

NOTA

de :	Praesidium
para :	Convenção
Assunto:	Instrumentos jurídicos: sistema actual

Junto se envia, à atenção dos membros da Convenção, uma nota de reflexão sobre os instrumentos de que a União e a Comunidade dispõem para o exercício das suas competências legislativas e executivas, bem como sobre os procedimentos relativos à criação e utilização desses instrumentos.

A exemplo do que sucedeu com a nota CONV 17/02, que forneceu antecedentes factuais para o debate da Convenção de 15 e 16 de Abril relativo às missões da União, a presente nota descritiva destina-se a fornecer uma base factual semelhante para o debate de 23 e 24 de Maio, relativo à melhor forma de realizar as missões.

Esta análise deverá ser posteriormente desenvolvida, numa nota (análoga ao doc. CONV 47/02 sobre as competências) que será elaborada com base no debate de 23 e 24 de Maio e que incluirá sugestões relativas às questões que merecem ser mais bem estudadas.

NOTA DE REFLEXÃO

Assunto: Instrumentos jurídicos: sistema actual

Resumo

1. A questão dos instrumentos jurídicos constitui o seguimento lógico das competências: uma vez tomada a decisão de exercer uma determinada competência, há que determinar *quem* está habilitado a fazê-lo *como forma*, e com *que* efeitos. Esta questão fundamental é abordada nas três partes da nota:
 - Repertório dos instrumentos de que dispõem a União e a Comunidade: sua forma e efeitos;
 - *Modus operandi* das instituições;
 - Qualidade da legislação.
2. A nota apresenta uma breve panorâmica da evolução, ao longo do tempo, da lista de instrumentos de que dispõem a União e a Comunidade, referindo-se à sua forma e efeitos.
 - Em primeiro lugar, explica a classificação inicial prevista no artigo 249.º do TCE (decisão, regulamento, directiva, recomendação e parecer) – o legislador tem ampla liberdade de escolha entre estes instrumentos, caso a caso.
 - A nota salienta em seguida que, para além da classificação referida no artigo 249.º do TCE, outros artigos do Tratado CE requerem a utilização de instrumentos específicos de alcance e natureza diversos, cujos efeitos jurídicos são frequentemente difíceis de identificar.
 - Além disso, o TUE contém por seu lado duas listas de instrumentos específicos, apresentados na nota, para os sectores da política externa e da cooperação em matéria penal, sector em que o efeito directo foi explicitamente afastado.
 - Por último, foram desenvolvidos na prática certos instrumentos, não previstos nos Tratados, cujo valor jurídico suscita algumas dúvidas, mas que não são desprovidos de efeitos.
3. Esta multiplicação de instrumentos constituirá um factor de insegurança jurídica e um dos motivos da opacidade de que é acusada a União?

4. Para realizar os objectivos e exercer as competências da União e da Comunidade, os Tratados atribuem poderes às instituições. Porém, como se explica na nota, o sistema institucional da União não assenta no princípio da separação de poderes, acompanhado de uma definição das funções habituais das instituições, tal como se passa no direito constitucional clássico. Os Tratados traçam sobretudo, de modo pragmático, formas de colaboração entre instituições que representam interesses diferentes.
5. O poder legislativo não está definido nos Tratados, que se limitam a definir, caso a caso, as funções de cada uma das instituições envolvidas (o Conselho e o Parlamento Europeu, enquanto co-legislador ou segundo um grau variável de participação, e ainda a Comissão, que desempenha também um papel importante dadas as suas prerrogativas de iniciativa). Estas funções exercem-se mediante um elevadíssimo número de procedimentos.
6. No que se refere ao poder de adoptar regras de execução dos actos de direito derivado (normas de terceiro nível) a nível comunitário, o Tratado esclarece que:
 - O Conselho "atribui à Comissão, nos actos que adopta, as competências de execução das normas que estabelece. O Conselho pode submeter o exercício dessas competências a certas modalidades.
 - O Conselho pode igualmente reservar-se, em casos específicos, o direito de exercer directamente competências de execução".
7. Esta falta de um sistema coerente de processos decisórios e a grande diversidade destes últimos constituem factores suplementares de complexidade e de opacidade?
8. Por último, a nota evoca a problemática da qualidade da legislação comunitária e da sua capacidade para se adaptar à complexidade e à rapidez das mudanças, sobretudo no domínio económico. Neste contexto, reporta-se às reflexões realizadas no âmbito das instituições europeias, em especial da Comissão, sobre as possibilidades – sem alteração dos Tratados – de simplificar e racionalizar o ambiente regulamentar, e apresenta em pormenor os diversos mecanismos propostos (consultas, análises de impacto, co-regulação e auto-regulação, avaliação e acompanhamento da legislação, etc.).
9. Dever-se-iam consagrar alguns destes mecanismos nos Tratados?

Introdução

10. A questão dos instrumentos jurídicos constitui a sequência lógica das competências (ver doc. CONV 47/02): uma vez tomada a decisão de exercer uma competência, a União/Comunidade tem de decidir quem está habilitado a fazê-lo, como e com que efeitos. A presente nota aborda os seguintes assuntos:

- I. Lista de instrumentos de que dispõem a União e a Comunidade: sua forma e efeitos;
- II. *Modus operandi* das instituições;
- III. Qualidade da legislação.

I. Lista de instrumentos de que dispõem a União e a Comunidade: sua forma e efeitos

11. Neste como noutros domínios, a evolução da Comunidade e da União, ao ritmo dos sucessivos Tratados, conduziu a uma sobreposição de matérias que, em última análise, exclui qualquer possibilidade de sistematização. À classificação inicial prevista no artigo 249.º do TCE foram sendo aditados numerosos actos de direito derivado, alguns dos quais, apesar de terem as designações referidas nesse artigo, possuem características próprias. Por vezes, trata-se de actos cuja natureza jurídica suscita dúvidas; outras vezes, é o seu carácter vinculativo que não é claro. Por último, embora a maioria destes actos esteja prevista nos Tratados, alguns instrumentos, que não podem ser descritos como instrumentos jurídicos, mas cuja força vinculativa tem sido demonstrada na prática, têm vindo a ser consagrados com o uso.

A. Tipologia dos actos de direito derivado previstos no artigo 249.º do TCE

12. O artigo 249.º contém a lista clássica dos actos jurídicos comunitários e dos seus efeitos. Estabelece uma distinção entre os actos vinculativos – decisão, regulamento e directiva – e os actos não vinculativos – recomendação e parecer. (É de assinalar que as recomendações e os pareceres não são desprovidos de efeitos jurídicos, nomeadamente enquanto instrumentos de interpretação.)
13. No que respeita aos actos vinculativos, a decisão "é obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que designar". Por conseguinte, constitui um acto individual, sem alcance geral. Em contrapartida, tanto as directivas como os regulamentos são de aplicação geral e têm carácter normativo, pela sua própria natureza. Contudo, ao passo que as directivas se destinam aos Estados-Membros e impõem uma obrigação de resultados, os regulamentos destinam-se directamente aos cidadãos e são obrigatórios em todos os seus elementos. Assim, uma directiva fixa um resultado a alcançar, deixando simultaneamente aos Estados-Membros a competência quanto à forma e aos meios (embora a jurisprudência tenha reconhecido que as directivas podem, em certas condições, produzir efeitos directos ¹.) Na prática, a directiva é um instrumento que se caracteriza pela flexibilidade que oferece ao legislador. Este poderá conforme as necessidades, limitar-se a fixar um quadro muito geral para determinada política, ou estabelecer regras mínimas ²; podendo também, em casos especiais, prever disposições muito precisas que deixem pouca ou nenhuma margem de transposição aos Estados-Membros ³.
14. Não obstante, a directiva tem sido encarada por muitos como um meio de legislar mais de acordo com o princípio da subsidiariedade. Todavia, pode argumentar-se que, embora o princípio da subsidiariedade seja a chave das decisões relativas ao exercício das competências, é antes o princípio da proporcionalidade, definido no artigo 5.º do Tratado ("A acção da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objectivos do presente Tratado"), que rege a escolha do instrumento jurídico utilizado para exercer essas competências. O ponto 6 do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade dá uma certa preferência às directivas em detrimento dos regulamentos,

¹ A jurisprudência do Tribunal, que tem reconhecido a aplicação directa das directivas, abrange apenas casos em que, à data de expiração do prazo previsto, o Estado não transpôs, ou transpôs de forma deficiente, determinada directiva. Além disso, as disposições em causa deverão produzir os referidos efeitos directos pela sua própria natureza, isto é, têm de ser precisas e não condicionais. Por último, o efeito directo pode ser invocado em relação a um Estado que esteja em falta, mas não a um indivíduo.

² Citem-se, a título de exemplos, as mais recentes directivas-quadro sobre o ambiente e as recentes propostas de directivas em matéria de imigração e asilo.

³ A título de exemplos, refiram-se as directivas que estabelecem procedimentos para uma estreita cooperação entre autoridades nacionais (Directiva 91/414 relativa à colocação dos produtos fitofarmacêuticos no mercado e Directivas 1990/219 e 2001/18 relativas aos OGM).

e às directivas-quadro (um instrumento desconhecido na tipologia do Tratado), em vez das medidas pormenorizadas. O ponto 7 desse Protocolo estipula que "as medidas comunitárias devem facultar aos Estados-Membros vias alternativas para alcançar os objectivos dessas medidas". Cada instrumento parece, pois, ter os seus méritos próprios: a directiva é mais flexível, permitindo ter em conta a especificidade institucional e jurídica de cada Estado-Membro, ao passo que o regulamento tem a vantagem de uma aplicação imediata e homogénea, indispensável em determinadas áreas.

15. Com algumas excepções apenas ⁴, o Tratado deixa o legislador livre de escolher o instrumento a utilizar: ou regulamento ou directiva, instrumentos jurídicos "por excelência". Esta escolha não depende do tipo de competências (exclusivas, concorrentes ou partilhadas, ou complementares), embora haja quem defenda que, para uma aplicação efectiva dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, a escolha se deveria limitar a determinados instrumentos considerados adequados para diferentes tipos de competências: por exemplo, no caso de competências concorrentes, teriam de se utilizar directivas ou directivas-quadro. Por outro lado, a escolha entre uma directiva e um regulamento não esgota a questão do nível de intensidade adequado para a acção da Comunidade. A realidade da legislação comunitária demonstra que o grau de especificidade das normas (e, portanto, a liberdade de acção deixada às autoridades nacionais) é muito variável.

B. Actos comunitários que não incluídos na tipologia do artigo 249.º

16. A lista dos instrumentos comunitários previstos no Tratado CE para a implementação de competências não se esgota no artigo 249.º. Outros artigos requerem a utilização de instrumentos específicos de alcance e natureza diversos, cujos efeitos jurídicos são frequentemente difíceis de identificar. Trata-se, por exemplo, das "orientações", um termo que surge relacionado com a coordenação económica, a política de emprego ⁵ e as redes transeuropeias, ou ainda com o "programa-quadro" de investigação, ou de programas de acção no domínio do ambiente, etc.. Mais difíceis ainda de catalogar são os casos em que a competência comunitária é exercida através da coordenação entre os Estados-Membros.

⁴ Algumas bases jurídicas impõem um instrumento preciso, como é o caso do artigo 89.º que impõe a forma do regulamento, os artigos 47.º, 52.º, 96.º ou 94.º (antigo 100.º) e 137.º que requerem uma directiva e o artigo 83.º, que permite escolher entre directivas e regulamentos.

⁵ Observe-se que as orientações em matéria de coordenação económica e de política social se baseiam nas "Conclusões" do Conselho Europeu que, em princípio, não têm efeitos jurídicos.

17. Por outro lado, é interessante notar que o termo "decisão" ⁶ é frequentemente associado, na prática, a textos de carácter normativo e de alcance geral. Trata-se de actos jurídicos heterogéneos, mas bastante diferentes das "decisões", na acepção do artigo 249.º do Tratado. É o caso, por exemplo, da decisão sobre os recursos próprios, da decisão que fixa as modalidades de exercício da competência de execução atribuída à Comissão (Decisão "Comitologia") ou das decisões baseadas no artigo 308.º.
18. A mesma confusão terminológica afecta determinadas normas que o Tratado designa por "decisões de aplicação" ⁷, o que poderia levar a crer que se trata de regras de execução (terceiro nível). Estão neste caso, por exemplo, os artigos 148.º e 162.º relativos, respectivamente, ao Fundo Social e ao FEDER.
19. Assim, tem sido defendida por alguns a ideia de que, para efeitos de transparência e inteligibilidade dos actos comunitários, será necessário reduzir e/ou catalogar de forma exhaustiva o número de instrumentos de que dispõe a Comunidade para exercer as suas competências.

C. Actos adoptados ao abrigo do Título V do TUE

20. Apesar da unidade institucional partilhada com o sistema comunitário, o Título V e o Título VI do TUE assentam em princípios bem diferentes dos que estão subjacentes ao edifício comunitário. Estes títulos traçam uma ordem jurídica na qual o efeito directo dos instrumentos de direito derivado foi explicitamente afastado, uma vez que estes instrumentos se limitam a criar obrigações a nível dos Estados-Membros e das instituições da União.
21. O artigo 12.º do TUE contém uma lista de instrumentos em matéria de política externa:
- os princípios e orientações gerais são actos políticos aprovados pelo Conselho Europeu;
 - as estratégias comuns, preparadas pelo Conselho e aprovadas por unanimidade pelo Conselho Europeu, definem os objectivos e os meios de acção da União num domínio de interesse comum para os Estados-Membros. Podem considerar-se de natureza jurídica, visto que permitem a aprovação, por maioria qualificada, dos actos de aplicação (acções comuns, posições comuns ou qualquer outra decisão);

⁶ Este problema não diz respeito a todas as línguas: estes actos são correctamente distinguidos em certas versões linguísticas (por exemplo, em alemão: "Beschluss" e "Entscheidung" na acepção do artigo 249.º).

⁷ (Em alemão: "Durchführungsbeschluss").

- as acções comuns estão previstas para situações específicas que exigem uma intervenção operacional da União. São vinculativas para os Estados-Membros, sem que no entanto sejam dados pormenores sobre os seus efeitos;
- as posições comuns definem a posição da União sobre uma questão específica, geográfica ou temática. Os Estados-Membros devem respeitá-las, no âmbito das suas políticas nacionais e da sua acção diplomática;
- o reforço da cooperação sistemática dos Estados-Membros na condução da suas políticas pode assumir diversas formas e constitui mais um método de acção do que um instrumento em si.

22. Para além da lista apresentada no artigo 12.º, o Título V prevê outros instrumentos, nomeadamente a informação mútua e a concertação, referidas no artigo 16.º, e os mandatos conferidos à UEO, previstos pelo artigo 17.º. Por outro lado, é de assinalar que se encontram no Título V novas acepções do termo "decisão" ⁸, que é utilizado em sentido lato, como medida adoptada com base no Título V, mas também como acto de execução de acções e posições comuns, caso em que as decisões são aprovadas por maioria qualificada ⁹. Além disso, têm vindo a ganhar aceitação outros instrumentos, como as directrizes, os códigos de conduta ou as declarações do Conselho e da Presidência da União. Em resumo, é particularmente árduo definir o leque completo de instrumentos da política externa, que têm efeitos difíceis de entender, exclusivamente através da sua classificação no Tratado.

D. Actos adoptados ao abrigo do Título VI do TUE

23. O Tratado de Maastricht tinha previsto praticamente os mesmos instrumentos para a cooperação no domínio da PESC e para a cooperação em matéria de justiça e assuntos internos (JAI) ("terceiro pilar"). O Tratado de Amesterdão alterou os instrumentos disponíveis nos domínios da cooperação policial e judiciária em matéria penal que continuaram a pertencer ao terceiro pilar.

24. O artigo 34.º do TUE distingue quatro tipos de actos:

⁸ Como já foi referido, este problema não diz respeito a todas as línguas.

⁹ Recorde-se que a maioria qualificada não se aplica às decisões que tenham implicações militares ou no domínio da defesa e que pode suscitar oposição de um Estado-Membro, podendo a questão ser remetida para o Conselho Europeu, que decidirá por unanimidade.

- as posições comuns definem a abordagem da União em relação a uma questão específica. Não é feita qualquer referência ao seu efeito vinculativo;
- as decisões-quadro têm por objectivo a aproximação das legislações. São vinculativas para os Estados-Membros quanto ao resultado a alcançar. Têm alguma semelhança com as directivas, mas o seu efeito directo é explicitamente excluído;
- as decisões não podem ser utilizadas para a aproximação das normas nacionais. São vinculativas mas, como no caso das decisões-quadro, o seu efeito directo é excluído;
- as convenções são instrumentos aprovados pelo Conselho, mas sujeitos à ratificação dos Estados. Próximas dos instrumentos de direito internacional clássico, entram em vigor nos Estados que as ratificaram depois de obtida mais de metade das ratificações.

O artigo 34.º prevê também medidas, a serem aprovadas por maioria qualificada, destinadas à aplicação das decisões e convenções.¹⁰

25. Apesar das melhorias introduzidas pelo Tratado de Amesterdão, considera-se com frequência que estes instrumentos ainda não estão bem adaptadas a um domínio que produz uma actividade legislativa considerável, ao contrário do sector da política externa e de segurança, para o qual os instrumentos do Tratado UE foram inicialmente concebidos.

E. Instrumentos atípicos

26. As disposições dos Tratados não esgotam os meios de acção das instituições. Ao longo do tempo, foram sendo desenvolvidos outros instrumentos de valor jurídico nem sempre inteiramente comprovado mas que, ainda assim, não deixam de produzir efeitos.

¹⁰ Trata-se de maiorias qualificadas especiais: sessenta e dois votos que representem 10 Estados-Membros, no caso das medidas de aplicação das decisões, e dois terços das Partes Contratantes, no caso das convenções.

27. Esta categoria inclui em especial:

- os acordos interinstitucionais, que surgem como uma manifestação prática do princípio da cooperação leal entre as instituições. Ninguém duvida da sua eficácia como instrumento de auto-disciplina para as instituições, em especial nos domínios orçamental e legislativo;
- as conclusões e resoluções do Conselho Europeu, que têm um carácter mais político do que jurídico, embora possam afectar consideravelmente os processos legislativos;
- as conclusões e resoluções do Conselho, que têm apenas valor político, embora não sejam completamente desprovidas de efeitos jurídicos. Têm valor na interpretação de actos jurídicos, como foi reconhecido pelo Tribunal;
- as declarações dos Estados-Membros que constam das actas ou conclusões do Conselho e que não têm efeitos jurídicos;
- as declarações que as instituições anexam a certos actos jurídicos e que têm apenas valor declarativo.

28. Há quem tenha considerado a multiplicação de instrumentos que acompanhou o alargamento das políticas da União como um factor de insegurança jurídica e uma das principais razões para a opacidade de que a União é acusada. Por conseguinte, há quem tenha argumentado que se deveria reduzir o leque e/ou harmonizar os efeitos jurídicos dos instrumentos dos três pilares.

II. O *modus operandi* das instituições

29. Para atingir os objectivos e exercer as competências da União e da Comunidade, os Tratados

atribuem competências às instituições. Essa atribuição não assenta num sistema de separação de competências, e não existe nenhuma declaração geral nos Tratados que defina as funções habituais das instituições num Estado de direito. Enquanto que a competência legislativa está atribuída conjuntamente ao Conselho e ao Parlamento Europeu na sua qualidade de co-legisladores, ou ao Conselho com a participação do Parlamento Europeu, estando a Comissão envolvida no processo legislativo em ambos os casos, a competência executiva, nomeadamente o poder de ditar as regras de execução, é decidida caso a caso durante o processo legislativo. O terceiro travessão do artigo 202.º do TCE estipula que o Conselho "atribui à Comissão, nos actos que adopta, as competências de execução das normas que estabelece. ... O Conselho pode igualmente reservar-se, em casos específicos, o direito de exercer directamente competências de execução".

A. Competência legislativa

30. A competência legislativa, entendida como a capacidade de tomar decisões em matéria de direito derivado (regras de segundo nível) em aplicação do Tratado, é exercida ou conjuntamente pelo Conselho e pelo Parlamento Europeu na qualidade de co-legisladores ou pelo Conselho, com a participação do Parlamento em diferentes graus, na maior parte dos casos. A Comissão também desempenha um papel importante no pilar comunitário, através das suas prerrogativas de iniciativa legislativa. A competência legislativa não é definida pelos Tratados. O Tratado CE define a função do Conselho como legislador apenas em relação ao acesso a documentos (n.º 3 do artigo 207.º). Os Tratados delimitam caso a caso, os papéis de cada instituição, de acordo com um número muito elevado de procedimentos.
31. Se se classificarem os procedimentos utilizando apenas dois parâmetros, nomeadamente o sistema de votação no Conselho e a participação do Parlamento, surge toda uma série de combinações:
 - maioria qualificada com co-decisão
 - maioria qualificada com cooperação (ainda que residual)
 - maioria qualificada com parecer favorável
 - maioria qualificada e parecer simples
 - maioria qualificada sem intervenção do Parlamento
 - unanimidade com co-decisão

- unanimidade com parecer favorável
- unanimidade com parecer simples
- unanimidade sem participação do Parlamento.

Esta lista refere-se apenas ao pilar comunitário, não tendo em conta a exigência dos pareceres do Comité Económico e Social e do Comité das Regiões, nem as maiorias específicas exigidas nalguns casos específicos. Existem também processos especiais, tais como o processo orçamental (que na prática difere consideravelmente do que está estipulado no Tratado), o processo eleitoral uniforme, etc.

32. A aplicação de um determinado procedimento a uma determinada matéria explica-se mais pela história (negociações diplomáticas aquando das sucessivas reformas dos Tratados) do que por qualquer sistema lógico. O único princípio que é possível identificar é a tendência para a generalização da maioria qualificada no Conselho, acompanhada do poder de co-decisão conferido ao Parlamento.
33. Alguns exemplos demonstram essa falta de coerência. Embora a regra geral seja a de a co-decisão ser acompanhada por uma votação por maioria qualificada no Conselho, algumas disposições, mesmo depois de Nice, estipulam o procedimento de co-decisão com unanimidade pelo Conselho, com as complicações daí decorrentes em termos de negociação entre as duas instituições ¹¹. Nalguns domínios, existe uma diferenciação por sector. Por exemplo, o artigo 18.º, depois de Nice, sujeita a liberdade de circulação a uma maioria qualificada no Conselho, excepto no tocante às medidas relativas a passaportes, bilhetes de identidade, protecção social e segurança social, que continuam a exigir unanimidade. De igual modo, o artigo 175.º, sobre o ambiente, exige, excepcionalmente, unanimidade em relação a algumas matérias: disposições fiscais, ordenamento do território e aprovisionamento energético. Há que referir também o fenómeno das "pontes", que autoriza ou determina que, ao fim de um determinado lapso de tempo, as questões passem da votação por unanimidade para a votação por maioria qualificada. É o caso, por exemplo, dos vistos, do asilo e da imigração (artigo 67.º), do ambiente (artigo 175.º) e, depois de Nice, da coesão (artigo 160.º).
34. Outro caso de falta de coerência diz respeito às disposições com repercussões financeiras significativas. O processo orçamental confere uma posição predominante ao Parlamento no tocante às despesas não obrigatórias, enquanto que a sua participação nos processos

¹¹ Artigos 42.º, 47.º e 151.º.

legislativos conducentes aos actos que produzem esse tipo de despesa é variável, para não dizer modesta. Por exemplo, os regulamentos relativos aos Fundos Estruturais ¹² e aos Fundos de Coesão (artigo 161.º) são aprovados com o parecer favorável do Parlamento, mas a regulamentação financeira que se aplica ao orçamento geral (artigo 279.º) é-o apenas com parecer simples. Por outro lado, as orientações e medidas de financiamento das Redes Transeuropeias (artigo 156.º) ou o Programa-Quadro de Investigação (artigo 166.º) são aprovados em co-decisão.

35. A ausência de um sistema coerente de procedimentos, e a sua grande diversidade, são factores suplementares de complexidade e opacidade, tendo levado alguns a sugerir que sejam estabelecidas correlações claras entre o instrumento jurídico, o processo decisório e o tipo de acção a executar, sendo os instrumentos classificados não só segundo a sua forma e os seus efeitos, mas também segundo procedimentos de aprovação. Em sucessivas Conferências Intergovernamentais têm sido propostos, sem êxito, sistemas hierárquicos que também previam a definição de princípios processuais gerais. Em vez disso, cada Conferência Intergovernamental aumentou a complexidade processual.

B. Regras de execução ¹³

36. No sistema do Tratado, a regra geral é que a competência de cumprimento e aplicação das normas legislativas cabe aos Estados-Membros, em conformidade com as respectivas normas constitucionais, na observância do Tratado e sob controlo da Comissão, dos tribunais nacionais e do Tribunal de Justiça ¹⁴. A Comunidade exerce essas competências a título meramente subsidiário, designadamente quando é necessário assegurar uma certa homogeneidade na aplicação do direito derivado. É ainda de registar que, contrariamente a muitos sistemas nacionais, o Tratado não distingue entre o poder *regulamentar* (poder de aprovar regras gerais de execução dos actos legislativos) e o poder de executar as leis através de actos específicos, estando os dois casos incluídos na noção "de execução", na acepção dos

¹² Curiosamente, os regulamentos sobre o Fundo Social e o FEDER, que dependem inteiramente do Regulamento "Fundos Estruturais", são aprovados por co-decisão, enquanto o regulamento relativo ao FEOGA (secção Orientação) é aprovado mediante parecer simples.

¹³ Esta parte da nota diz respeito exclusivamente ao Tratado CE. Os Títulos V e VI do TUE definem obrigações de execução específicas para as instituições e para os Estados-Membros. O Título VI, especialmente, prevê medidas de execução aprovadas pelo Conselho após consulta ao Parlamento, embora a prática do Conselho, com o acordo do Parlamento, se tenha afastado dessas disposições conferindo muitas vezes funções de execução à Comissão e recorrendo aos procedimentos de comitologia.

¹⁴ Artigo 10.º do TCE; Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade anexo ao Tratado de Amesterdão (cf. Compilação dos Tratados, Tomo I, Volume 1, p. 567) e declaração n.º 43 respeitante a esse Protocolo anexa à Acta Final da Conferência Intergovernamental de Amesterdão.

artigos 202.º e 211.º do Tratado CE.

1. Alcance das regras de execução

37. No que diz respeito ao poder de aprovar regras de execução dos actos de direito derivado (regras do terceiro nível) a nível comunitário, e nos termos do terceiro travessão do artigo 202.º do TCE, o Conselho "atribui à Comissão, nos actos que adopta, as competências de execução das normas que estabelece"¹⁵. O Conselho pode submeter o exercício dessas competências a certas condições. O Conselho pode igualmente reservar-se, em casos específicos, o direito de exercer directamente competências de execução"¹⁶.
38. O terceiro travessão do artigo 202.º foi introduzido na época (Acto Único Europeu) com o objectivo de libertar o legislador das questões técnicas ou de grande pormenor que –segundo se previa – o iriam submergir, dada a sobrecarga da legislação relativa ao mercado interno. Mas a legislação comunitária continua a ser muitas vezes criticada por ser demasiado detalhada e demasiado técnica. No entanto, como atrás foi referido, nas CIG sucessivas foram apresentadas propostas tendentes a introduzir nos Tratados o princípio da hierarquia dos actos¹⁷ com o objectivo de aligeirar o carácter extremamente técnico das regras de segundo nível através, de uma distinção clara entre o nível "legislativo" e o nível "executivo", propostas essas que não foram aceites.
39. Todavia, as disposições do Tratado permitem já tal exercício por parte do legislador. O alcance das regras de execução é decidido caso a caso no acto de base. Cabe à instituição – ou as instituições – que detém a competência legislativa determinar se – e em que medida – se

¹⁵ O Tribunal entendeu que, nos casos de co-decisão, se deve considerar que o Parlamento também é visado neste artigo..

¹⁶ O Tribunal estipulou que o Conselho terá mesmo de justificar em pormenor a sua decisão para poder reservar-se o direito de exercer competências de execução.

¹⁷ Aquando da CIG de Maastricht, a Itália propôs a seguinte hierarquia entre os actos comunitários: normas constitucionais, legislativas, regulamentares e administrativas, com procedimentos de aprovação diferentes. A Comissão propôs, na mesma ocasião, a seguinte classificação: "leis", regulamentos, decisões, recomendações e pareceres. As leis seriam aprovadas segundo um procedimento de "co-decisão" entre o Parlamento Europeu e o Conselho. A Comissão seria competente para aprovar os regulamentos e decisões necessários à execução das leis. A Presidência Luxemburguesa apresentou esta proposta à Conferência mas, embora o procedimento de co-decisão tenha efectivamente sido introduzido no Tratado, a tipologia dos actos não sofreu alterações. Em declaração anexa ao Tratado da União previu-se que "a CIG que será convocada em 1996 [analisará] em que medida será possível rever a classificação dos actos comunitários de modo a estabelecer uma hierarquia adequada das diferentes categorias de normas." Amesterdão não tomou qualquer decisão nesta matéria. Aquando da CIG de Nice, a Presidência Portuguesa propôs a noção de acto legislativo aprovado em co-decisão e limitado às regras essenciais e aos princípios gerais. As regras de execução seriam aprovadas pelo Conselho, através de um procedimento menos pesado.

deve recorrer a regras de execução. São estas, pois, que decidem, caso a caso, do grau de pormenor e de tecnicidade das regras de segundo nível ¹⁸, tendo a possibilidade de restringir os actos legislativos (segundo nível) apenas a princípios gerais e regras fundamentais, deixando os pormenores e as questões mais técnicas às regras de execução. Talvez o legislador devesse ser encorajado a recorrer à delegação de poderes, prevendo um direito de avocação ("call back") que lhe permitisse controlar eficazmente as regras de execução. Poder-se-á, assim, prever um mecanismo ¹⁹ de delegação legislativa a favor da Comissão, submetido ao controlo do legislador?

40. Em suma, a existência de dois níveis de normas (a norma de base/segundo nível e a regra de execução/terceiro nível) não transparece claramente nos Tratados, nem na realidade do direito positivo comunitário. Algumas pessoas pensam que chegou a altura de consagrar nos Tratados uma hierarquia de normas clara e explícita. Poderia definir-se nos Tratados as funções legislativa e executiva, especificando-se em seguida quais as instituições a exercê-las, e em que medida; e/ou estabelecer uma distinção mais clara entre actos legislativos e regras de execução e explicitar o facto na denominação dos actos.

2. Modalidades de controlo

41. Nos termos do artigo 202.º, o Conselho pode "submeter o exercício dessas competências [de execução] a certas modalidades". Essas modalidades consistem em controlar a actividade de execução da Comissão através de comités compostos por peritos, em representação dos Estados-Membros. O acto que rege actualmente esta matéria, é a decisão do Conselho, de 28 de Junho de 1999, que fixa as regras de exercício da competência de execução atribuída à Comissão, vulgarmente designada "comitologia". Esta decisão veio substituir a decisão de 13 de Julho de 1987.
42. Um dos objectivos da Decisão "Comitologia" é impor uma certa ordem nos procedimentos de controlo e evitar que cada acto de direito derivado possa prever disposições particulares. Efectivamente, a formulação da base jurídica dessas normas que "o Conselho terá previamente estabelecido" não deixa margem para dúvidas quanto ao carácter exaustivo da decisão. Racionaliza e simplifica os procedimentos de comité, reduzindo-os a três. No entanto, há quem considere que os procedimentos de comitologia são ainda demasiado pesados; embora as modalidades de controlo da Comissão tenham sido inicialmente introduzidas com o objectivo de permitir que o Conselho atribuisse com maior frequência funções normativas de terceiro nível à Comissão – portanto, como factor de simplificação –, afirma-se frequentemente que estas se transformaram, com o decorrer do tempo, num factor de complexidade.

¹⁸ Trata-se, afinal, de um sistema bastante semelhante ao da maior parte das constituições europeias: os domínios legislativo e executivo são determinados pela posição preponderante no processo decisório da ou das instituições que representam o poder legislativo. O legislador determina quais as funções normativas a exercer pelo executivo, funções essas sempre enquadradas pela lei e submetidas ao controlo dos tribunais.

¹⁹ Semelhante aos existentes nos vários Estados-Membros

43. No seu relatório sobre o funcionamento dos comités em 2000, a Comissão publicou a lista dos comités, que totalizam 244. Durante o ano em causa, foram submetidos a esses comités 1742 actos, tendo sido efectuado um total de 4323 consultas de vários tipos.
44. Embora seja de notar que a perspectiva de introduzir alterações na comitologia coloca questões de maior envergadura, é evidente que as actuais modalidades se estão a revelar muito pesadas, mesmo para os Governos dos Estados-Membros ²⁰. Assim, alguns defendem que se pondere agora uma nova simplificação dos procedimentos de comité.

III. Qualidade da legislação

45. As questões que precedem não esgotam a problemática da "qualidade" da legislação comunitária e da sua capacidade de adaptação à complexidade e à rapidez das transformações, sobretudo no domínio económico. Os procedimentos de tomada de decisão são considerados excessivamente pesados e lentos, ao passo que o seu resultado é frequentemente acusado de rigidez e de prolixidade. Consideram alguns que este estado de coisas justificaria uma maior delegação em benefício da Comissão e das instâncias nacionais, outros crêem que o mesmo aponta para uma maior tomada em conta e para a adaptação aos novos mecanismos de auto-regulação dos operadores económicos ²¹
46. Desde há vários anos, as instituições europeias – e em particular a Comissão – têm vindo a reflectir sobre as questões da simplificação e da racionalização do ambiente regulamentar. Mais recentemente, esta reflexão foi incentivada pelo Conselho Europeu, que, no âmbito do processo de Lisboa, pediu às instituições europeias e aos Estados-Membros, que estabelecessem "uma estratégia a fim de simplificar o ambiente regulamentar, incluindo o desempenho da administração pública, tanto a nível nacional como comunitário". É também

²⁰ Ver relatório Poos sobre a reforma do Conselho.

²¹ Ver, no que toca ao sector dos serviços financeiros, o relatório Lamfalussy, bem como a resolução do Conselho Europeu de Estocolmo.

neste contexto que se integra o amplo debate sobre a governança²², lançado pela Comissão no ano passado.

47. São os seguintes os pontos mais importantes:

- i) No âmbito dos procedimentos legislativos, é frequentemente referido que a fase de preparação não é suficiente do ponto de vista do impacto sobre os operadores económicos, que prefeririam uma consulta prévia mais aprofundada, nomeadamente quanto à escolha da forma de acção mais adequada. Defende-se também que os instrumentos jurídicos comunitários deveriam ser acompanhados de outras soluções. É exemplo disso mesmo o método aberto de coordenação lançado em Lisboa, destinado a partilhar experiências; outro exemplo é o método de coordenação voluntária, acompanhado da auto-regulação baseada na colaboração entre as partes interessadas. Alguns consideram a co-regulação como uma forma de combinar as vantagens da legislação (segurança jurídica e defesa do interesse geral) com as da auto-regulação, como é o caso das chamadas directivas de "nova abordagem", em que as exigências fundamentais são definidas numa directiva-quadro, podendo as empresas escolher a forma de respeitar essas obrigações.
- ii) A duração do processo legislativo é muito longa. A aprovação de uma medida legislativa exige, em média, mais de um ano e meio. Quando se trata de directivas, o prazo de transposição para o direito interno pode ir até dois ou mais anos suplementares. Estes prazos podem relevar-se incompatíveis com um ambiente económico que, muitas vezes, sofre rápidas transformações.
- iii) Os actos legislativos comunitários são muitas vezes considerados demasiado pormenorizados, o que resulta, com frequência, de compromissos difíceis dentro das instituições e entre instituições. A transposição das directivas e a aplicação dos actos comunitários em geral nos Estados-Membros podem dar lugar a complexidades, divergências e atrasos adicionais. A Comissão está actualmente a elaborar uma proposta de método de consulta com os Estados-Membros destinada a melhorar a aplicação da legislação, a eliminar as incoerências e, sobretudo, a facilitar a sua adaptação às mutações económicas ou técnicas. Poder-se-ia, designadamente, solicitar aos Estados-Membros que elaborassem periodicamente quadros de concordância das medidas nacionais com a legislação comunitária.

²² Ver Livro Branco sobre a governança (COM(2001) 0428 final)

iv) A avaliação e a revisão dos actos existentes é considerada como um outro domínio de acção coordenada da Comissão, das administrações nacionais e dos operadores económicos e sociais. Está a ser ponderada a introdução nos actos normativos de um mecanismo de revisão (*sunset clause*), sob a forma de prazo para a revisão do acto.

48. Seriam ainda de referir os esforços que há muito vêm sendo envidados no sentido da reformulação e da codificação do direito comunitário. Estão em curso há vários anos iniciativas de simplificação da legislação existente nos domínios agrícola e do mercado interno (iniciativa SLIM). São lentos os progressos registados.
