

NOTA

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

Junto se envia, à atenção dos membros da Convenção, a 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 (CONV 50/02), completada por uma quarta parte em que são traçadas as pistas de reflexão apontadas pelo debate havido na Convenção em 23 e 24 de Maio de 2002.

NOTA DE REFLEXÃO

Assunto: **Instrumentos jurídicos: sistema actual**

Resumo

1. O tema dos instrumentos jurídicos vem no seguimento lógico do das competências: uma vez tomada a decisão de mobilizar uma determinada competência, há que determinar *quem* e *como* pode fazê-lo, 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.

Uma quarta parte aborda as pistas de reflexão apontadas pelo debate havido na Convenção.

2. A nota apresenta uma breve panorâmica do desenvolvimento no tempo da lista de instrumentos de que dispõem a União e a Comunidade, referindo-se à sua forma e efeitos.

- Começa por explicar a classificação inicial prevista no artigo 249.º do TCE (decisão, regulamento, directiva, recomendação e parecer), referindo que o legislador tem ampla liberdade de escolha entre estes instrumentos, caso a caso.
- Salienta-se em seguida que, para além da classificação contemplada 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. Constituirá esta multiplicação de instrumentos 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:
 - 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.
 - Conselho pode igualmente, em casos específicos, reservar para si o direito de exercer directamente competências de execução".
7. Esta ausência 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. Seria conveniente consagrar alguns destes mecanismos nos Tratados?

Introdução

10. O tema dos instrumentos jurídicos vem na 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 e como deve fazê-lo, 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;
- IV. Pistas de reflexão

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 designações idênticas aos dos referidos 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 como instrumentos de interpretação.)
13. No que respeita aos actos vinculativos, a decisão "é obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que designar", constituindo pois um acto individual, sem alcance geral; já as directivas e 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 lhes 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, muitos são os que vêem na directiva um meio de legislar mais de acordo com o princípio da subsidiariedade. Pode argumentar-se, porém, 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

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).

uma certa preferência às directivas em detrimento dos regulamentos, 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". No entanto, afigura-se que cada instrumento tem as suas vantagens: 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 homogênea, indispensável em determinadas áreas.

15. Salvo algumas excepções ⁴, o Tratado dá ao legislador a faculdade 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 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, com efeitos jurídicos frequentemente difíceis de identificar. Trata-se, por exemplo, das "orientações", 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 Alguns fundamentos jurídicos 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 os instrumentos a que recorrem 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 das 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 qualificada⁹. 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-Membros. 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 adaptados 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. Se é certo que o poder legislativo está atribuído 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, o poder executivo, 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. Poder legislativo

30. O poder legislativo, entendido como a capacidade de tomar decisões em matéria de direito derivado (regras de segundo nível) em aplicação do Tratado, é exercido 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. O poder legislativo não é definido pelos Tratados. O Tratado CE faz referência à 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 determinado procedimento a 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, ao passo que a sua participação nos processos 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

¹¹ Artigos 42.º, 47.º e 151.º.

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.

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 por isso havido quem sugerisse que se estabelecessem 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. Ao invés, cada Conferência Intergovernamental veio redobrar 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 estabelece distinção 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, englobando ambos na noção "de execução", na acepção dos artigos 202.º e 211.º do Tratado CE.

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.

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, ao que se previa, poderiam submergi-lo dado o volume de trabalho que a legislação relativa ao mercado interno arrastaria consigo. Mas a legislação comunitária continua a ser muitas vezes criticada por ser demasiado detalhada e demasiado técnica. No entanto, como atrás foi referido, as propostas apresentadas às sucessivas CIG no intuito de 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", não foram aceites.
39. Na realidade, 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 às instituições que detêm a competência legislativa determinar se – e em que medida – se deve recorrer a regras de execução, pelo que são elas quem decide, caso a caso, do grau de

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.

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 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. Há quem pense que chegou a altura de consagrar nos Tratados uma hierarquia de normas clara e explícita. Poderiam 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 de comitologia. Esta decisão veio substituir a decisão de 13 de Julho de 1987.
42. Um dos objectivos da Decisão de 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

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.

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 aquelas se transformaram, com o decorrer do tempo, num factor de complexidade.

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. O que antecede não esgota a problemática da "qualidade" da legislação comunitária e da sua capacidade de adaptação à complexidade e à rapidez das transformações, sobretudo no domínio económico. Se os procedimentos de tomada de decisão são considerados excessivamente pesados e lentos, o seu resultado é muitas vezes criticado pela sua rigidez e 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 dos novos mecanismos de auto-regulação dos operadores económicos, e para uma maior adaptação a estes últimos 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 neste contexto que se integra o amplo debate sobre a governação ²², lançado pela Comissão no ano passado.

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.

²² Ver Livro Branco sobre a Governança (COM(2001) 428 final).

47. De entre os pontos pertinentes, destaquem-se os seguintes:

- i) No âmbito dos procedimentos legislativos, alega-se com frequência 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. Advoga-se também que os instrumentos jurídicos comunitários devem 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) O processo legislativo é muito demorado. 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;

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 a fim de reformular e codificar o 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.

=====

IV. Pistas de reflexão emanadas do debate havido na Convenção

49. A Convenção debruçou-se sobre as questões tratadas na presente nota, nomeadamente, por ocasião da sessão plenária de 23 e 24 de Maio de 2002. À luz das considerações, pretensões e críticas formuladas pelos Convencionais, é possível traçar algumas pistas de reflexão:

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

Os instrumentos jurídicos devem ser simplificados e racionalizados?

50. A grande maioria dos Convencionais criticou a excessiva proliferação dos instrumentos de que dispõe a União para exercer as suas competências. Por conseguinte, insistiram na necessidade de os racionalizar, redefinindo-os, simplificando-os e reduzindo o seu número, mas também revendo as actuais denominações.

51. Criticando a estrutura em pilares dos tratados em vigor, muitos Convencionais defenderam a uniformização dos instrumentos dos três pilares ou, pelo menos, do primeiro pilar (comunitário) e do terceiro (cooperação em matéria penal), domínios em que foi realçada por muitos deles a inadequação dos instrumentos. Neste sentido, foi referida a necessidade de preservar as características únicas do direito comunitário e dos seus instrumentos, nomeadamente, a primazia e o efeito directo.

Os instrumentos devem ser catalogados consoante a intensidade da acção da União?

52. Muitos criticaram o excesso de pormenores que, em muitos casos, em seu entender, caracteriza a actual legislação. Foi, por outro lado, preconizado um maior recurso à legislação-quadro. Houve quem considerasse que conviria estabelecer uma classificação dos tipos de intervenção da União consoante a intensidade (regulamentação de aplicação uniforme, harmonização completa ou mínima, reconhecimento mútuo, coordenação vinculativa ou "aberta"). Em contrapartida, são muitos os Convencionais que consideram impossível estabelecer uma correlação entre os tipos de instrumentos jurídicos (regulamentos, directivas, decisões, etc.) e as categorias de competências (exclusivas, partilhadas, complementares) ou a intensidade da acção da União. De facto, pode por exemplo haver necessidade de recorrer a regulamentos para proceder ao reconhecimento mútuo ou para um modesto programa financeiro.
53. Alguns propuseram que se alterasse a denominação dos instrumentos, a fim de exprimir melhor o seu carácter (a título de exemplo, falou-se de "leis" e "leis-quadro").

Modus operandi das instituições

Os actuais procedimentos asseguram a legitimidade, a eficácia e a transparência do processo decisório? Devem ser simplificados?

54. Muitos Convencionais reconheceram que são desejáveis melhoramentos substanciais quanto à eficácia e à legitimidade dos processos de tomada de decisão da União. Neste sentido, vários deles salientaram a necessidade de simplificação dos procedimentos (e, nomeadamente, de limitar a sua duração) e de redução do seu número.
55. No entanto, outros fizeram notar que o objectivo da simplificação teria forçosamente limites numa União caracterizada pela diversidade e que conviria manter a originalidade do seu processo decisório, devendo o objectivo primordial ser antes o de tornar os procedimentos mais transparentes e compreensíveis para os cidadãos.

Que elementos dos procedimentos devem ser alterados?

56. Vários membros da Convenção defenderam um alargamento do direito de voto por maioria qualificada. Na opinião de alguns, a unanimidade poderia ser substituída pelo recurso a uma maioria sobrequalificada.
57. A grande maioria dos membros da Convenção defendeu o reforço do elemento parlamentar no processo decisório da União. A este propósito, alguns evocaram a necessidade de um papel mais activo dos parlamentos nacionais nesse processo, e outros a necessidade de reforçar os poderes do Parlamento Europeu, nomeadamente mediante o alargamento, ou mesmo a generalização, do seu papel enquanto co-legislador.
58. Foi também abordada pelos Convencionais a questão da manutenção das prerrogativas da Comissão em matéria de iniciativa legislativa. Alguns manifestaram-se a favor da concessão do poder de iniciativa ao Parlamento Europeu; parte deles preconizou até que esse poder seja alargado aos parlamentos nacionais e/ou ao Conselho. Outros rejeitaram todavia estas propostas, defendendo a manutenção do direito de iniciativa exclusivo da Comissão.

Deve ser estabelecida uma hierarquia mais clara das normas? É necessário estabelecer uma distinção mais precisa entre o que se insere no domínio legislativo e o que é do âmbito executivo?

59. Muitos Convencionais defenderam o estabelecimento de uma hierarquia mais clara das normas, tendo alguns preconizado a criação de "leis orgânicas" como novo instrumento reservado às disposições de natureza quase constitucional.
60. Além disso, alguns consideraram que deve ser instaurada uma verdadeira separação de poderes; a este propósito, foi salientada a necessidade de diferenciar mais as normas legislativas das normas de execução.

61. Há que corrigir a complexidade e a opacidade do actual sistema de "comitologia". A este respeito, alguns manifestaram-se a favor de uma redução considerável do número de comités e de uma maior transparência dos seus trabalhos, outros preconizaram o reforço ou a criação de novos mecanismos de controlo da acção executiva da Comissão pelo legislador.

Qualidade da legislação

Como melhorar a qualidade da legislação?

62. Alguns Convencionais debruçaram-se sobre a importância de uma regulamentação de qualidade. Neste contexto, foram evocadas diversas questões, nomeadamente a necessidade de intensificar a consulta aos meios interessados no decorrer do processo legislativo, bem como a importância do papel das associações e das organizações representativas dos meios interessados enquanto "interface" entre os cidadãos e os políticos.
63. Na opinião de alguns, deveria recorrer-se mais frequentemente a métodos de "auto-regulamentação" pelos próprios sectores interessados ou de "co-regulamentação" através da colaboração entre esses sectores e as autoridades públicas, a fim de aligeirar o processo decisório em determinadas áreas. Para outros, haveria que criar novos métodos de acção, como a coordenação aberta, assentes nos tratados.
64. Vários membros da Convenção afirmaram que o Conselho e o Parlamento Europeu deveriam seguir o exemplo da Comissão e associar-se à sua estratégia de melhoramento da qualidade da regulamentação.

*

* *

65. Em última análise, os Convencionais deram conta de uma sensação de desordem nos instrumentos de que a União e a Comunidade dispõem para desempenhar as suas missões, o que suscita toda uma série de interrogações:

Simplificar e clarificar os instrumentos

- *Serão necessários tantos instrumentos? Haverá que catalogar numa única disposição, e de forma exhaustiva, os instrumentos de que a União dispõe, com uma definição precisa do seu alcance jurídico? Importa inserir nos tratados e, por conseguinte, clarificar os efeitos de determinados instrumentos consagrados pela prática das instituições?*
- *Os instrumentos dos três pilares, e os respectivos efeitos jurídicos, devem ser uniformizados nesse catálogo? Poderá, pelo menos, ponderar-se a hipótese de harmonizar os instrumentos da JAI com os do pilar comunitário?*
- *Há que estabelecer uma correlação entre os instrumentos jurídicos e a intensidade da acção da União/Comunidade? Ou devem eles ser classificados consoante os diferentes tipos de competências? Ou haverá antes que tentar associar certos tipos de intervenção à intensidade da acção?*
- *A denominação dos instrumentos deve ser alterada para uma melhor percepção dos seus efeitos e do seu alcance? Será pertinente prever uma denominação especial para as normas de execução?*
- *Poderá conceber-se a hipótese de os tratados limitarem os actos legislativos aos princípios gerais e às regras fundamentais, sendo os aspectos técnicos e de pormenor remetidos para as normas de execução? Ou será de incentivar o legislador a recorrer mais frequentemente à delegação das funções normativas na Comissão, prevendo um direito de avocação que lhe permita exercer um controlo eficaz das normas de execução?*
- *Será de ponderar a hipótese de simplificar ainda mais os procedimentos de comitologia? A ponto de os reduzir às funções consultivas?*

Melhorar os procedimentos de aprovação dos instrumentos jurídicos

- *Pode pôr-se a hipótese de reduzir o número de procedimentos, e até de os simplificar? Há que prever regras gerais? Haverá que generalizar a votação por maioria qualificada? A co-decisão? Que matérias ficariam reservadas para a unanimidade, e em função de que critérios? Tratando-se de domínios sensíveis, será de prever uma maioria sobrequalificada, em vez da unanimidade?*
- *Haverá conveniência em definir nos tratados as funções legislativa e executiva, especificando as instituições que as exercem, e em que medida o fazem? Deve ser feita uma distinção mais clara entre os actos legislativos e as normas de execução, e deve essa distinção ser explicitada na denominação dos actos? Pode pôr-se a hipótese de consagrar nos tratados uma hierarquia clara e explícita das normas?*
- *No âmbito dessa hierarquia, deverá estabelecer-se uma correlação entre os procedimentos decisórios e os diferentes níveis das normas? Os instrumentos jurídicos devem ser classificados não só em função da forma e dos efeitos, mas também consoante o processo de aprovação?*

Qualidade da regulamentação

- *De que modo pode o ambiente regulamentar ser melhorado? Há que privilegiar o recurso aos mecanismos informais já utilizados na prática? Ou será de considerar um processo mais profundo de reforma dos tratados? Convirá inserir nos tratados alguns desses mecanismos informais?*