscitada pela *Pizzarotti*, com especial relevância para o objeto do presente trabalho, prende-se com a admissibilidade do pedido de decisão prejudicial, quando o mesmo versa sobre decisão judicial que adquiriu a força de caso julgado, argumentando:

O processo principal se caracteriza pela existência de decisões judiciais, designadamente, do *Consiglio di Stato*, com a força de caso julgado, o que torna o pedido de decisão prejudicial manifestamente inadmissível, em especial, a primeira questão.³⁶

Ora, em relação a esta questão prévia, cumpre analisar os precedentes relevantes das decisões do TJUE, em relação à admissibilidade de pedido de decisão prejudicial.

Nestes termos, o TJUE tem reiterado na sua jurisprudência, a exclusão de apreciação de pedidos que digam respeito a um litígio real, como Fausto de Quadros e Ana Maria Guerra Martins sumarizaram: “o tribunal nacional só pode suscitar questões prejudiciais no âmbito de um litígio real.”³⁷

Neste sentido, no acórdão *Foglia Novello* o TJUE afirma:

It must in fact be emphasized that the duty assigned to the Court by Article 177 is not that of delivering advisory opinions on general or hypothetical questions but of assisting in the administration of justice in the Member States. It accordingly does not have jurisdiction to reply to questions of interpretation which are submitted to it within the framework of procedural devices arranged by the parties in order to induce the Court to give its views on certain problems of Community law which do not correspond to an objective requirement inherent in the resolution of a dispute. A declaration by the Court that it has no jurisdiction in such circumstances does not in any way trespass upon

35 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, n. 35.

36 *Ibidem*, n. 36.

37 QUADROS, Fausto de; MARTINS, Ana Maria Guerra. *Contencioso da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 108.

the prerogatives of the national court but makes it possible to prevent the application of the procedure under Article 177 for purposes other than those appropriate for it.³⁸

Contudo, é através do acórdão *Pardini* que o TJUE desenvolve o conceito de litígio real para efeitos da admissibilidade do pedido de decisão prejudicial, delimitando-o positivamente, através da capacidade de consideração do eventual acórdão prejudicial do TJUE no âmbito do litígio em que foi solicitada a intervenção, e negativamente, excluindo essa admissibilidade quando o processo estivesse encerrado perante o juiz de reenvio, i.e., quando o juiz de reenvio já não pudesse alterar o desfecho do processo, nomeadamente pelo facto do mesmo ter adquirido força de caso julgado:

Decorre daqui que os órgãos jurisdicionais nacionais apenas estão habilitados a solicitar a intervenção do Tribunal a título prejudicial se estiver pendente perante eles um litígio no âmbito do qual são chamados a proferir uma decisão suscetível de tomar em consideração o acórdão prejudicial. Em contrapartida, o Tribunal não tem competência para conhecer do reenvio a título prejudicial quando, no momento em que este teve lugar, o processo perante o juiz do reenvio já estava encerrado.³⁹

Entendimento reiterado, aliás, no acórdão *Zabala Erasun*:

Resulta simultaneamente dos termos e da economia do artigo 177.º do Tratado e do artigo 20.º do Estatuto do Tribunal de Justiça que os órgãos jurisdicionais nacionais apenas estão habilitados a solicitar a intervenção do Tribunal a título prejudicial se perante eles estiver pendente um litígio (v. acórdão de 21 de Abril de 1988, *Pardini*, 338/85, Colect., p. 2041, n.º 11).⁴⁰

Ora, no caso do acórdão *Pizzarotti*, o objeto do reenvio foi, quanto à primeira questão prejudicial submetida ao TJUE, a apreciação da validade de um contrato à luz das diretivas europeias de contratação pública, que já tinha sido apreciada num acórdão do tribunal italiano, e transitado em julgado, estando, por isso, encerrado – assim, a decisão do TJUE de

38 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, Acórdão de 11 de Março 1980, Foglia Novello, 104/79, n. 18.

39 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Quinta Secção), Acórdão de 21 de Abril de 1988, *Pardini*, 338/85, n. 11.

40 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Quarta Secção), Acórdão de 15 de Julho de 1995, *Zabala Erasun*, C-422/93, n. 28.

apreciar o pedido de reenvio prejudicial parece colidir com as doutrinas supra expostas, em especial a vertida no acórdão *Pardini*.

E, de facto, a argumentação do TJUE não se caracteriza pela clareza quanto a esta questão, invocando, por um lado, a necessidade de preservar e respeitar o princípio da autoridade de caso julgado, e, por outro lado, que a questão se relaciona com o mérito dos autos, e, como tal, é *ipso facto* admissível:

Com efeito, uma resposta do Tribunal de Justiça a esta questão não pode ter incidência na solução do litígio no processo principal, atendendo, por um lado, à importância reconhecida pelo direito da União ao princípio da autoridade de caso julgado em detrimento, se for caso disso, da eliminação de uma violação desse direito e, por outro, à não obrigação de uma autoridade administrativa revogar uma decisão definitiva que se vem a revelar não conforme com o referido direito.⁴¹ Todavia, essa argumentação diz respeito ao mérito dos autos e, mais exatamente, ao objeto da segunda questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio.⁴²

O Advogado-Geral Nils Wahl, por seu turno, desenvolve uma resposta à questão prévia suscitada pela *Pizzarotti*, utilizando três argumentos principais de defesa da admissibilidade do pedido de decisão prévia: o primeiro, nos mesmos moldes que o TJUE, invocando que “a avaliação das consequências da autoridade ou da força do caso julgado associada às decisões referidas pelo órgão jurisdicional de reenvio está precisamente no centro da problemática visada pela segunda questão”⁴³, ou seja, que o pedido é admissível, porque a avaliação das consequências do caso julgado é relativa à questão prejudicial apresentada; a segunda, invocando a autonomia dos tribunais de reenvio, dado que “quando são chamados a conhecer de um litígio, compete, em princípio, apenas aos órgãos jurisdicionais nacionais apreciar a relevância das questões que submetem ao Tribunal de Justiça”⁴⁴; e a terceira, elencando aquelas que, para si, constituem as únicas situações em que o TJUE deve recusar um pedido de decisão prejudicial: (1) quando “se afigure de «maneira manifesta» que a interpretação do direito da União solicitada não tem nenhuma relação com a realidade ou com o objeto do litígio do processo principal,

41 UNIÃO EUROPEIA, Acórdão Pizzarotti, op. cit., n. 36.

42 Ibidem, n. 37.

43 UNIÃO EUROPEIA, Advogado-Geral Nils Wahl, Conclusões apresentadas em 15 de Maio de 2014, C-213/13, EU:C:2014:335, n. 40.

44 Ibidem.

(2) quando o problema for hipotético (3) ou ainda quando o Tribunal de Justiça não dispuser dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe foram submetidas.⁴⁵

Contudo, quanto a nós, nem a argumentação do Advogado-Geral se constitui como precedente face ao caso *sub judice*, dado não se referir ao aspeto central da problematização da admissibilidade, ou seja, ao facto do pedido versar sobre uma decisão com força de caso julgado; nem a argumentação do TJUE se constitui como suficiente, de molde a explicitar de que maneira, no caso concreto, se poderia configurar a admissibilidade do pedido de decisão prejudicial, no âmbito da jurisprudência do TJUE relativa ao objeto da questão prévia.

Assim, aquilo que para nós resulta implicitamente da argumentação do TJUE, e que deveria ter sido vertido de forma mais clara no acórdão, foi a consideração que o litígio não estaria ainda encerrado, dado que o tribunal de reenvio manifestara a disponibilidade e possibilidade legal de poder corrigir o seu acórdão anterior, através do instituto do “caso julgado de formação progressiva”, o que implicava que poderia ainda tomar em consideração o acórdão prejudicial, nos termos do acórdão *Pardini*, e que, assim, seria, à luz da jurisprudência do TJUE e por força do princípio da efetividade e equivalência, admissível o pedido de decisão prejudicial.

Pelo exposto, seria possível extrair-se três hipóteses de normas resultantes do acórdão *Pizzarotti*, quanto à questão da admissibilidade de pedido de decisão prejudicial que verse sobre uma decisão judicial com força de caso julgado:

1.^a Hipótese de Norma (interpretação extensiva) – O caso julgado não constitui uma exceção de incompetência ou uma questão prévia de inadmissibilidade do pedido prejudicial.

2.^a Hipótese de Norma (interpretação literal) – O caso julgado não constitui uma exceção de incompetência ou uma questão prévia de inadmissibilidade do pedido prejudicial, desde que a avaliação das consequências da autoridade ou da força do caso julgado constitua o objeto da questão, ou de uma das questões, submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio.

45 UNIÃO EUROPEIA, Advogado-Geral Nils Wahl, Conclusões apresentadas em 15 de Maio de 2014, C-213/13, EU:C:2014:335, n. 40.

3.^a Hipótese de Norma (interpretação conforme) – O caso julgado não constitui uma exceção de incompetência ou uma questão prévia de inadmissibilidade do pedido prejudicial, desde que o órgão jurisdicional de reenvio tenha a possibilidade legal de corrigir ou revogar decisão judicial com força de caso julgado, para tomar em consideração a decisão do TJUE.

Assim, a 1.^a hipótese de norma, que poderia resultar duma interpretação extensiva da argumentação aduzida pelo Advogado-Geral NILS WAHL, afigura-se como inadmissível, face aos princípios da autonomia processual dos Estados membros e da autoridade de caso julgado, bem como *vis à vis* a jurisprudência resultante dos acórdãos *Foglia Novello, Pardini e Zabala Erasun*; a 2.^a hipótese de norma, reconduzível à interpretação literal do expendido pelo TJUE, padece das mesmas limitações jurídicas e sistémicas que a 1.^a hipótese; ora, apenas a 3.^a hipótese de norma extraível do acórdão *Pizzarotti*, quanto à questão da admissibilidade de pedido de decisão prejudicial que verse sobre uma decisão judicial com força de caso julgado, corresponde à interpretação conforme ao Direito Europeu, nomeadamente com os princípios da autonomia processual dos Estados membros e da autoridade de caso julgado, bem como com a jurisprudência resultante dos acórdãos *Foglia Novello, Pardini e Zabala Erasun*.

1.3 QUESTÕES PREJUDICIAIS – EM ESPECIAL, DO CASO JULGADO DE FORMAÇÃO PROGRESSIVA

Em relação às questões prejudiciais suscitadas pelo *Consiglio di Stato*, o TJUE, decidiu, quanto à primeira questão, que:

O artigo 1.º, alínea a), da Diretiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, deve ser interpretado no sentido de que um contrato que tem por objecto principal a realização de uma obra que responde às necessidades da entidade adjudicante constitui um contrato de empreitada de obras públicas e não é abrangido, por isso, pela exclusão prevista no artigo 1.º, alínea a), iii), da Diretiva 92/50/CEE do Conselho de 18 de junho de 1992 relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, mesmo quando inclui uma promessa de arrendamento da construção em causa.⁴⁶

⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA, Acórdão Pizzarotti, op. cit., ponto 1 da decisão.

Ou seja, que o contrato em questão devia ter sido submetido às regras de contratação pública estatuídas pela Diretiva 93/37/CEE – não sendo este o objeto do presente relatório, e dada a impossibilidade, por exiguidade de espaço, para a análise aprofundada da primeira decisão, sempre se dirá que consiste na comprovação, pelo TJUE, da desconformidade do acórdão do *Consiglio di Stato* n° 4267/2007, com a legislação europeia aplicável.

Quanto à resposta à segunda questão prejudicial, considerando o objeto do presente artigo e a sofisticação da decisão do TJUE, cumpre analisá-la com maior detalhe.

Assim, o TJUE contextualiza o problema da seguinte forma, tomando em consideração a decisão relativa à primeira questão prejudicial:

Com a sua segunda questão, o órgão de reenvio pergunta, em substância, se pode privar de efeito o eventual caso julgado por uma decisão tomada e que conduziu a uma situação incompatível com a regulamentação da União relativa aos contratos de empreitada de obras públicas.⁴⁷

E desenvolve uma argumentação que assenta, por um lado, na jurisprudência do TJUE relativamente ao princípio do caso julgado, e por outro lado, na possibilidade aventada pelo *Consiglio di Stato* de alteração de uma decisão judicial anterior, transitada em julgada, por via de um instituto específico do direito processual italiano, de criação jurisprudencial, que denomina como “caso julgado de formação progressiva” – para efeitos de clareza expositiva, agruparemos os argumentos com base na sua sequência lógica argumentativa, que não corresponde exatamente à sequência dos argumentos aduzidos no acórdão.

Destarte, o TJUE, quanto ao princípio da autoridade de caso julgado, recorda a importância que o mesmo reveste na sua jurisprudência, enquanto corolário do princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, princípio este que deverá ser necessariamente estribado pelos princípios da equivalência e da efetividade, enquanto corolários do princípio do primado do Direito Europeu:

A este respeito, há que recordar que, na falta de regulamentação da União na matéria, as modalidades de aplicação do princípio da autoridade de caso julgado fazem parte da ordem jurídica interna dos Estados-Membros, por força do princípio da autonomia processual

47 UNIÃO EUROPEIA, Acórdão Pizzarotti, op. cit., n. 53.

dos mesmos, no respeito, contudo, dos princípios da equivalência e da efetividade.⁴⁸

A propósito, deve entender-se: o princípio da autonomia processual postulando:

Cabe aos Estados, e ao seu Direito interno, determinar como se atribui ou se reparte, na ordem interna, a competência para aplicar o Direito da União, mesmo a nível legislativo - *autonomia organizativa*; quais os procedimentos que devem ser adotados nessa aplicação - *autonomia procedimental*; e quais as vias judiciais para se garantir essa aplicação na ordem interna - *autonomia processual*⁴⁹ (...) “Todavia, (...) a autonomia não pode pôr em causa o dever dos Estados de executar o Direito da União com respeito pelos princípios da efetividade e do efeito útil da Ordem Jurídica da União.⁵⁰

O princípio da equivalência, como aquele “segundo o qual as regras aplicáveis ao procedimento de execução do Direito da UE não podem ser menos favoráveis do que as regras que seriam aplicadas a procedimentos equivalentes ou análogos meramente internos”⁵¹; e o princípio da efetividade, “segundo o qual as regras aplicáveis não devem tornar excessivamente difícil ou virtualmente impossível a aplicação do Direito da UE.”⁵²

Ora, prossegue o Acórdão, pese embora o primado do Direito Europeu, e os consequentes princípios, a nível processual, da equivalência e da efetividade, o princípio da autoridade de caso julgado funciona como salvaguarda de uma necessária segurança e estabilidade jurídicas, importando:

Recordar a importância que reveste, quer na ordem jurídica da União quer nas ordens jurídicas nacionais, o princípio da autoridade de caso julgado. Com efeito, a fim de garantir tanto a estabilidade do direito e das relações jurídicas como uma boa administração da justiça, é necessário que as decisões judiciais que se tornaram definitivas após

48 UNIÃO EUROPEIA, Acórdão Pizzarotti, op. cit., n. 54.

49 QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 648.

50 Ibidem, p. 649.

51 LANCEIRO, Rui Tavares. *O Dever de Anulação do artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA e a Jurisprudência Kühne & Heitz*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015. p. 5 e 6.

52 Ibidem, p. 6.

esgotamento das vias de recurso disponíveis, ou decorridos os prazos previstos para tais recursos, já não possam ser impugnadas⁵³

Assim, nos termos de anterior jurisprudência do TJUE, nomeadamente do acórdão *Kapferer*⁵⁴, o órgão jurisdicional de reenvio não está obrigado, pelo direito europeu, a afastar a aplicação das “regras processuais internas que confirmam a autoridade de caso julgado a uma decisão judicial, mesmo que isso permitisse reparar uma situação nacional incompatível com esse direito,”⁵⁵ concluindo o TJUE que este não tem, *por princípio*, o dever de revogar uma decisão transitada em julgado que seja desconforme com uma interpretação posterior adotada pelo TJUE⁵⁶ - ora, se, por princípio, o órgão jurisdicional de reenvio não tem o dever de revogar uma decisão transitada em julgado que seja desconforme com uma interpretação posterior adotada pelo TJUE, por maioria de razão, podem configurar-se situações de exceção a essa regra geral, claramente enunciada de forma não absoluta, em que o órgão jurisdicional de reenvio se constitui no dever de revogar uma decisão transitada em julgado que seja desconforme com uma interpretação posterior adotada pelo TJUE.

Nestes termos, no caso *sub judice*, o TJUE argumenta que o órgão jurisdicional de reenvio indica, no seu pedido de decisão prejudicial, que:

Nos termos da sua própria jurisprudência, pode, sob determinadas condições, completar o dispositivo original de um dos seus acórdãos por decisões de execução, dando esta possibilidade lugar ao que qualifica de *caso julgado de formação progressiva*.⁵⁷ (grifo do autor)

Ou seja, admite que, em sede de processo de execução de sentença, pode alterar o dispositivo do acórdão transitado em julgado, o qual, como resultou da resposta à primeira questão prejudicial, é desconforme com o Direito Europeu; *ergo*:

Cabe a esse órgão jurisdicional, face ao princípio da equivalência, utilizar a referida modalidade, privilegiando, entre *as numerosas e diferentes soluções de aplicação* de que essa decisão pode ser objeto de

53 UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Pizzarotti*, op. cit., n. 58.

54 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Primeira Secção), Acórdão de 16 de Março de 2006, *Kapferer*, C-234/04, EU:C:2006:178, n.ºs 20 e 21.

55 UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Pizzarotti*, op. cit., n.º 59.

56 *Ibidem*, n. 60.

57 *Ibidem*, n. 55.

acordo com as suas próprias indicações, a que, em conformidade com o princípio da efetividade, garante o cumprimento da regulamentação da União em matéria de contratos de empreitada de obras públicas.⁵⁸ (grifo do autor)

Assim, estatui o TJUE, que, se as regras processuais internas aplicáveis previrem, em determinadas condições, a possibilidade de o tribunal nacional revogar uma decisão judicial que tenha adquirido a autoridade de caso julgado, para tornar a situação compatível com o respetivo direito nacional:

Essa possibilidade deve, em conformidade com os princípios da equivalência e da efetividade, prevalecer se estiverem preenchidos os requisitos, a fim de que seja reposta a conformidade da situação em causa no processo principal com a legislação da União em matéria de contratos de empreitada de obras públicas.⁵⁹

Ao que acresce a consideração da importância do cumprimento da referida legislação no âmbito da União Europeia, dado que contém “regras essenciais do direito da União, na medida em que visa garantir a aplicação dos princípios da igualdade de tratamento dos concorrentes e da transparência, para efeitos da abertura à concorrência não falseada em todos os EstadosMembros.”⁶⁰

O TJUE aventa inclusivamente uma possível proposta de alteração do acórdão do *Consiglio di Stato* no âmbito da aplicação do instituto do “caso julgado de formação progressiva”, para garantir a sua conformidade com a interpretação do TJUE.⁶¹

Na sequência da argumentação aduzida e supra exposta, decide o TJUE quanto à segunda questão prejudicial:

Atendendo a todas as considerações expostas, há que responder à segunda questão que, na medida em que as regras processuais internas aplicáveis o permitam, um órgão jurisdicional nacional, como o órgão jurisdicional de reenvio, que decidiu em última instância sem que tivesse submetido ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial,

58 UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Pizzarotti*, op. cit., n. 56.

59 *Ibidem*, n. 62.

60 *Ibidem*, n. 63.

61 *Ibidem*, n. 57.

nos termos do artigo 267.º TFUE, deve completar o caso julgado com a sua decisão que levou a uma situação incompatível com a legislação da União relativa aos contratos de empreitada de obras públicas, ou revogar essa decisão, para ter em conta a interpretação dessa legislação feita posteriormente pelo Tribunal de Justiça.⁶²

Pelo exposto, entendemos ser possível extrair uma norma do acórdão *Pizzarotti*, quanto à questão da revogação ou alteração de uma decisão judicial nacional, com força de caso julgado, no âmbito de uma decisão prejudicial interpretativa do TJUE que se debruce sobre o objeto da decisão judicial transitada em julgado, estabelecendo para o efeito a seguinte composição esquemática:

Norma

Injunção

O órgão jurisdicional nacional deve:

1 Completar o caso julgado com a sua decisão que levou a uma situação incompatível com a legislação da União,

Ou

2 Revogar essa decisão, para ter em conta a interpretação dessa legislação feita posteriormente pelo Tribunal de Justiça.

Condições de aplicabilidade

3 Na medida em que as regras processuais internas aplicáveis o permitam;

E

4 Órgão jurisdicional nacional ter decidido em última instância, sem que tivesse submetido ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial, nos termos do artigo 267.º do TFUE.

62 UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Pizzarotti*, op. cit., n. 64.

2 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL EUROPEIA ACERCA DO PRINCÍPIO DA AUTORIDADE DE CASO JULGADO

Após a apresentação da norma, que, quanto a nós, resulta do acórdão *Pizzarotti*, vejamos a evolução jurisprudencial do TJUE relativa à problemática entre o princípio da autoridade de caso julgado nacional e a violação do direito europeu, reportando-nos aos principais acórdãos que, no entender da doutrina caracterizam esta linha jurisprudencial.

Ora, cumpre iniciar esta análise referindo que parte da nossa doutrina nacional, a propósito do tratamento jurisprudencial europeu princípio da autoridade de caso julgado nacional, entende que este tem sido, por aquele, objeto de uma “refração”⁶³, ou de uma “erosão”⁶⁴ – ao tópico da caracterização da atividade jurisprudencial do TJUE voltaremos, quando analisarmos, *brevitatis causa*, a sua criação jurisprudencial. Contudo, sempre se diga que, pese embora possa “ferir” a nossa sensibilidade jurídica nacional, que o direito europeu possa pôr em causa o princípio do caso julgado, este, no próprio ordenamento jurídico português, não tem um valor absoluto e inderrogável, como decorre do regime dos recursos extraordinários de revisão e para uniformização de jurisprudência, previstos nos artigos 688.º e seguintes do Código de Processo Civil, e bem assim nos artigos 152.º e seguintes do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Assim, e no que à evolução jurisprudencial do TJUE acerca do princípio da autoridade de caso julgado concerne, Rui Tavares Lanceiro refere:

Tem-se verificado uma evolução jurisprudencial recente por parte do TJ no sentido de intensificar o controlo do cumprimento por parte dos tribunais nacionais (em especial dos que decidem em última instância) do Direito da UE. A este nível, as decisões judiciais são equiparadas aos actos das outras funções do Estado, o que implica uma desvalorização (mesmo que parcial) da força de caso julgado dessas decisões. Esta evolução é acompanhada de uma outra, em que o TJ é confrontado com regras procedimentais e processuais dos Estados-Membros que, tendo em conta o princípio da segurança jurídica, protegem actos contrários

63 CANOTILHO, op. cit., p. 531.

64 LANCEIRO, Rui Tavares. A “Erosão” dos Princípios da Autoridade do caso Julgado e do Caso Decidido pelo Direito da União Europeia. In: *VÁRIOS, Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Volume V, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 462.

ao Direito da UE, devido à passagem de um determinado período de tempo ou por deles já não existir a possibilidade de recurso.⁶⁵

Estas linhas evolutivas, esclarece o autor, relacionam-se: “com a necessidade de garantia de uniformidade na aplicação do Direito da UE em toda a União, bem como do primado deste Direito – e da sua efectiva aplicação e plena eficácia”⁶⁶, tendo como objetivo garantir que “a administração e os tribunais (especialmente os de última instância) nacionais cumprem o seu dever de aplicação primacial do Direito da UE.”⁶⁷

2.1 ACÓRDÃO KÜHNE & HEITZ

Ora, o primeiro acórdão de referência é o incontornável *Kühne & Heitz*, em que o TJUE decide que se impõe um dever de reexame de uma decisão administrativa, cuja legalidade havia sido aferida (*in casu*, pelos tribunais holandeses) e adquirido a autoridade de caso julgado, de molde a tomar em consideração uma interpretação prejudicial do TJUE, da disposição de direito europeu que tenha fundamentado a decisão administrativa, cumpridos que sejam uma série de requisitos; assim, estatui o TJUE que “o princípio da cooperação que decorre do artigo 10.º CE impõe que um órgão administrativo, ao qual foi apresentado um pedido nesse sentido, reexamine uma decisão administrativa definitiva para ter em conta a interpretação da disposição pertinente entretanto feita pelo Tribunal de Justiça quando:

1 Dispõe, segundo o direito nacional, do poder de revogação desta decisão;

2 A decisão em causa se tornou definitiva em consequência de um acórdão de um órgão jurisdicional nacional que decidiu em última instância;

3 O referido acórdão, face à jurisprudência do Tribunal de Justiça posterior a esse acórdão, se fundamenta numa interpretação errada do direito comunitário aplicada sem que ao Tribunal de Justiça tivesse

65 LANCEIRO, Rui Tavares. A “Erosão” dos Princípios da Autoridade do caso Julgado e do Caso Decidido pelo Direito da União Europeia. In: *VÁRIOS, Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Volume V, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 462.

66 *Ibidem*.

67 *Ibidem*.

sido submetida uma questão prejudicial nas condições previstas no artigo 234.º, n.º 3, CE, e

4 O interessado se dirigiu ao órgão administrativo imediatamente depois de ter tido conhecimento da referida jurisprudência.⁶⁸

A propósito, Rui Tavares Lanceiro refere que “a jurisprudência *Kühne & Heitz* representa o desenhar de um limite ao princípio da autoridade do caso julgado (como é admitido pelo TJ), como consequência da aplicação incorrecta do Direito da UE pelo órgão jurisdicional de última instância.” – limite este que seria posteriormente distendido.

Note-se, contudo, que no acórdão *Kühne & Heitz* é estatuído um dever de revisão da decisão administrativa que tenha adquirido a autoridade de caso julgado, em caso de desconformidade com o direito europeu, por via de interpretação posterior do TJUE, ao invés do dever de alteração ou revogação da decisão, *in casu*, judicial, estatuído no acórdão *Pizzarotti*.

2.2 ACÓRDÃO KAPFERER

No caso do acórdão *Kapferer*, o TJUE reafirmou a doutrina vertida no acórdão *Kühne*, verificando, contudo, que no caso concreto, o ordenamento jurídico nacional do tribunal austríaco de reenvio não permitia a *modificação ou revogação oficiosa* da decisão judicial transitada em julgado, o que implicava que não estaria preenchida uma das condições previstas no acórdão *Kühne & Heitz*⁶⁹, para que se verificasse o dever de revisão da decisão; conseqüentemente, o TJUE decidiu que “o princípio da cooperação decorrente do artigo 10.º CE não obriga um órgão jurisdicional nacional a não aplicar as regras processuais internas a fim de reexaminar e revogar uma decisão judicial transitada em julgado, quando se apure que a mesma é contrária ao direito comunitário”⁷⁰ – note-se, que no acórdão *Kapferer*, ao invés do que estabeleceu no acórdão *Kühne & Heitz*, o TJUE modificou a estatuição anterior de dever de revisão, para uma estatuição de revisão e revogação de uma decisão judicial transitada em julgado, quando contrária ao direito europeu, mantendo, no entanto, as previsões que tinha consagrado no acórdão *Kühne & Heitz*, e como tal, não decidindo pela verificação, em concreto, deste dever de revisão.

68 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, Acórdão de 13 de Janeiro de 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, EU:C:2004:17, n.º 28.

69 UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Kapferer*, op. cit., n. 23.

70 Ibidem, n. 24.

Assim, como nota o Advogado-Geral Ján Mazák:

Refira-se ainda que, no acórdão *Kapferer*, o Tribunal de Justiça não confirmou nem excluiu que os princípios consagrados no acórdão *Kühne & Heitz* – que diziam respeito à obrigação imposta a um órgão administrativo de rever uma decisão administrativa definitiva que era contrária ao direito comunitário – pudessem ser transpostos para um contexto, como o do acórdão *Kapferer*, respeitante a uma decisão judicial: o Tribunal de Justiça limitouse a concluir que, em todo o caso, uma das condições estabelecidas no acórdão *Kühne & Heitz* não estava preenchida.⁷¹

A propósito, Fausto de Quadros refere que:

Mais uma vez, e tal como sucedera no caso *Kühne*, o TJ, no caso *Kapferer*, respeitou o que o Direito nacional em causa dispõe sobre a estabilidade das decisões nacionais (no caso concreto, sentenças judiciais), neste caso mesmo à custa da efectividade do Direito da União.⁷²

Concordando com o referido autor, no que à análise jurídica respeita, sempre se dirá que o TJUE, estendendo o regime que estabeleceu no acórdão *Kühne*, relativo ao dever das Administrações Públicas nacionais de revogarem um ato administrativo desconforme ao Direito da União Europeia, que se tenha tornado definitivo em consequência de uma decisão judicial transitada em julgado, quando para isso sejam interpelados pelos interessados na revogação, estabelecendo no acórdão *Kapferer*, indiretamente, o dever dos tribunais nacionais revogarem ou modificarem as decisões judiciais transitadas em julgado, oficiosamente, desde que as regras processuais internas permitam essa revogação oficiosa, realizou um “salto qualitativo” na integração jurídica da União Europeia (cujas consequências se denotaram nos acórdãos *Olimpiclub* e *Pizzarotti*), pese embora a respetiva fundamentação jurídica se ancorar numa dimensão positiva, diríamos até numa dimensão prestativa ou de resultado, pelos órgãos jurisdicionais nacionais, de assegurarem o primado do Direito Europeu por via dos princípios da equivalência e da efetividade:

Ao regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a protecção dos direitos que decorrem para os cidadãos do

71 UNIÃO EUROPEIA, Advogado-Geral Ján Mazák, Conclusões apresentadas em 24 de Março de 2009, ° C-2/08, EU:C:2009:180, n. 51.

72 QUADROS, op. cit., p. 684.

efeito directo do direito comunitário, os Estados-Membros devem assegurar que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as relativas às acções internas de idêntica natureza (princípio da equivalência) e que não tornem impossível, na prática, o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade).⁷³

2.3 ACÓRDÃO LUCCHINI

No Acórdão *Lucchini*, o TJUE decidiu que:

O direito comunitário opõe-se à aplicação de uma disposição do direito nacional que pretende consagrar o princípio da força de caso julgado, como o artigo 2909.º do Código Civil italiano (*código civile*), quando a sua aplicação obsta à recuperação de um auxílio de Estado concedido em violação do direito comunitário e cuja incompatibilidade com o mercado comum foi declarada por uma decisão da Comissão das Comunidades Europeias que se tornou definitiva.⁷⁴

Nestes termos, o TJUE considerou que “a apreciação da compatibilidade de medidas de auxílio ou de um regime de auxílios com o mercado comum é da competência exclusiva da Comissão, sob a fiscalização do juiz comunitário”, o que implicava que a regra de competência exclusiva se impusesse “na ordem jurídica interna como resultado do princípio do primado do direito comunitário”⁷⁵, ou seja, que a decisão do TJUE se impunha ao Estado-Membro, independentemente de decisão judicial contrária transitada em julgado.

Como refere Fausto de Quadros:

O que foi de novo no caso *Lucchini* foi o TJ ter utilizado a competência exclusiva da Comissão como fundamento para daí concluir que o Direito da União impõe aos Estados o dever de recuperarem ajudas ilegalmente concedidas, isto é, o dever de as revogar, independentemente do que dispuser ou permitir o Direito nacional, isto é, e voltando ao Acórdão, mesmo contra sentença judicial nacional transitada em julgado.⁷⁶

73 UNIÃO EUROPEIA, Acórdão *Kapferer*, op. cit., n.º 22

74 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Grande Secção), Acórdão de 18 de Julho de 2007, *Lucchini*, C-119/05, EU:C:2007:434.

75 *Ibidem*, n. 62.

76 QUADROS, op. cit., p. 686.

Ora, apesar de considerado como um caso excepcional, fundamentado numa competência exclusiva de uma instituição europeia, “circunscrito pelo próprio Tribunal de Justiça,”⁷⁷ o acórdão *Lucchini* constitui um marco relevante na evolução jurisprudencial pertinente do TJUE para o presente artigo, dado o significativo desvio ao princípio da autoridade do caso julgado que opera.

2.4 ACÓRDÃO OLIMPICLUB

No acórdão *Olimpiclub*, o TJUE volta a debruçar-se sobre o artigo 2909.º do Código Civil italiano (que estabelece o princípio da autoridade do caso julgado), desta feita, para se pronunciar acerca de um pedido de reenvio da *Corte suprema di cassazione*, que pergunta se, na esteira do acórdão *Lucchini*, o direito comunitário se opõe à aplicação de uma disposição de direito nacional, como o artigo 2909.º do Código Civil italiano,

Num litígio sobre o IVA respeitante a um ano fiscal relativamente ao qual ainda não foi proferida uma decisão judicial definitiva, na hipótese de tal disposição obstar a que o órgão jurisdicional tenha em conta normas de direito comunitário em matéria de práticas abusivas relacionadas com o referido imposto.⁷⁸

Vejamos, resumidamente, o que estava em causa neste acórdão. O artigo 2909.º do Código Civil italiano prevê que “as conclusões constantes de sentenças transitadas em julgado produzem efeitos entre as partes, os seus herdeiros ou os seus sucessores;”⁷⁹ ora, o próprio órgão jurisdicional de reenvio interpretou a disposição referida nos seguintes termos:

Quando dois processos opondo as mesmas partes tenham por objecto a mesma relação jurídica e um deles tenha culminado numa decisão judicial transitada em julgado, as conclusões tiradas nessa decisão relativamente a essa situação jurídica ou à solução de questões de facto ou de direito relativas a um ponto fundamental comum aos dois processos, formando assim a premissa lógica indispensável ao dispositivo da decisão, opõem-se ao reexame dessa mesma questão de direito, dada como assente a partir daí, mesmo que o processo

77 UNIÃO EUROPEIA, Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl, op. cit., n. 95.

78 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 3 de Setembro de 2009, *Olimpiclub*, C-2/08, EU:C:2009:506, n. 19.

79 *Ibidem*, n. 3.

posterior prossiga finalidades diferentes das que constituíram o objecto e o petitum do primeiro.⁸⁰

Nestes termos, a interpretação implicava que a solução decorrente de uma decisão judicial, num dado litígio em matéria tributária, quando as conclusões dela constantes tivessem por objeto questões semelhantes, podia ser utilmente invocada noutro litígio, mesmo que a referida decisão respeitasse a um período de tributação diferente do que aquele em causa no processo em que fosse invocada.⁸¹

No caso *sub judice*, o órgão jurisdicional de reenvio argumentou que, dado tratar-se de uma questão relativa à cobrança do Imposto de Valor Acrescentado (IVA), e considerando que “a cobrança de IVA desempenha um papel importante na constituição dos recursos próprios da Comunidade Europeia”⁸², a aplicação da sua interpretação do artigo 2909.º poderia “impedir a plena implementação do princípio do combate ao abuso de direito, elaborado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de IVA como instrumento destinado a garantir a plena aplicação do sistema comunitário de IVA.”⁸³

Assim, o TJUE, apesar de afastar a aplicação da regra contida no acórdão *Lucchini*, por, no caso em apreço, não estar em questão uma matéria da competência reservada de uma instituição europeia, mas de uma competência partilhada em matéria fiscal⁸⁴, considera, todavia, a aplicação do princípio da autoridade do caso julgado, e, portanto, a aceitação da interpretação da *Corte Suprema di Cassazione* do artigo 2909.º do Código Civil italiano,

Teria como consequência que, na hipótese de a decisão judicial que se tornou definitiva se basear numa interpretação das normas comunitárias relativas a práticas abusivas em matéria de IVA contrária ao direito comunitário, a aplicação incorrecta dessas normas reproduzir-se-ia em cada novo exercício fiscal, sem ser possível corrigir essa interpretação errada.⁸⁵

80 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 3 de Setembro de 2009, *Olimpiclub*, C-2/08, EU:C:2009:506, n. 4.

81 *Ibidem*, n. 26.

82 *Ibidem*, n. 17.

83 *Ibidem*.

84 *Ibidem*, n. 25.

85 *Ibidem*, n. 30.

O que constituiria um obstáculo injustificável à aplicação efetiva do direito europeu em matéria de IVA, e, consequentemente, contrário ao princípio da efetividade.⁸⁶

Nestes termos, o TJUE decidiu que:

O direito comunitário opõe-se à aplicação de uma disposição de direito nacional, como o artigo 2909.º do Código Civil italiano, que estabelece o princípio da autoridade do caso julgado, num litígio relativo ao IVA respeitante a um ano fiscal em relação ao qual ainda não foi proferida uma decisão judicial definitiva, caso tal disposição obste a que o órgão jurisdicional nacional que deve decidir desse litígio tenha em conta as normas de direito comunitário em matéria de práticas abusivas relacionadas com o referido imposto.⁸⁷

Ora, do exposto resulta que a jurisprudência resultante do acórdão *Olimpiclub* é mais próxima do acórdão *Lucchini*, do que do acórdão *Pizzarotti*, apenas os unindo o tratamento genérico do princípio da autoridade do caso julgado e a sua relação com o direito europeu; nestes termos, aquilo que é central no acórdão *Pizzarotti* – uma decisão judicial transitada em julgado, que estava a ser executada – não existia ainda no acórdão *Olimpiclub*, ou seja, aquilo que se discutia era se anteriores decisões judiciais relativas a matéria fiscal, acerca de anos transatos, podiam, ao abrigo da supra referida interpretação jurisprudencial italiana, constituir caso julgado em relação a ano posterior, constituindo este o litígio perante a *Corte Suprema di Cassazione*, e em que medida é que essa extensão impedia a análise de anos posteriores aos julgados, em conformidade com o Direito europeu relativo ao IVA; serve, contudo, para exemplificar da evolução jurisprudencial do TJUE no que concerne à gradual abrogação ao princípio da autoridade do caso julgado, face ao primado do direito europeu.

Assim, além dos acórdãos *Olimpiclub* e *Lucchini* se reportarem ao princípio da autoridade do caso julgado, decorrente do controverso artigo 2909.º do Código Civil italiano, quando em relação de desconformidade com normas europeias, tratam-se de situações em que o TJUE considerou que disposições substantivas e processuais internas impediam a aplicação do direito europeu, estatuinto, consequentemente, que o direito europeu se opunha à aplicação de uma disposição de direito nacional; ora, se no

86 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 3 de Setembro de 2009, *Olimpiclub*, C-2/08, EU:C:2009:506, n. 31.

87 *Ibidem*, n. 32.

acórdão *Lucchini*, estava em causa uma competência exclusiva de uma instituição europeia, a qual impunha que, dada essa exclusividade e intensa (diríamos, aberrante) desconformidade com o direito europeu, justificava que se destruíssem os efeitos do caso julgado para assegurar a reposição de uma conformidade supra legal, no acórdão *Olimpiclub* tratava-se de uma competência concorrente ou partilhada entre a União Europeia e os Estados-Membros, em relação às quais “vigoram, de forma conjugada, os princípios da subsidiariedade e da autonomia dos Estados, enquanto as atribuições não sejam absorvidas pela União”⁸⁸, o que implicaria que competisse ao direito nacional disciplinar “a revogação, tanto dos atos administrativos como das sentenças judiciais nacionais”⁸⁹, como, por maioria de razão, das normas, legais ou jurisprudenciais, que pudesse impedir a plena eficácia do Direito da União; todavia, no caso *sub judice*, o TJUE não parece ter hesitado na extensão, negada mas evidente, da jurisprudência *Lucchini*, que perde assim o seu carácter excecional, como, aliás, se comprova pelos subsequentes acórdãos *Klausner Holz*⁹⁰ e *Târşia*.⁹¹

Discordamos, assim, da tese propugnada por Alina Kaczorowska-Ireland, no sentido de entender que a jurisprudência europeia estabelece uma distinção fundamental entre as situações em que haja uma decisão administrativa e judicial transitadas em julgado, e as situações em que haja *apenas* uma decisão judicial transitada em julgado, caso em que é mais provável o afastamento do princípio da autoridade do caso julgado pelo TJUE para garantir o primado do direito europeu, constituindo-se todavia como decisões excecionais e casuísticas.⁹²

O que somos levados a concluir, da análise precedente, é que pese embora o TJUE ressalve, em certos casos, o princípio da autoridade do caso julgado, da segurança jurídica e da autonomia processual dos Estados-Membros, a evolução jurisprudencial tem sido no sentido de, paulatinamente, “estabelecer limites, excepções e derrogações aos mesmos”⁹³, dando prevalência ao primado do Direito Europeu, e aos seus corolários, nomeadamente ao princípio da equivalência e da efetividade,

88 QUADROS, op. cit., p. 380.

89 Ibidem.

90 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 11 de novembro de 2015, *Klausner Holz*, C-505/14, EU:C:2015:742.

91 UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Grande Secção), Acórdão de 6 de outubro de 2015, *Târşia*, C-69/14, EU:C:2015:662.

92 KACZOROWSKA-IRELAND, Alina. *European Union Law*, New York: Routledge, 2016. p. 678.

93 LANCEIRO, op. cit., p. 488.

acompanhando Rui Tavares Lanceiro quando refere a “progressiva «erosão» do princípio da segurança jurídica, nas vertentes de caso decidido e de caso julgado, no âmbito da aplicação do Direito da EU.”⁹⁴

Podemos concluir, igualmente, que a decisão, e respetiva norma, decorrentes do acórdão *Pizzarotti*, resultam de uma evolução jurisprudencial do TJUE, no sentido de pugnar pelo difícil equilíbrio entre o princípio da autoridade do caso julgado e da autonomia processual dos Estados membros, por um lado, e o primado do Direito Europeu, e seus corolários, nomeadamente os princípios da equivalência e da efetividade, por outro, com paulatina prevalência para estes; assim, “a «erosão» verificada, à semelhança do fenómeno geológico, não é uniforme – desgastando mais o valor do princípio da segurança jurídica em determinadas matérias do que em outras – mas é inegável.”⁹⁵

Contudo, esta “erosão” não deverá, quanto a nós, vista como intrinsecamente negativa, antes pelo contrário. Ela reflete a natural ocorrência de um dos princípios estruturantes da União Europeia – o princípio do gradualismo, que se encontra consagrado em diversos preceitos do Tratado da União Europeia⁹⁶, constituindo um parâmetro essencial do projeto Europeu.

3 ANÁLISE CRÍTICA

O princípio do gradualismo assume duas vertentes:

Por um lado, ele quer dizer que o processo de integração europeia deve ser paulatino e progressivo, ou seja, não deve saltar sobre fases, o que poderia pôr em risco todo o processo da integração; mas, por outro lado, ele pretende significar também que a integração não deve parar ou não se deve interromper. Ou seja, ela é, por definição, um processo dinâmico e evolutivo.⁹⁷

Nestes termos, entendemos que a evolução jurisprudencial do TJUE acerca da derrogação do princípio da autoridade do caso julgado, face ao primado do direito europeu, deverá ser considerada como uma decorrência natural do processo de integração europeia, ao invés de uma eventual

94 LANCEIRO, op. cit.

95 Ibidem.

96 QUADROS, op. cit., p. 132.

97 Ibidem, p. 131.

interferência abusiva do TJUE na autonomia processual dos Estados membros – desde que, bem entendido, se preserve o equilíbrio da sua intervenção, que será necessariamente mais delicado em relação a um assunto tão caro aos Estados Membros, como corolário da segurança e estabilidade jurídica, como o caso julgado.

No entanto, neste, como noutros casos, urge “não confundir a árvore com a floresta”, de molde a não perder de vista que o tratamento jurisprudencial do caso julgado constitui uma consequência da almejada integração europeia; assim, evocando Constantinesco: “a integração europeia não é um *ser* mas um *fazer-se*; ela não é uma situação acabada, mas um processo; ela não é um resultado, mas a ação que deve conduzir a um resultado.”⁹⁸

Todavia, não existe, na comunidade científica da União Europeia, uma unanimidade de avaliação da atuação do TJUE, nem sequer da sua motivação. Fausto de Quadros, a este propósito, refere:

Acerca do âmbito de jurisdição dos Tribunais da União e do modo como eles têm vindo a interpretar a função que os Tratados lhe conferem, tem-se discutido, quase desde o início da integração europeia e, concretamente, em relação ao TJ, se não vivemos numa União feita pelos juízes. É a concepção da *Europa dos Juízes*. Esta expressão tem tido duas interpretações opostas: uma serve-se dela para fundamentar o trabalho da jurisprudência da União na elaboração do Direito da União e, portanto, para louvar o esforço do TJ no sentido de fazer progredir a integração jurídica na União ao ritmo da integração económica, monetária e política, outra, utiliza aquela expressão (ou, em sentido pejorativo, a de *governo de juízes*, ou a de *activismo judicial*) para verberar o comportamento dos juízes, que acusa de exorbitarem das suas funções e de se substituírem ao *legislador* da União.⁹⁹ (grifos do autor)

Não sendo o escopo do presente artigo a análise crítica deste tema, pese embora a sua importância ao nível da legitimidade e legitimação da atuação do TJUE, e, diríamos, da própria União Europeia, consideramos que face ao contexto do caso julgado, e da suscetibilidade que o seu tratamento pelo TJUE necessariamente causa em relação à sua própria legitimidade e legitimação, apresentamos seguidamente, e de forma esquemática, uma breve exposição das principais teorias que animam o debate científico europeu em relação à atuação do TJUE:

⁹⁸ QUADROS, op. cit.

⁹⁹ Ibidem, p. 378 - 379.

I *Legalismo*¹⁰⁰

Postulados:

- Lógica legal e raciocínio judiciário como o motor da integração legalista ou pretoriana;
- A lei comunitária tem uma lógica legal inerente, que cria a sua própria dinâmica interna de expansão, compelindo o TJUE a emanar decisões que promovem a integração, e compelindo os tribunais nacionais a aplicar a jurisprudência do TJUE.

Principais Autores

- Doutrina majoritária na União Europeia (Pierre Pescatore, Clarence Mann, Hjalte Rasmussen, entre outros).

II *Neo-realismo*¹⁰¹

Postulados

- Interesse nacional como o motor da integração legalista;
- As decisões legais comunitárias, e as decisões dos tribunais nacionais em relação ao direito comunitário, são moldadas por cálculos e consequentes pressões derivadas do interesse nacional afetado.
- *Principal autor:* Geoffrey Garrett.¹⁰²

III *Neo-funcionalismo*¹⁰³

Postulados

- Interesse próprio dos litigantes, juízes e acadêmicos como o motor da integração legalista;
- O sistema legal europeu tem-se expandido e prosperado porque cria incentivos individuais para motivar atores dentro da União

100 Cfr. ALTER, Karen. Explaining National Court Jurisprudence: a Critical Evaluation of Theories of Legal Integration. In: SLAUGHTER, Anne-Marie *et al.* *The European Courts & National Courts, Doctrine and Jurisprudence*, Oxford: Hart Publishing, 1998. p. 230 – 234.

101 *Ibidem*, p. 234 – 238.

102 Cfr. GARRETT, Geoffrey. The politics of legal integration in the European Union. *International Organization*, Cambridge, v. 49, n. 1, p. 171-181, Winter 1995.

103 Cfr. ALTER, *op. cit.*, p. 238 – 241.

Europeia, e dentro dos sistemas jurídicos nacionais, para promover a integração; assim, o TJUE criou uma estrutura que estimula diversos atores nacionais da comunidade jurídica a promover a integração legalista, o que lhes providencia benefícios financeiros e políticos.

Principais autores

- Anne-Marie Burley, Walter Mattl, Ernst Haas e Alec Stone Sweet.

Como resulta desta breve exposição esquemática, a comunidade científica não é unânime nem quanto à atuação do TJUE, nem quanto às respetivas motivações. Quanto a nós, propugnando por uma visão conforme à teoria do legalismo (acompanhando, de resto, a maioria da doutrina portuguesa), sempre diremos que, mesmo no seio desta corrente científica maioritária, alguns dos seus defensores realçam que a atuação do TJUE, *vis à vis* com o processo de integração europeu, terá de se dotar de cautelas, de forma a evitar resvalar para um ativismo judicial que poderá pôr em causa a legitimidade da sua atuação.

Um dos prestigiados autores que adverte para esta cautela é Hjalte Rasmussen, que realça o papel fundamental que o TJUE teve na integração europeia, e que, nesta perspetiva, o seu ativismo, no sentido proactivo, foi essencial e necessário:

The Court of Justice assumed the role, at a nearly stage of development of the Community experiment, as one of its chief architects. If it had not done so, that experiment might have crumbled under the weight of growing parochialism. It is reasonable to hypothesize that the authority of the Community's judiciary will in the future likewise be needed for the defence of the *acquis communautaire*; and it may perhaps even be needed for further cementing of the federalist and centralist values. From this perspective, judicial activism may be considered a public good.¹⁰⁴

Todavia, refere o autor, este ativismo terá de ser gradual, fundamentado, e necessário, sob pena de se erodir a coesão social europeia: “If activism is not, on the other hand, prescribed in nicely calculated doses, it may become that dangerous social evil of which Griffith spoke, not only for the concerned court itself”;¹⁰⁵ consequentemente, o TJUE terá de ser sensível à percepção pública europeia, de modo a acompanhar o próprio

104 Cfr. RASMUSSEN, Hjalte. *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986. p. 8-16.

105 RASMUSSEN, op. cit..

processo de integração: “Societies declining taste for a precipitated process of integration cannot have passed unnoticed by European judicial minds. It failed, nonetheless, to leave much impact on European judicial decision.”¹⁰⁶

Finalmente, o autor adverte para o perigo que pode existir para a legitimidade e fundamentação jurídica das decisões do TJUE, quando as ideias federalistas, ou de uma certa União Europeia, perfilhada pelos juízes europeus, se sobrepõe à fundamentação jurídica essencial das suas decisões:

It is tenable to assume that the Judges had a certain idea (intimately associated, as it is, with the visions of the Founding Fathers) of their own, different from the ideas of the society surrounding them. Pierre Pescatore candidly observes that the Court and its Judges had *une certaine idée de l'Europe* of their own. In crucial situations of choice this idea was made decisive *and not arguments based on the legal technicalities of the matter*.¹⁰⁷(grifos do autor)

Outro prestigiado autor europeu, Trevor C. Hartley, inserido na corrente do legalismo, analisa o próprio processo de criação jurisprudencial do TJUE, através da sua “*policy theorie*”.¹⁰⁸

Assim, “one of the distinctive characteristics of the European Court is the extent to which its decision-making is based on policy. By policy is meant the values and attitudes of the judges – the objectives they wish to promote”¹⁰⁹ – ou seja, para o autor, o processo de tomada de decisão dos juízes do TJUE é influenciado pelos seus objetivos institucionais – as “policy”.

Ora, estes objetivos têm diversas linhas de ação, mas podem ser resumidos num objetivo fundamental – a promoção da integração europeia:

The policies of the European Court are basically the following:

- 1 Strengthening the Community (and especially the federal elements in it);
- 2 Increasing the scope and effectiveness of Community law;
- 3 Enlarging the powers of Community institutions.

106 Ibidem.

107 Ibidem.

108 HARTLEY, Trevor. *The Foundations of European Community Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994. p. 86 – 90.

109 Ibidem.

They may be summed up in one phrase: the promotion of European integration.¹¹⁰

Como vimos anteriormente, a promoção da integração europeia é assumida como objetivo de todas as instituições europeias, nas quais se inclui o TJUE, pelo que o seu papel nessa promoção resulta clarificado nesta classificação científica, pese embora, não constituir, por si, um fator original.

Aquilo que se assume como claramente original na doutrina deste prestigiado autor, é a identificação de uma “tática” utilizada pelo TJUE, para introduzir, através da sua jurisprudência, uma nova doutrina que sirva para o desiderato do aprofundamento da integração europeia:

A common tactic is to introduce a new doctrine gradually: in the first case that comes before it, the Court will establish the doctrine as a general principle, but suggest that it is subject to various qualifications; the Court may even find some reason why it should not be applied to the particular facts of the case. The principle, however, is now established. If there are not too many protests, it will be re-affirmed in latter cases; the qualifications can then be whittled away and the full extent of the doctrine revealed.¹¹¹

Nestes termos, o autor identifica, exemplificando com vários casos jurisprudenciais, como o TJUE introduz paulatinamente, e por fases, alternadas entre a expansão e a retração, a doutrina subjacente, promovendo a integração jurídica europeia, de modo a garantir que a aceitação e discussão da nova doutrina se realize sem sobressaltos, e se consolide. Ora, no caso do presente artigo, e no âmbito desta análise evolutiva da derrogação da autoridade do caso julgado para garantir o primado e efetividade do direito europeu, o método apresentado por Trevor C. Hartley é aplicável, o que nos pode levar, por um lado, a confirmar a presença da introdução e consolidação de uma nova doutrina do TJUE que fomenta a integração europeia, e por outro, a confirmar da aplicabilidade da própria teoria, para efeito de posteriores análises; assim, e esquematicamente, podemos associar as etapas da teoria aos seguintes acórdãos:

a) “the doctrine as a general principle, but subject to various qualifications”: Acórdãos *Kühne & Heitz* e *Lucchini*;

110 HARTLEY, op. cit..

111 Ibidem.

- b) “reason why it should not be applied to the particular facts of the case”: Acórdão *Kapferer*;
- c) “principle re-affirmed in latter cases”: Acórdãos *Olimpiclub e Pizzarotti*;
- d) “full extent of the doctrine revealed”: Acórdão *Pizzarotti* e seguintes.

Ora, apesar de partilharmos das preocupações manifestadas Hjalte Rasmussen, e de perfilharmos que a criação de novas doutrinas se reconduz, com extrema acuidade, à “*policy theorie*” de Trevor C. Hartley, entendemos que a atividade do TJUE se tem de reconduzir à *ratio* da integração europeia, e, conseqüentemente, que a própria evolução originada pelo TJUE, no sentido de aprofundar a aplicação do Direito Europeu, é não só necessária para garantir o sucesso do projeto europeu, como justificada e imposta pelo princípio da integração europeia, e do seu gradualismo, enquanto substrato essencial da ideia de União Europeia.

Destarte, e acompanhando Fausto de Quadros:

As Comunidades, e hoje, a União, devem ao TJ ele ter assumido, muito cedo, o papel de locomotiva da integração jurídica (e, portanto, da criação da já referida *União de Direito*) e de, dessa forma, ter suprido, com o seu labor – repete-se: sem se substituir ao legislador –, a inércia e a paralisia dos órgãos políticos das Comunidades, e, depois, também da União.¹¹² (grifo do autor)

4 CONCLUSÕES

O Acórdão *Pizzarotti* resulta dos seguintes factos, aqui sucintamente explanados: a *Comune di Bari* lançou um procedimento para a construção de uma nova cidade judiciária de Bari, tendo sido selecionada a proposta da empresa *Pizzarotti*; em resultado da progressiva diminuição dos recursos públicos disponíveis para a construção, a *Pizzarotti* foi alterando a sua proposta em função dessa redução, sendo que a proposta final previa a construção dos edifícios para arrendamento da *Comune di Bari*. Ora, não tendo obtido resposta da *Comune di Bari* à sua proposta, a *Pizzarotti* instaurou um processo

112 QUADROS, op. cit., p. 380.

no *Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia*, visando compelir a *Comune di Bari* a agir, ação essa que foi julgada improcedente; em sede de recurso para o *Consiglio di Stato*, foi dado provimento ao recurso interposto pela *Pizzarotti*.

O *Consiglio di Stato* deliberou que a *Comune di Bari* devia adjudicar a obra à empresa *Pizzarotti*, caso estivessem reunidas a condições de realizar a obra dentro dos limites do quadro económico alterado. Contudo, em sede de execução do acórdão, o litígio perdurou, o que levou o tribunal superior a suspender a instância, submetendo ao TJUE duas questões prejudiciais, das quais se destaca a atinente à possibilidade de afastamento do princípio do caso julgado de modo a garantir a aplicação conforme do direito europeu.

Antes de nos termos debruçado sobre a referida questão prejudicial, ou seja, da relação do princípio do caso julgado dos Estados membros com o cumprimento do direito europeu, analisámos uma questão intimamente conexas, e naturalmente prévia a esta, que concerne à própria admissibilidade processual de pedido prejudicial que verse sobre caso transitado em julgado, analisando, para o efeito, anteriores decisões do TJUE sobre o assunto, nomeadamente os acórdãos *Foglia Novello*, *Pardini* e *Zabala Erasun*; aquilo que para nós resultou implicitamente da argumentação do TJUE, e que deveria ter sido vertido de forma mais clara no acórdão, foi a consideração que o litígio não estaria ainda encerrado, dado que o tribunal de reenvio manifestara a disponibilidade e possibilidade legal de poder corrigir o seu acórdão anterior, através do instituto do “caso julgado de formação progressiva”, o que implicava que poderia ainda tomar em consideração o acórdão prejudicial, nos termos do acórdão *Pardini*, e que, assim, seria, à luz da jurisprudência do TJUE e por força do princípio da efetividade e equivalência, admissível o pedido de decisão prejudicial, tendo extraído a seguinte norma:

Hipótese de Norma (interpretação conforme) – O caso julgado não constitui uma exceção de incompetência ou uma questão prévia de inadmissibilidade do pedido prejudicial, desde que o órgão jurisdicional de reenvio tenha a possibilidade legal de corrigir ou revogar decisão judicial com força de caso julgado, para tomar em consideração a decisão do TJUE.

Quanto à referida questão prejudicial, relativa à relação do princípio do caso julgado dos Estados membros com o cumprimento do direito europeu, e à decisão do TJUE que, se as regras processuais internas aplicáveis previrem,

em determinadas condições, a possibilidade de o tribunal nacional revogar uma decisão judicial que tenha adquirido a autoridade de caso julgado, para tornar a situação compatível com o respetivo direito nacional, essa possibilidade deve prevalecer, quando estejam em causa a aplicação de normas europeias, para garantir o primado do direito europeu, em conformidade com os princípios da equivalência e da efetividade.

Desta decisão, entendemos ser possível extrair uma norma do acórdão *Pizzarotti*, quanto à questão da revogação ou alteração de uma decisão judicial nacional, com força de caso julgado, no âmbito de uma decisão prejudicial interpretativa do TJUE que se debruce sobre o objeto da decisão judicial transitada em julgado, estabelecendo para o efeito a seguinte composição esquemática:

Norma

Injunção

O órgão jurisdicional nacional deve:

- 1 Completar o caso julgado com a sua decisão que levou a uma situação incompatível com a legislação da União,

Ou

- 2 Revogar essa decisão, para ter em conta a interpretação dessa legislação feita posteriormente pelo Tribunal de Justiça.

Condições de aplicabilidade

- 3 Na medida em que as regras processuais internas aplicáveis o permitam;

E

- 4 Órgão jurisdicional nacional ter decidido em última instância, sem que tivesse submetido ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial, nos termos do artigo 267.º do TFUE.

Concluimos que a decisão, e respetiva norma, decorrentes do acórdão *Pizzarotti*, resultam de uma evolução jurisprudencial do TJUE, no sentido de pugnar pelo difícil equilíbrio entre o princípio da autoridade do caso

julgado e da autonomia processual dos Estados membros, por um lado, e o primado do Direito Europeu, e seus corolários, nomeadamente os princípios da equivalência e da efetividade, por outro, com paulatina prevalência para estes, subsumindo-se ao método teorizado por Trevor C. Hartley - a “policy theorie”, que identifica uma tática utilizada pelo TJUE, para introduzir, através da sua jurisprudência, uma nova doutrina que sirva para o desiderato do aprofundamento da integração europeia - o que nos pode levar, por um lado, a confirmar a presença da introdução e consolidação de uma nova doutrina do TJUE que fomenta a integração europeia, e por outro, a aplicabilidade da própria teoria, para efeito de posteriores análises.

Concluímos, finalmente, que apesar de partilharmos das preocupações manifestadas pela maioria da doutrina europeia, entendemos que a atividade do TJUE se tem de reconduzir à *ratio* da integração europeia, e, conseqüentemente, que a própria evolução originada pelo TJUE, no sentido de aprofundar a aplicação do Direito Europeu, é não só necessária para garantir o sucesso do projeto europeu, como justificada e imposta pelo princípio da integração europeia, e do seu gradualismo, enquanto substrato essencial da ideia de União Europeia.

REFERÊNCIAS

ALTER, Karen. Explaining National Court Jurisprudence: a Critical Evaluation of Theories of Legal Integration. In: SLAUGHTER, Anne-Marie *et al.* *The European Courts & National Courts, Doctrine and Jurisprudence*, Oxford: Hart Publishing, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, - Volume II, Artigos 108.º a 296.º. Coimbra: Coimbra, 2010.

GARRETT, Geoffrey. The politics of legal integration in the European Union. *International Organization*, Cambridge, v. 49, n. 1, p. 171-181, Winter 1995.

HARTLEY, Trevor. *The Foundations of European Community Law*. Oxford, Clarendon Press, 1994.

KACZOROWSKA-IRELAND, Alina. *European Union Law*. New York: Routledge, 2016.

LANCEIRO, Rui Tavares. A “Erosão” dos Princípios da Autoridade do caso Julgado e do Caso Decidido pelo Direito da União Europeia. In: *VÁRIOS, Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume V*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

- LANCEIRO, Rui Tavares. *O Dever de Anulação do artigo 168.º, n.º 7, do novo CPA e a Jurisprudência Kühne & Heitz*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- QUADROS, Fausto de; MARTINS, Ana Maria Guerra. *Contencioso da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2007.
- QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2013.
- RASMUSSEN, Hjalte. *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policymaking*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986.
- UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, Acórdão de 11 de Março 1980, *Foglia Novello*, 104/79.
- UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Quinta Secção), Acórdão de 21 de Abril de 1988, *Pardini*, 338/85.
- UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Quarta Secção), Acórdão de 15 de Julho de 1995, *Zabala Erasan*, C-422/93.
- UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, Acórdão de 13 de Janeiro de 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, EU:C:2004:17.
- UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Primeira Secção), Acórdão de 16 de Março de 2006, *Kapferer*, C-234/04, EU:C:2006:178.
- UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Grande Secção), Acórdão de 18 de Julho de 2007, *Lucchini*, C-119/05, EU:C:2007:434.
- UNIÃO EUROPEIA, Advogado-Geral Ján Mazák, Conclusões apresentadas em 24 de Março de 2009, C-2/08, EU:C:2009:180.
- UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Terceira Secção), Acórdão de 22 de Outubro de 2009, *Zurita García*, C261/08, EU:C:2009:648.
- UNIÃO EUROPEIA, Advogado-Geral Nils Wahl, Conclusões apresentadas em 15 de Maio de 2014, C-213/13, EU:C:2014:335.
- UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 10 de Julho de 2014, *Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067.
- UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 3 de Setembro de 2009, *Olimpiclub*, C-2/08, EU:C:2009:506.
- UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Grande Secção), Acórdão de 6 de outubro de 2015, *Társia*, C-69/14, EU:C:2015:662.
- UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (Segunda Secção), Acórdão de 11 de novembro de 2015, *Klausner Holz*, C-505/14, EU:C:2015:742.