

CARLOS BOTELHO MONIZ

"Terão de ser os advogados a suscitar as questões do Direito da União Europeia"

Professor e advogado especializado em contencioso comunitário, Botelho Moniz afirma que há falta de sensibilidade dos advogados e magistrados para as questões do Direito da União Europeia

TEXTO ANA ISABEL CABO FOTOS RUI MARTO

Há mais de 20 anos que o debate intelectual entre as partes e as exigentes audiências de julgamento no Tribunal de Justiça da União Europeia (UE) fascinam Carlos Botelho Moniz. O advogado considera ser muito difícil conceber o sistema jurídico português sem o articular com o da UE

Como vê hoje o ensino do Direito Comunitário? Deveria ser-lhe atribuída mais importância?

Julgo que sim. Nas licenciaturas deveria, apesar da evolução positiva que já se verificou nesse domínio, ser dada mais importância ao Direito da União Europeia. Hoje é muito difícil conceber o nosso sistema jurídico sem o articular com o da União. As incidências são transversais; há muitos aspectos do Direito da União que são tratados nas disciplinas próprias. Por exemplo, não é possível estudar o direito fiscal, nomeadamente nos impostos indirectos, sem ter em consideração todo o domínio da harmonização legislativa já realizada, e o mesmo no que diz respeito ao direito do ambiente ou ao direito administrativo, no que toca à contratação pública.

Sente que os alunos estão receptivos ao aprofundamento do Direito da União Europeia?

Os meus alunos são já de mestrado, o que significa que pelas suas próprias escolhas estão muito interessados nestas matérias. Aqui no escritório também vejo, através das provas dos licenciados, que querem fazer o estágio, que há um conhecimento bastante significativo destas áreas.

Há formação suficiente nesta área para os advogados?

Ainda falta formação e sensibilidade, apesar de já estarmos na Comunidade e União há 25 anos, que é um período relativamente longo. Inevitavelmente, terão de ser os advogados, no tratamento das questões dos seus clientes, a suscitar as questões do Direito da União. Os tribunais não podem decidir com base em disposições do Direito da União se elas não forem adequadamente colocadas pelos advogados nos processos em que patrocinam os seus clientes. As interações são muitas.

As situações de reenvio prejudicial utilizadas pelos tribunais são muito poucas em Portugal... Há alguma resistência?

São poucas dezenas de casos em cada ano. Não haverá resistência em termos de princípios, haverá um processo de progressiva aculturação e compreensão de que há muitas questões no âmbito da ordem jurídica portuguesa que não podem ser resolvidas fora do contexto comunitário. É essa sensibilidade, tanto da parte dos juizes como dos advogados, que ainda falta. Para que os tribunais decidam é preciso que as questões sejam suscitadas de forma adequada pelas partes.

A preparação dos magistrados no CEJ deveria contemplar mais esta vertente?

A formação no CEJ já contempla uma sensibilização para as matérias do Direito Comunitário, embora não de uma maneira

rá tão intensa como deveria ser o caso. Também aí há espaço para se fazer melhor do que se tem feito até agora.

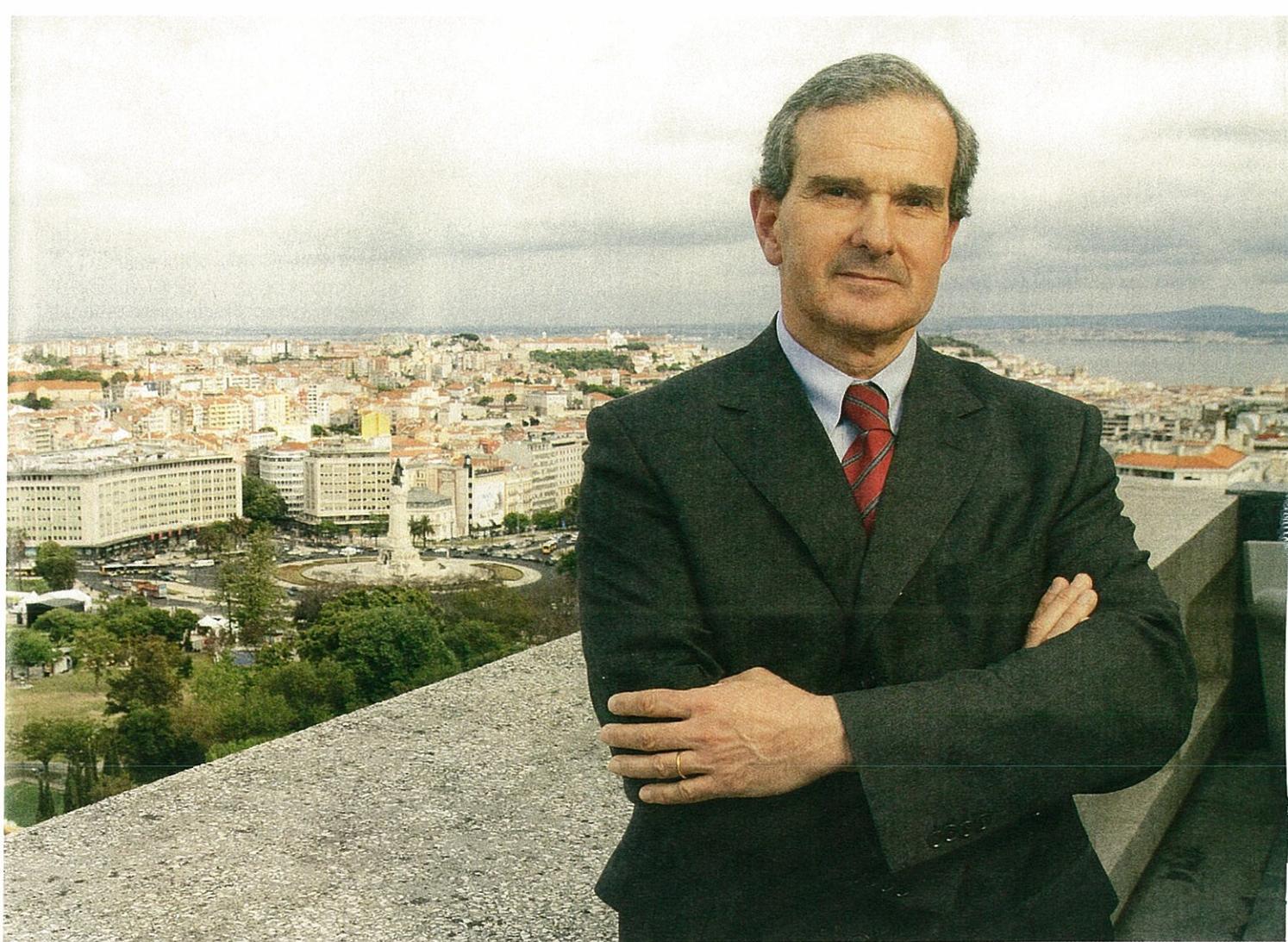
Como compara Portugal com outros países europeus nesta área?

Julgo que Portugal não compara mal. Do contacto que tenho com colegas de outros países, penso que os problemas não se colocam de modo diferente. O processo de interacção do sistema nacional com o sistema da União é um processo muito moroso, leva muito tempo a vencer as resistências culturais e intelectuais. Em muitos países, as implicações do Direito da União são vistas como uma espécie de intrusão no espaço próprio do sistema jurídico nacional, e muitas vezes há dificuldade em compreender que os sistemas nacionais estão integrados sob o chapéu de um conjunto de regras comuns que fazem o cimento do sistema da União Europeia. Podemos fazer muito melhor do que temos feito. É na formação que se deve apostar, porque é ela que nos dá a sensibilização para os temas.

Como avalia a relação entre a jurisdição nacional e a jurisdição comunitária?

A relação está normalizada e os tribunais portugueses conhecem o sistema, conhecem o mecanismo do reenvio. Temos tido processos por parte do Supremo Tribunal Administrativo, o que é compreensível porque é no quadro do litígio entre os particulares e a Administração que se colocam historicamente, de forma mais nítida, as incidências do Direito da União Europeia. O STA é uma das instâncias que mais tem interpelado o Tribunal de Justiça e que mais tem incorporado, nomeadamente em termos de contratação pública, as incidências do Direito da União.

O MERCADO VAI ACABAR POR DETERMINAR QUEM TEM CONDIÇÕES PARA CONTINUAR NELE



Portugal tem sido um bom aplicador do Direito Comunitário?

Portugal não estará em termos de transposição de directivas aprovadas pelo Conselho e pelo Parlamento Europeu, nem nas melhores nem nas piores posições. Estará num nível intermédio, e não se distingue de forma particular nem por ser especialmente diligente nem por ser especialmente relapso. Está numa situação média, que é comum a muitos outros Estados membros.

Que implicações pode vir a ter o Tratado de Lisboa?

Na área do contencioso comunitário, traz algumas novidades importantes; a mais importante, como advogado, é a nova redacção que dá a uma disposição, o art. 263, que vem alargar as condições de acesso dos particulares ao tribunal geral relativamente à impugnação directa de actos das instituições da União Europeia. Em termos simples, não são apenas os actos de que o particular seja o destinatário directo ou que lhe digam respeito directa e individualmente, mas também os actos regulamentares que não careçam de medidas de execução, que podem agora ser objecto de impugnação directa. Um

acto normativo de carácter regulamentar - que não seja um acto normativo da União -, desde que afecte directamente o recorrente, passa a ser susceptível de impugnação directa. O controlo judicial será, assim, de melhor qualidade.

Tem litigado muito no Tribunal de Justiça. Nunca se sentiu tentado a estar do lado do tribunal?

Não depende de mim... a minha perspectiva é a do advogado, a do mandatário que representa uma das partes em litígio. Tenho construído o meu percurso profissional por essa via. O contencioso, quer perante o Tribunal de Justiça quer anteriormente, perante o tribunal de 1.ª instância, é dos aspectos da minha vida profissional que considero mais fascinantes e mais interessantes. Se as circunstâncias permitissem que a questão se colocasse, teria que a analisar, mas não é esse o caso.

O que é mais fascinante?

Acho que, do ponto de vista do processo, a parte que me surpreendeu mais e tem sido mais interessante é o debate intelectual entre as partes quanto à interpretação do Direito. As configurações das audiên-

cias de julgamento são extremamente exigentes. Temos de ir com o processo extremamente bem preparado, uma vez que o tribunal interpela os mandatários das partes sobre as soluções jurídicas que propõem. Há um debate muito exigente, mas muitíssimo interessante, com regras precisas em termos de tempos de resposta.

São audiências longas?

Não duram mais do que um, dois dias, mas são muito intensas, exigindo capacidade de responder às perguntas do tribunal *on the spot*, como se costuma dizer. Numa audiência de julgamento cível em Portugal ou noutros Estados membros não há um debate perante o tribunal sobre a própria interpretação e aplicação do Direito.

Quais foram os casos que mais o marcaram?

São vários. Nos anos 90, um processo desencadeado pela Comissão Europeia sobre o que se designou por “Cartel dos Cimentos” deu origem a uma decisão condenatória e a recursos apresentados pelas empresas. Foi um processo muito exigente e complicado sobre a aplicação ▶

das regras relativas aos acordos restritivos da concorrência e em que se debateram questões relativas aos direitos de defesa da empresas no âmbito dos processos de concorrência, com características próximas dos processos contra-ordenacionais. Esse foi um processo difícil e complexo. Também no domínio do Direito da Concorrência, recordo-me de uma audiência sobre a apreciação da legalidade do sistema Eurovisão e do acesso dos operadores privados à luz das regras da concorrência, também com um conjunto vasto de partes e operadores de vários Estados, não só de Portugal, mas também de França, Espanha...

Nestes grande casos já se sentiu alvo de pressões?

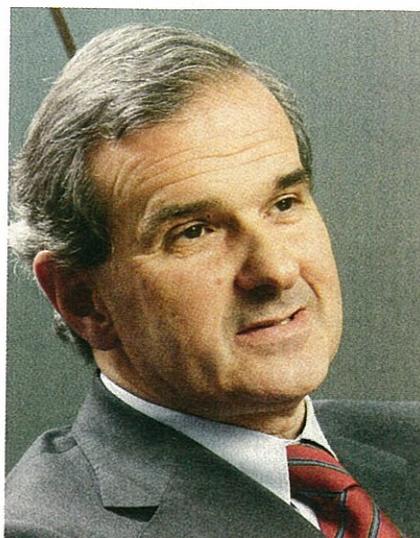
O foco é a defesa do cliente, nunca estive sujeito a qualquer pressão anómala.

Lida no Tribunal de Justiça com juízes de vários países, com culturas diferentes...

Há um aspecto importante, que é o regime linguístico. Nos processos em que tenho participado, o processo decorre em português, que é uma das línguas oficiais do tribunal. Mas em muitos casos os juízes não percebem a língua do processo e é necessário utilizar o sistema da interpretação simultânea. Da parte dos advogados, é essencial ter a noção de que a sua mensagem está a ser intermediada pelo sistema de interpretação, o que obriga a uma disciplina muito grande na estruturação das alegações.

E quanto à forma de julgar?

Não diria que há uma maneira diferente de julgar, mas sim uma abordagem do



processo que é feita de forma diferente. É receptível na forma como os juízes conduzem o interrogatório. Há os juízes anglo-saxónicos, sempre preocupados com a factualidade e com o caso concreto e as circunstâncias particulares de cada caso, e os juízes continentais, mais preocupados com os conceitos e com o enquadramento mais conceptual dos temas. Uma vez que não há votos de vencido nas deliberações do Tribunal de Justiça, não é possível apreender quem se inclinou num sentido ou noutro. As deliberações são assumidas pelo colectivo.

Acha que deveriam ser tomados públicos os votos de vencido?

Penso que sim. Compreendo que numa fase inicial de um sistema jovem e novo era uma defesa da própria instituição. Hoje, passados 50 anos, acho que haveria vantagem e seria uma prova de maturidade

do sistema se fossem explicitadas as opiniões e eventuais opiniões divergentes.

Também tem trabalhado com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). Para um advogado, o que é que é mais estimulante?

Tenho sentido como mais interessante a minha prática profissional nos tribunais da União Europeia, porque se trata de tribunais que exercem o controlo judicial sobre a actuação de instituições comuns de uma administração europeia e também sobre o cumprimento por parte dos Estados membros de obrigações que decorrem dos tratados. Há uma relação muito directa entre o objecto do processo e a realidade económica e política adjacente. No TEDH, o que está em causa é um controlo sobre o controlo que já foi exercido pelos tribunais nacionais relativamente a situações que possam envolver uma violação das disposições da Convenção. É claro que o tribunal tem uma função muito importante, mas exerce um controlo mais mediato e indirecto. Para além disso, a relação entre o tribunal e as partes tenho-a sentido como muito mais distante do que a relação entre os tribunais da UE e as partes no processo. São limitadas as situações em que há audiência, normalmente decide-se no âmbito do processo escrito e isso faz toda a diferença. A oralidade, embora submetida a regras, é essencial para uma boa aplicação do Direito.

Os portugueses recorrem ao TEDH?

Tem havido uma maior sensibilização, há muitos colegas que são sensíveis à aplicação do Direito da Convenção em Portugal. A sensação que tenho é que tem crescido o número de casos de portugueses neste tribunal.

Ganhou recentemente um caso em que estava em causa uma situação de liberdade de expressão envolvendo um jornalista de um canal privado. Que importância é que pode ter este acórdão?

Está inserido numa linha de jurisprudência em que o tribunal afirma a importância da liberdade de expressão como elemento essencial do Estado de Direito democrático. Não é absoluto, tem alguns limites, mas deverá ter uma expressão muito ampla. No acórdão, o tribunal foi muito claro ao dizer que os limites à liberdade de expressão existem e que devem ser respeitados, mas

CURRICULUM

Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1976), com certificado de Altos Estudos Europeus/Direito Comunitário (Colégio da Europa, 1979) e mestrado em Ciências Jurídico-Económicas. Advogado especialista em Direito Europeu e da Concorrência (título conferido pela Ordem dos Advogados em 2005). Inscrito desde 1980 na Ordem dos Advogados. Membro fundador da União dos Advogados Europeus. Vice-presidente do Conselho Directivo da Associação Portuguesa de Direito Europeu. Regente de Contencioso Comunitário na Faculdade de Direito e no Instituto de Estudos Europeus da Universidade Católica Portuguesa. Presença frequente em sessões de trabalho, seminários e conferências sobre a problemática da integração europeia.

Associações profissionais: Ordem dos Advogados (inscrito desde 1980). Membro fundador da União dos Advogados Europeus. Vice-presidente do Conselho Directivo da Associação Portuguesa de Direito Europeu.

não devem colocar em causa o essencial da liberdade de expressão como pilar do Estado de Direito democrático. Foi um acórdão muito importante, espera-se que as autoridades judiciárias extraíam as ilações dessas conclusões.

A morosidade processual é outra das situações que leva muita gente a recorrer ao TEDH...

Essa é uma questão de fundo. Há necessidade de fazer uma grande reforma das leis processuais; há que simplificar muito o processo, de forma a manter o equilíbrio entre o rigor da tramitação e a salvaguarda dos direitos processuais das partes, sem fazermos do processo e do respeito das regras processuais o essencial. Deve ser acessório, instrumental em relação à procura da verdade imaterial.

Há quem aponte que as decisões do TEDH pecam por morosidade...

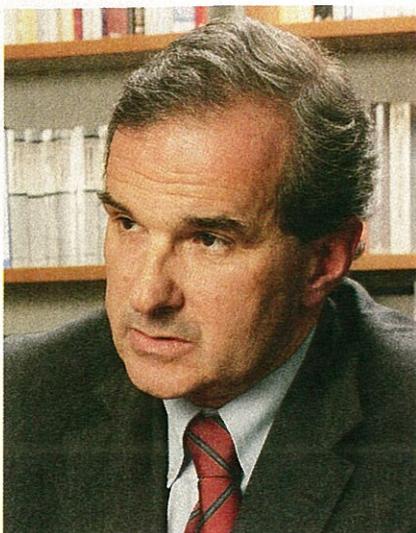
O problema da morosidade está relacionado também com a maior abertura do sistema; temos que fazer uma gestão difícil entre a rapidez da decisão e a maior abertura do acesso. É verdade que os processos no TEDH estão a demorar muito tempo. Tem muito a ver com o aumento muito grande de processos nos últimos anos sem ter havido uma reforma adequada dos métodos de trabalho do tribunal

Em média, quanto tempo?

É difícil termos uma decisão em menos de três anos, o que é muito. Nos tribunais da União Europeia, embora os tempos de decisão não sejam tão longos, também temos um problema no que toca às decisões prejudiciais. Quando o Tribunal de Justiça leva 18 meses a responder a uma questão prejudicial é um desincentivo para os tribunais dos Estados, porque isso implica suspender a instância no plano interno e ficar a aguardar uma resposta para se decidir o caso concreto.

O que pode ser feito no caso do Tribunal de Justiça para acelerar os processos?

Estão a ser feitas várias coisas e os tempos de resposta já se reduziram nos últimos anos. Uma das coisas foi a desconcentração de competências e a criação do tribunal da 1.ª instância, a criação de tribunais especializados, a perspectiva da criação de um tribunal da propriedade intelectual. A ideia é reorganizar o sistema de forma que muitos processos que eram decididos



A TENTAÇÃO DOS GOVERNOS PARA MUDAR A REALIDADE ATRAVÉS DA MODIFICAÇÃO DAS LEIS É ENORME

pelo Tribunal de Justiça sejam decididos por instâncias inferiores e só em eventual recurso sejam apreciados por aquele. Por outro lado, há um dado muito positivo: dos acórdãos do Tribunal Geral não haverá mais do que uns 20% a 30% que são objecto de recurso, o que significa que as decisões são bem fundamentadas e sólidas.

Para além da morosidade da justiça portuguesa, que outros aspectos apontaria?

Temos um problema muito grande relacionado com a morosidade, e esta tem consequências muito negativas do ponto de vista social, económico e da credibilidade do sistema. É indispensável que haja uma boa conjugação de esforços de todos os intervenientes do sistema para que encontrem as melhores soluções. Temos de modificar os mecanismos de gestão dos tribunais, pensar o sistema em função dos utentes da justiça, do cidadão e das empresas, e não pensar tanto nos interesses dos profissionais que servem o sistema. É com esta modificação de enfoque que se tem de encontrar soluções. Há problemas ao nível das regras de processo, há problemas ao nível da gestão concreta do sistema, e se não atacarmos essas duas vertentes é muito difícil sairmos do impasse em que estamos.

Como perspectiva hoje a advocacia?

Acho que há espaço para todas as formas de advocacia, desde a advocacia em prática individual até à advocacia dos advogados de empresa, passando pela advocacia das sociedades de grande dimensão como a nossa sociedade ou sociedades de menor dimensão. Houve, de facto, uma massificação enorme da profissão em função do que foi a explosão das licenciaturas em Direito nos últimos anos. O mercado vai acabar por determinar quem é que tem condições para continuar nele ou não.

Qual o papel que deverá ter a Ordem dos Advogados?

A Ordem, bem ou mal, tem procurado estabelecer critérios e padrões, tem definido um sistema mais exigente de acesso à profissão. Não deve é haver um nível de exigência mais baixo em relação à advocacia do que há em relação a outras profissões jurídicas como a magistratura, tanto os magistrados do MP e judiciais como os advogados são elementos essenciais para o bom funcionamento do sistema. Os esforços que a Ordem faça para estabelecer patamares exigentes ao nível da competência técnica e do cumprimento das regras deontológicas parecem-me de saudar. Agora temos é de ter regras claras e exigentes e que as pessoas conheçam à partida.

Como vê actualmente a Ordem?

A Ordem é uma peça essencial, o corpo profissional que representa os advogados, o momento actual não é um momento feliz, os desentendimentos que têm ocorrido entre as várias instâncias da OA não contribuem para uma representação sustentada e forte da nossa classe. Não me parece que seja possível construir soluções adequadas sem os advogados e sem a sua Ordem. É um actor essencial na modificação do sistema.

Que conselho daria a quem se inicia na advocacia?

Trabalho aturado. Os jovens licenciados devem encarar a profissão com uma grande exigência, devem estar disponíveis para realizar a formação permanente que o exercício da advocacia hoje exige. Não podemos ter a ilusão de que saímos das escolas com a formação necessária. Encarar a profissão com muita exigência e rigor, não perder nunca o sentido do respeito pelas regras deontológicas. ■