10.47345/AYKM9289

Direito Europeu

As Formalidades Essenciais da União Europeia enquanto Direitos de Defesa e de Participação - Estudo sobre o Direito a uma Boa Administração[1]
The Essential Procedural Requirements of the EU as Defence and Participation Rights - Study on the Right to a Good Administration

Rafael Oliveira Afonso[i]

[i]Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Portugal

Resumo:

Este estudo tem como objeto as formalidades essenciais decorrentes do direito a uma boa administração. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia subsume-as ao princípio do respeito dos direitos de defesa. Será que essa qualificação é congruente com as (in)consequências que o Tribunal retira da sua violação? É na resposta a essa interrogação que se propõe a qualificação dessas formalidades enquanto direitos de participação.

Palavras-chave: Direito da União Europeia; violação de formalidades essenciais; direito a uma boa administração; direitos de defesa; direitos de participação.

Abstract:

This paper focuses on the essential procedural requirements arising from the right to a good administration. The case-law of the CJEU subsumes them to the principle of respect for the rights of the defence. Is this qualification consistent with the (in)consequences that the Court draws from its violation? By answering this question it's proposed the qualification of those procedural requirements as participation rights.

[1]O presente texto, ora adaptado, corresponde ao relatório de mestrado apresentado no âmbito da unidade curricular de Contencioso da União Europeia, sob a orientação do Prof.º Doutor Rui Tavares Lanceiro, no ano letivo de 2018/2019. A redação é conforme ao novo acordo ortográfico.

Keywords: European Union Law; infringement of an essential procedural requirement; right to a good administration; rights of defence; participation rights.

Submissão: 24/10/2020

Aceitação: 20/11/2020

1. Introdução

A presente investigação incide sobre as formalidades essenciais do Direito da União Europeia cuja violação fundamenta um pedido de anulação, nos termos do § 2.º do artigo 263.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante, TFUE). Conquanto, não nos ocuparemos de todas as formalidades essenciais, apenas daquelas a que o Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, TJUE) eleva a direitos de defesa. E, por sua vez, focar-nos-emos nos direitos de defesa que correspondem a vertentes do direito a uma boa administração - artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante, CDFUE).

Optou-se por delimitar o estudo das formalidades essenciais em torno desses direitos, em particular, do direito de audiência, do direito de acesso ao processo e do direito à fundamentação[2], por serem esses direitos que melhor demonstram a incoerência da jurisprudência do TJUE quando chamado a pronunciar-se sobre a sua violação.

Com este objeto de estudo, assumem-se dois objetivos. Por um lado, tecer algumas considerações críticas ao método que a magistratura da União empreende para aferir se uma formalidade essencial foi violada. Esta abordagem crítica será distribuída em duas etapas: um primeiro momento, a título genérico, e uma segunda fase concentrada nas formalidades essenciais enquanto direitos de defesa. Por outro lado, procurar-se-á identificar uma dimensão participatória nos direitos supra identificados.

Os direitos de defesa são já conhecidos da jurisprudência europeia. Pelo contrário, os direitos de participação ainda não foram alvo do labor pretoriano. Ora, face a este "terreno desconhecido" que razão nos conduziu a privilegiar um estudo sobre os direitos

[2] Excluem-se da nossa análise os direitos previstos nos n.ºs 1, 3 e 4 do artigo 41.º da CDFUE. Com efeito, não encontrámos do vasto acervo jurisprudencial europeu, acórdãos que qualificassem essas posições subjetivas como direitos de defesa.

participatórios? A resposta reside em dois motivos. Por um lado, é fulcral olvidar que uma das fragilidades da União Europeia consiste no seu *déficit* democrático e, portanto, a democracia participativa assoma-se como uma forma de combate a esse défice[3](1), criando um "espaço público europeu democrático partilhado"[4]. O segundo motivo apenas será revelado em momento posterior (infra 2.3., V.).

2. Direitos de Defesa e Direitos de Participação

2.1. Direitos de Defesa

I. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia tem proclamado que os princípios gerais de Direito constituem um dos modos de produção e revelação da normatividade europeia. Um desses princípios gerais é o princípio do respeito dos direitos de defesa[5].

Assoma-se, desde logo, duas interrogações: em que consistem os direitos de defesa e onde encontrar o seu fundamento legal?

Tudo indica que a jurisprudência europeia se inspirou na doutrina dos *droits de la défense* do Direito francês. Todavia, a autonomia do ordenamento jurídico da União Europeia (UE) justifica que o seu significado não seja tolhido pela dogmática francófona.

II. Atentando na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia encontra-se uma referência aos direitos de defesa[6](2)(3) na epígrafe do seu artigo 48.º e no n.º 2, *in fine* dessa disposição. Será que o âmbito de aplicação desse normativo coincide com a conceção que o juiz europeu tem outorgado aos direitos de defesa?

A resposta é positiva. Apesar de uma primeira leitura do artigo 48.º da CDFUE conduzir à perceção de que a sua operatividade é recortada aos processos judiciais, a doutrina tem

[3] DULCE LOPES e PAULA VEIGA, "Artigo 11.º TUE", in MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO, *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 54-57, p. 55

[4] DULCE LOPES e PAULA VEIGA, *Tratado de Lisboa*, p. 57.

[5] Acórdão do TJUE, 18 de dezembro de 2008 (Sopropé c. Fazenda Pública), C-349/07, n.º 36: "o respeito dos direitos de defesa constitui um princípio geral do direito comunitário" [disponível em http://curia.europa.eu].

[6] Esta referência à locução "direitos de defesa" na CDFUE é considerada uma exceção rara dos textos normativos internacionais (CEDH, DUDH e PIDCP) que, não obstante, incluírem esse princípio jurídico, não utilizam a referida expressão idiomática. *Vide* M. MICHAŁEK, *Right to Defence in EU Competition Law: The Case of Inspections*, University of Warsaw Faculty of Management Press, Varsóvia, 2015, pp. 30-21, Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, 2013, p. 64, n. 105.

considerado[7](4) que as garantias previstas nesse enunciado são também aplicáveis aos procedimentos administrativos sancionatórios europeus, em particular, aos procedimentos de concorrência (artigos 101.º a 109.º do TFUE)[8](5) (6).

E é esse o entendimento do Tribunal da União ao considerar que o respeito pelos direitos de defesa deve ser assegurado em qualquer procedimento, judicial ou administrativo, tendente à adoção de um ato que afete negativamente a esfera jurídica do seu destinatário[9].

III. Deste aforismo pretoriano inferem-se dois pressupostos caracterizadores dos direitos de defesa. Por um lado, são direitos comuns ao exercício da função administrativa e da função jurisdicional. Por outro lado, são direitos que permitem ao seu titular defender-se face a um ato sancionatório.

Mas não será esta observação contraditória com o artigo 48.º da CDFUE, que alude expressamente, nos seus n.ºs 1 e 3, a um sujeito acusado da prática de uma infração (o arguido)? Esta interrogação é refutável na medida em que o princípio do respeito dos direitos de defesa não se sustenta apenas nesse preceito.

Na verdade, estamos em crer que o referido princípio pode ser perspetivado como um corolário da *rule of law*. A garantia de possibilidade de defesa em relação a uma medida ablativa pode ser interpretada como uma vinculação das autoridades ao imperativo da União de Direito[10] - artigo 2.º do Tratado da União Europeia (doravante, TUE) - que, neste âmbito, visa condicionar o exercício do poder à sua auto e heterojuridicidade, impedindo-o de formular estatuições despóticas e vinculando-o à proteção dos cidadãos e dos seus direitos[11](7) (8).

[7] H. PETER NEHL, "Commentary on Article 48 (Administrative Law)", in S. PEERS *et. al.* (coord.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Londres, Oxford and Portland, 2014, pp. 1277-1301, p. 1277.

[8] Ainda assim KOEN LENAERTS e JAN VANHAMME, "Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process", *Common Market Law Review*, 34, n.º 3, 1997, pp. 531-569, p. 557, n. 79 não deixam de sublinhar que os direitos de defesa têm, intrinsecamente, um carácter penal. No mesmo sentido, I. STEWART FORRESTER, "Due process EC competition cases: A distinguished stitution with flawed procedures", *European Law Review*, 34, n.º 6, 2009, pp. 817-843, pp. 829-830 defendendo a natureza punitiva das multas impostas pela Comissão nos procedimentos de concorrência.

[9] Cfr. Acórdão do TJUE, 18 de dezembro de 2008 *(Sopropé c. Fazenda Pública*), C-349/07, n.º 36.

[10] A expressão de uma União baseada na *rule of law* remonta ao acórdão do TJUE, 23 de abril de 1986 (*Partido Ecologista "Os Verdes" c. Parlamento Europeu*), C-294/83, n.º 23: " a Comunidade Económica Europeia é uma comunidade de direito, na medida em que nem os Estados-membros nem as suas instituições estão isentos da fiscalização da conformidade dos seus actos com a carta constitucional de base que é o Tratado".

[11] Nesta (sucinta) densificação sobre o conteúdo de uma União de Direito, socorremo-nos das explicações das seguintes obras para as quais remetemos para maiores desenvolvimentos: M. LUÍSA DUARTE, *Direito do Contencioso*, Lisboa, AAFDL Editora, 2017, pp. 22-24, A. M. GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, 2.ª ed, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 211-216.

IV. Alguma doutrina justifica os direitos de defesa enquanto uma decorrência do direito ao acesso à justiça e a um processo equitativo ("*due process*")[12](9)(10) - artigo 47.º da CDFUE. Outros asseveram que esse conceito corresponde ao direito a uma audiência justa ("*fair hearing*")[13].

Este último raciocínio representa, a nosso ver, a uma visão redutora: ainda que confinando o significado dos direitos de defesa à aceção prevista no n.º 2 do artigo 48.º da CDFUE não se pode olvidar que o "sentido e o âmbito" (n.º 3 do artigo 52.º da CDFUE) dessa disposição devem ser interpretados no quadro dos n.ºs 2 e 3 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem[14] (doravante, CEDH). Assim sendo, será erróneo equiparar os direitos de defesa apenas ao imperativo da *fair hearing* uma vez que o n.º 3 do artigo 6.º da CEDH inclui nessa categoria outros direitos, para além do direito a ser ouvido.

V. A terminologia do TJUE reporta-se a um princípio do respeito dos direitos de defesa e não a um direito de defesa (o mesmo sucede com o elemento literal do citado artigo 48.º). A utilização do plural denota, por conseguinte, que está em causa um grupo de situações jurídicas ativas[15]. Que direitos são esses?

Ora, a própria nomenclatura da categoria de direitos em análise indicia que estão em causa posições jurídicas que proporcionam ao seu titular, e perdoe-se o pleonasmo, a possibilidade do exercício de defesa. Neste medida, os direitos de defesa surgem, por vezes, referenciados como direitos de contraditório[16] e, por isso, apresentam um nexo de correlatividade, i.e., operam não só em relação à parte que se defende, o demandado (*defendant*) como em relação à parte demandante, o sujeito que acusou (*claimant*) quanto ao que lhe seja oposto pelo primeiro.

Em nosso entender, é inegável que os direitos de defesa sejam corolários da regra da contraditoriedade[17]. Porém, não se esgotam a esse comando, antes são norteados pelo

[12] J. MOTA DE CAMPOS, A. PINTO PEREIRA e J. LUIZ MOTA DE CAMPOS, *O Direito Processual da União Europeia - Contencioso Comunitário*, 2.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 120, T.C. HARTLEY, *The Foundations of European Union Law - An troduction to the Constitutional and Administrative Law of the Europan Union Law*, 8.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 171 apelidando a designação de direitos de defesa como "infeliz".

[13] KOEN LENAERTS e JAN VANHAMME, *CMLR*, p. 534, n. 7.

[14] *Vide* Anotação *ad* artigo 48.º das Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais (2007/C 303/02).

[15] Cfr., M. MICHAŁEK, *Right to Defence*, p. 34 que opta pelo uso do singular.

[16] J. MOTA DE CAMPOS, A. PINTO PEREIRA e J. LUIZ MOTA DE CAMPOS, *O Direito Processual*, pp. 121-122, T.C. HARTLEY, *The Foundations*, p. 171, n. 109.

[17] Diferentemente, M. MICHAŁEK, *Right to Defence*, p. 44 defende que o direito do contraditório e o direito de defesa (na terminologia da Autora) correspondem a conceitos diferentes, não aceitando que o primeiro seja uma componente do segundo.

prisma da equidade administrativa (n.º 1 do artigo 41.º da CDFUE) ou judicial (§ 2.º do artigo 47.º da CDFUE), da qual decorre a igualdade de armas, a exigência de que tanto o autor da medida ablativa como o destinatário da mesma se encontrem nas mesmas condições informativas e probatórias.

VI. Face ao exposto, é possível asseverar que os direitos que se subsumem a esse princípio baseiam-se na ideia de repelir ou impedir a aplicação de uma medida compressiva de direitos materiais, em condições esclarecidas e fundamentadas. São por isso direitos instrumentais, mas que desempenham um importante papel de tutela.

Inserem-se, portanto, nesta defesa (e numa enumeração meramente exemplificativa) o direito a ser ouvido, o direito a informação e fundamentação, o direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*), o direito ao patrocínio judiciário, entre outros[18].

VII. Em suma, é assim possível caracterizar o princípio do respeito dos direitos de defesa como um princípio disperso quanto à sua sustentação normativa, e consequentemente, variável no seu conteúdo[19].

A sua adimplência deve ser assegurada perante a iminência de uma estatuição compressora de direitos subjetivos e independentemente da sua regulamentação expressa. Configura-se, portanto, como um princípio garantístico[20].

2.2. Direitos de Participação

I. A classe de direitos em epígrafe não tem merecido grande atenção por parte da jurisprudência da União. Por isso, um dos objetivos deste trabalho é procurar identificar, nos direitos de defesa, uma dimensão participatória e utilizá-la enquanto critério hermenêutico suplementar para aferir da violação de formalidades essenciais.

Nas próximas linhas, vamo-nos debruçar sobre o conceito de direitos de participação e os seus fundamentos normativos.

II. Certo setor doutrinário refere-se a direitos de participação enquanto sinónimo de direitos procedimentais ("*procedural rights*") e de direitos processuais ("*process rights*")[21](11).

[18] T.C. HARTLEY, *The Foundations*, p. 171 com um elenco exaustivo e referências jurisprudenciais.

[19] Identicamente, J. MOTA DE CAMPOS, A. PINTO PEREIRA e J. LUIZ MOTA DE CAMPOS, *O Direito Processual*, p. 120: "O direito de defesa exprime-se de múltiplas formas".

[20] Identicamente, M. MICHAŁEK, *Right to Defence*, p. 16 classificando os direitos de defesa como uma "«garantia das garantias»".

[21] F. BIGNAMI, "Three Generations of Participation Rights before the European Commission", *Law and Contemporary Problems*, 68, n. º 1, 2004, pp. 61-83, p. 62, n. 3.

Não é esse o entendimento que perfilhamos. Os direitos procedimentais e os direitos processuais são categorias que delimitam o exercício de funções secundárias: a função administrativa e a função jurisdicional, respetivamente[22](12) (13). Assim sendo, optamos por uma terminologia mais restrita e, em conformidade com a delimitação apresentada na introdução, entendemos os direitos de participação como direitos de participação administrativa, *rectius*, de participação procedimental. Não se ignore, porém, que o fenómeno participatório ocorre também no domínio político-legislativo e, nesse âmbito, surgem, por exemplo, os direitos de sufrágio[23], de iniciativa legislativa[24] e de petição[25], os quais não vão ingressar na nossa demanda investigatória.

E o que entender por participação procedimental? Está em causa a intervenção num procedimento decisório[26], isto é, um procedimento de *decision-making* (tomada de decisões em casos individuais e concretos) que se contrapõe ao conceito de *rule-making* (elaboração de normas)[27](14).

III. A formulação de um princípio de participação procedimental suporta-se em que bases jurídicas?

À primeira vista, seria razoável avocar o artigo 11.º do TUE como o fundamento normativo de um princípio de participação. Contudo, esse enunciado tem um conteúdo amplo[28] e não se reporta ao género participatório que agora nos ocupa (a intervenção procedimental). Antes está em causa uma participação desinteressada ou meramente cívica[29](15) que permite a formulação de um "*direito de iniciativa de cidadania*" (n.ºs 1, 2 e 3) e de um "*direito de proposta de iniciativa popular*"[30].

No prólogo deste estudo, deu-se conta de que iriamos laborar as formalidades essenciais em volta do direito a uma boa administração (artigo 41.º da CDFUE) pelo que, desde

[22] Cfr., D. DUARTE, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 24, J. MENDES, "Participation and the Role of the Law after Lisbon: A Legal View on Article 11 TEU", *Common Market Law Review*, 48, n.º 6, 2011, pp. 1849-1877, p. 1849.

[23] Cfr., alínea b) do n.º 2 do artigo 20.º e artigo 22.º do TFUE e artigos 39.º e 40.º da CDFUE.

[24] Cfr., n.º 4 do artigo 11.º do TUE e o § 1.º do artigo 24.º do TFUE.

[25] Cfr., alínea d) do n.º 2 do artigo 20.º, o § 2.º do artigo 24.º e o artigo 227.º, todos do TFUE e o artigo 44.º da CDFUE.

[26] D. DUARTE, *Procedimentalização*, p. 110.

[27] D. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 206.

[28] Sobre o princípio da participação em geral, *vide* J. MENDES, *CMLR*, pp. 1849-1877, tecendo fortes críticas ao artigo 11.º do TUE (pp. 1851-1854 e 1863-1864).

[29] Sobre estes conceitos e com dados de Direito Comparado, S. CORREIA, "O direito à formação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, especial, na formação da decisão administrativa", *Cadernos de Ciência de Legislação*, n.ºs 9/10, 1994, pp. 133-164, p. 152 e ss..

[30] DULCE LOPES E PAULA VEIGA, TRATADO DE LISBOA", P. 55 [ITÁLICOS DO ORIGINAL].

logo, poderíamos indicar esse normativo como fundamento ao referido princípio. Todavia, estamos em crer que tal configuraria uma solução precipitada na medida em que estar-se-ia já a afirmar que os direitos referidos no n.º 2 dessa disposição[31](16) são direitos de participação, sem antes responder o que legitima a intervenção dos particulares nos procedimentos que visam a aprovação de uma decisão que lhes diz respeito. No nosso entender, a resolução deste quesito resulta da combinação de duas fundamentações.

IV. Num primeiro plano, a intervenção procedimental dos particulares é justificada pela dignidade da pessoa humana que corresponde a um valor fundacional da União Europeia (artigo 2.º do TUE) e que goza do estatuto de jus-fundamentalidade (artigo 1.º da CDFUE). Não sendo nossa pretensão incorrer na querela doutrinária subjacente a esse conceito[32](17) (18), diríamos, sinteticamente, que está em jogo uma "proibição de coisificação"[33], ou seja, as pessoas não podem ser degradadas "à qualidade de objeto"[34] pelo que se compreende que o cidadão surja como um "co-participante do decisor administrativo"[35].

Em conjugação, é plausível apelar à *rule of law* enquanto sustento normativo dos direitos de participação. O conceito de União de Direito consiste na subordinação do "exercício dos poderes públicos (…) a regras jurídicas previamente estabelecidas"[36] no intuito de fiscalizar esse exercício, nomeadamente, controlar se as atividades das autoridades respeitam as exigências de transparência e publicidade (*v.g.* o § 3.º do n.º 3 do artigo do TFUE). Com efeito, para se dar efetivo cumprimento ao princípio da abertura (n.º 1 do artigo 15 e n.º 1 do artigo 298.º, ambos do TFUE) é basilar garantir o respeito do princípio da participação procedimental[37], pois só assim se alcança o desígnio da proximidade com os cidadãos, cuja relação indissociável se encontra plasmada no § 1.º, *in fine* do artigo 1.º

[31] Que, saliente-se, não é uma enumeração taxativa. Sobre a densificação desta cláusula, P. CRAIG, "Commentary on Article 41", in S. PEERS *et. al.* (coord.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary* Londres, Oxford and Portland, 2014, pp. 1069-1098. pp. 1076-1077.

[32] Em geral sobre a dignidade da pessoa humana, *vide*, por todos, J. REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana - Dignidade e Direitos Fundamentais*, I, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 17-29 (para uma problematização do seu conteúdo normativo) e pp. 31-98 (para um excurso histórico). E, em obra mais recente do mesmo Autor: J. REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 23-65. Sobre a dignidade humana enquanto valor basilar e, em geral, sobre o seu papel no Direito da União Europeia, A. M. GUERRA MARTINS, *Manual*, pp. 200-206 (com indicações bibliográficas).

[33] J. REIS NOVAIS, *Princípios*, p. 51.

[34] A. M. GUERRA MARTINS, *Manual*, p. 200.

[35] S. CORREIA, *Cadernos de Ciência e Legislação*, p. 154 (invocando idênticos argumentos para justificar os direitos de participação na ordem jus-administrativa portuguesa).

[36] A. M. GUERRA MARTINS, *Manual*, p. 210.

[37] No mesmo sentido, S. CORREIA, *Cadernos de Ciência e Legislação*, p. 133, D. FREITAS DO AMARAL, *Curso*, II, p. 285.

e no n.º 3, *in fine* do artigo 10.º, ambos do TUE. A este respeito, sublinhe-se que existe doutrina que parece não diferenciar o princípio da abertura do princípio participatório e invoque os normativos citados para os subsumir a um "princípio de participação dos interessados"[38](19).

Por sua vez, sublinhe-se que a participação veicula uma ideia de democracia que tem como desígnio a transparência e o diálogo da atuação das autoridades públicas[39].

V. Numa outra ordem de ideias, que não prejudica o exposto nas linhas anteriores, não se pode menosprezar que o tipo de participação em exame é a participação procedimental. Deste modo, é indispensável abordarmos o procedimento enquanto instituto jurídico[40](20). Neste âmbito assume relevância o n.º 1 do artigo 41.º da CDFUE que permite conotar o procedimento enquanto procedimento devido ou equitativo[41](21) (*due administrative process*). No fundo, está em jogo a ideia de justiça procedimental (*procedural fairness*) que surge como parâmetro legitimador da intervenção dos particulares no caminho decisório perante uma atividade administrativa potencialmente lesiva das suas esferas jurídicas individuais[42](22).

Em síntese, os direitos de participação procedimental assentam na seguinte lógica: sempre que uma medida do decisor administrativo se revela compressora dos direitos subjetivos dos particulares, justifica-se a sua intervenção no processo de *decision-making*[43] de modo a "influenciar a solução regulatória"[44].

VI. Sobre o fenómeno participatório é relevante a destrinça entre participação co-constitutiva e participação dialógica.

[38] M. LUÍSA DUARTE, *Direito Administrativo da União Europeia*, (Relatório com o programa, conteúdos a métodos do ensino teórico e prático - policopiado), Lisboa, 2006, p. 128.

[39] J. MENDES, *CMLR*, pp. 1850 e 1873.

[40] Realce-se que não existe, na ordem jurídica da UE, um procedimento administrativo comum aos diversos sectores decisórios. Contudo, encontra-se em discussão uma proposta de codificação. Sobre o tema, A. FERNANDA NEVES, "A articulação do CPA com a «Lei de Processo Administrativo da União Europeia» em construção", in C. AMADO GOMES, A. FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (coord.), *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, I, 4º ed., AAFDL Editora, 2018, pp. 143-170.

[41] M. ASSIS RAIMUNDO, "Os princípios do novo CPA e o princípio da boa administração, em particular", in C. AMADO GOMES, A. FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO (coord.), *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, I, 4º ed., AAFDL Editora, 2018, pp. 257-294, p. 274

[42] Cfr., pelo exposto, S. CORREIA, "Procedimento Equitativo e Direito de Participação Procedimental", in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, IV, Coimbra, 2012, pp. 411-430, pp. 414-416.

[43] J. MENDES, *CMLR*, p. 1865.

[44] M. LUÍSA DUARTE, *Direito Administrativo*, p. 128.

Na primeira, a vontade do particular e a vontade administrativa correspondem a um eixo de coautoria na constituição, modificação e extinção de situações jus-administrativistas. É o exemplo do contrato administrativo.

Na segunda, o particular não surge como coautor com a administração, mas com ela colabora na adoção do ato de que será destinatário emitindo e rececionando conteúdos informativos durante o decurso da marcha procedimental[45].

VII. Em suma, face ao exposto podemos concluir que os direitos de participação não pretendem apenas garantir a presença dos seus titulares num procedimento decisório. Antes visam que, com essa presença, os cidadãos possam proteger, acautelar os seus direitos substantivos.

Desempenham, portanto, um papel instrumental, mas de índole garantística[46]. A sua titularidade não é reconhecida aos cidadãos enquanto tal, mas enquanto titulares de direitos que são objeto de uma intrusão pelo poder púbico[47].

2.3. Balanço Comparativo

I. Os direitos de defesa e os direitos de participação não são direitos em si. Na verdade, estão em causa categorias jurídicas genéricas, correspondem a um "*umbrella concept*"[48]. Assim, para se identificar se um determinado direito subjetivo se enquadra numa dessas categorias é necessário determinar se o seu exercício serve a finalidade de defesa ou de participação.

Quer isto dizer que estão em causa classificações excludentes, isto é, uma determinada posição jurídica ou é um direito de defesa ou é um direito de participação?

A resposta é negativa. O mesmo direito subjetivo pode ser, simultaneamente, perspetivado como um direito de defesa ou como um direito de participação. É essa bivalência que este trabalho pretende demostrar através do estudo de algumas formalidades essenciais.

II. Não sendo classificações excludentes, será que os direitos de defesa e os direitos de participação espelham a mesma realidade?

As referidas categorias assentam num denominador comum: partilham a mesma finalística, a proteção de direitos subjetivos contra uma estatuição ablativa desses direitos.

[45] S. CORREIA, *Cadernos de Ciência e Legislação*, pp. 147-149.
[46] S. CORREIA, *Estudos de Homenagem*, IV, p. 423.
[47] J. MENDES, *CMLR*, p. 1865.
[48] H. PETER NEHL, *The EU Charter*, p. 1289.

Conquanto, distanciam-se no modo de alcançar esse fim: ou pela via da defesa ou pela via da participação. Os primeiros assentam numa ideia de contra-argumentação, pretendem disponibilizar a oportunidade de repelir a aplicação de uma medida desfavorável. Os segundos regem-se por uma dimensão intervencionista, de influir (por outras palavras, de tomar voz) no sentido decisório de um ato potencialmente lesivo.

III. Em consequência, assoma-se uma outra diferença entre os direitos de direitos de defesa e os direitos de participação. Enquanto a defesa surge como uma reação ao *ius puniendi*, judicial ou administrativo, a participação serve um outro desígnio, o de conferir publicidade e transparência ao agir das autoridades públicas. Nessa medida, seria possível subsumir os direitos de defesa a uma lógica de Administração Agressiva, porque operam face a uma atuação intromissiva do decisor administrativo, e os direitos de participação podem ser enquadrados na ideia de Administração Infraestrutural, por pressuporem a colaboração entre entidades administrativas e sujeitos privados[49](23) (24).

Todavia, os direitos de participação têm um âmbito de aplicabilidade mais limitado. Com efeitos, os direitos de defesa são comuns aos processos judiciais e aos procedimentos administrativos. Já a participação encontra-se circunscrita à ideia de procedimento.

Os direitos de participação são uma decorrência da boa administração[50]. Porém, apesar de algumas garantias procedimentais previstas no artigo 41.º da CDFUE coincidirem com o conceito de direitos de defesa consagrado no artigo 48.º da CDFUE, o primeiro é considerado *lex specialis* face ao segundo[51].

IV. Em suma, os direitos de defesa e os direitos de participação, não são direitos com um conteúdo próprio, antes correspondem a diferentes modos de exercício de uma determinada posição jus-subjetiva.

Não obstante, comungam de uma mesma característica: o fim que visam atingir, a proteção de direitos materiais pelo que se depreende que os direitos em exame são direitos instrumentais.

Essa instrumentalidade não significa que os direitos de defesa e os direitos de participação sejam direitos menores. Pelo contrário, podem ser lidos como uma decorrência do princípio da tutela jurisdicional efetiva, não entendida em sentido estrito, enquanto direito

[49] Sobre estes conceitos, V. PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 333-335, M. REBELO DE SOUSA e A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, I, Alfragide, Dom Quixote, 2004, pp. 41-43.

[50] No mesmo sentido, M. LUÍSA DUARTE, *Direito do Contencioso*, pp. 182-183.

[51] H. PETER NEHL, *The EU Charter*, p. 1290.

de acesso à justiça, aos tribunais, mas num sentido lato, i.e., direito à proteção (tutela) de posições jurídicas de vantagem.

V. E, por fim, na Introdução deixamos em suspenso a justificação por termos optado por perspetivar os direitos de defesa enquanto direitos de participação.

Conforme explicitamos supra, a participação administrativa prende-se ao conceito de procedimento. Considerando que o tema do seminário em que se inseriu a elaboração deste estudo consistia no "Contencioso da União Europeia e a garantia de acesso à justiça", optámos por privilegiar a categoria dos direitos de participação procedimental por os mesmos facilitarem os particulares na demonstração de que são direta e individualmente afetados por um ato euro-unionista, e, portanto, ser-lhes reconhecida legitimidade processual nos termos da 2.ª parte do § 4.º do artigo 263.º do TFUE cuja interpretação do TJUE é altamente restritiva[52](25).

Com efeito, é o próprio Tribunal da União Europeia que reconhece que a participação dos interessados no procedimento é suficiente para se encontrar preenchida a dúplice exigência de afetação direta e individual[53]. É, assim, indubitável que este raciocínio desonera os particulares daquela demonstração por corresponder a uma presunção de legitimidade, idêntica à consagrada no n.º 2 do artigo 55.º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, contribuindo para o acesso à justiça europeia.

3. Conceito de Formalidades Essenciais

3.1. (Breve) Enquadramento Histórico

I. As formalidades essenciais, quando violadas, correspondem a um dos vícios fiscalizáveis pelo artigo 263.º do TFUE. As restantes ilegalidades, mencionadas no § 2.º desse enunciado normativo, são a incompetência, a violação dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação e o desvio de poder.

[52] Nomeadamente, a interpretação do critério da afetação dividual onde vigora a conhecida fórmula *Plaumann*. Cfr., M. J. RANGEL DE MESQUITA, *Introdução ao Contencioso da União Europeia - Lições*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017 p. 150 e ss., M. LUÍSA DUARTE, *Direito do Contencioso*, p.177 e ss., (em especial 179 e ss.).

[53] Acórdão do TJUE, 1 de dezembro de 2004 (Kronofrance c. Comissão), T-27/02, n.º 34 – "Por conseguinte, quando, através de um recurso de anulação de uma decisão da Comissão (…) um recorrente pretenda obter o respeito das garantias processuais (…) o simples facto de possuir a qualidade de interessado (…) basta para que se considere que a decisão lhe diz directa e individualmente" (invocando outros arestos no mesmo sentido) [disponível em http://curia.europa.eu].

Do elenco de vícios apresentado é irrefutável a assaz influência do contencioso administrativo francês[54](26), em particular, do seu *recours pour excès de pouvoir*[55](27). Cotejando a teoria dos vícios do ato administrativo (usurpação de poderes, incompetência, vício de forma, violação de lei e desvio de poder) com as formas de ilegalidade que constam no § 2.º do artigo 263.º do TFUE é notória a sua correspondência. Assomam apenas duas diferenças. A usurpação de poderes não foi contemplada na ordem jurídica europeia - e bem, pois na verdade esse vício era reconduzível e uma forma de incompetência (agravada). E, apesar de uma diferença designação, ainda que relativa[56], a doutrina é pacífica em enquadrar as formalidades essenciais ao vício de forma do contencioso administrativo[57](28).

II. Note-se, contudo, que na ordem jurídica europeia as formalidades essenciais extravasam o âmbito dessa influência histórica. A doutrina dos vícios foi teorizada a propósito da (i)legalidade do ato administrativo pelo que o vício de forma era uma noção que pertencia à dogmática jus-administrativista.

O artigo 263.º TFUE, porém, não se resume ao universo do Direito Administrativo. Através dele é possível impugnar, também, atos legislativos (§ 1.º).

III. Tendo em conta essa matriz francófona, poder-se-ia constatar que as formalidades essenciais previstas no TFUE são uma importação da noção de "*forme substantielle*" do Direito francês.

Conquanto, é possível encontrar a contraposição entre formalidades essenciais e formalidades não essenciais também no espaço jurídico anglo-saxónico que contrapõe que separa as "*procedural provisions that are mandatory*" das que são "*merely directory*"[58].

[54] T.C. HARTLEY, *The Foundations*, p. 419. R. MACHETE, "A relevância processual dos vícios procedimentais no novo paradigma da justiça administrativa portuguesa", in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, III, Lisboa, Coimbra Editora, 2006, pp. 851-879, p. 851.

[55] Por isso, J.P. JACQUÉ, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, 6.ª ed., Paris, Dalloz, 2010, p. 651 declara que a referida tipologia "não surpreende o jurista francês, pois ela é largamente modelada pelo contencioso francês".

[56] Algumas versões linguísticas dos Tratados referem-se ao conceito de formalidade: é o caso português e inglês ("*essential procedural requirement*"). Outros empregam o vocábulo forma: são exemplos a versão espanhola ("*vicios sustanciales de forma*"), francesa ("*violation des formes substantielles*") e italiana ("*violazione delle forme sostanziali*"), que optam, também, pela terminologia de substancialidade. (Não cotejámos as 24 línguas oficiais da UE).

[57] F. DE QUADROS e A. M. GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007 p. 177, D. DUARTE, *Procedimentalização*, p. 49 e pp. 219-220.

[58] T.C. HARTLEY, *The Foundations*, p. 421.

3.2. Delimitação Positiva

I. Perante o § 2.º do artigo 263.º do TFUE importa distinguir entre formalidades essenciais e não essenciais uma vez que só as primeiras relevam para efeitos de sindicabilidade.

Saliente-se que em nenhum momento os Tratados explicitam o seu significado. Impõe-se, assim, procurar atribuir um sentido a esse conceito.

II. Em primeiro lugar, pressupõe-se uma explicação sobre o que compreender por "formalidade".

Ao contrário do que sucede, por exemplo, no Direito Administrativo português, em que se diferencia entre forma e formalidades, significando a primeira o modo de exteriorização da vontade administrativa, e correspondendo as segundas aos trâmites integrantes de um procedimento que visa à aprovação de um ato da Administração[59](29), no Direito da União Europeia a noção de formalidade assume uma maior amplitude.

Com efeito, por violação de formalidades entende-se não só a infração de normas que estatuem a configuração exterior de um ato jurídico, como o desrespeito de regras que estabelecem as solenidades conducentes à adoção de um ato[60](30).

III. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia tem-se furtado em definir o conceito de formalidade essencial. Os magistrados de Luxemburgo têm, contudo, revelado uma maior preocupação em apreciar se, no caso concreto, ocorreu ou não a violação de uma formalidade essencial.

Ainda que da nossa recolha jurisprudencial tenhamos constatado que o TJUE não tenha desenvolvido uma noção de formalidade essencial, encontramos, num acórdão que remonta às extintas Comunidades Europeias (§ 3.º, *in fine* do artigo 1.º do TUE), uma definição pretoriana desse conceito, no qual o juiz europeu concebe as formalidades essenciais como exigências procedimentais que visam assegurar que as medidas comunitárias fossem elaboradas com cuidado e prudência ("*with all due care and prudence*")[61]. Do exposto, depreende-se que as formalidades essenciais surgem como uma garantia de zelo ao funcionamento do sistema de *decision-making*.

[59] M. REBELO DE SOUSA e A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, III, 2.ª ed., Alfragide, Dom Quixote, 2009, p. 42, D. FREITAS DO AMARAL, *Curso*, II, p. 224.

[60] J. MACHADO, *Direito da União Europeia*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 598 caracterizando as formalidades essenciais como vícios formais e procedimentais, ou seja, enquanto violação de garantias procedimentais de audiência e defesa. Por seu turno, M. LUÍSA DUARTE, *Direito do Contencioso*, p. 192 define a violação de formalidades essenciais como "a desconformidade com exigências de forma e de procedimento que enquadram, de modo vinculativo, a adopção do acto". Cfr., também, T.C. HARTLEY, *The Foundations*, p. 420.

[61] Acórdão do TJUE, 21 de março de 1955 (Países Baixos c. Alta Autoridade), C-6/54, p. 112 [disponível em http://curia.europa.eu, consultada a versão em inglês]. Encontrámos idêntica

Já na averiguação da sua violação, o euro-juiz sentenciou que "a preterição de uma formalidade essencial pode levar à anulação da decisão em causa se se provar que, na falta dessa irregularidade, a referida decisão podia ter tido um conteúdo diferente"[62]. Por conseguinte, para se determinar se uma formalidade essencial foi violada é necessário formular um juízo *ex post* de reconstituição hipotética da concreta casuística em litígio, condicionado pela aferição de se atingir ou não um resultado decisório diferente.

IV. Esta conceção do Tribunal de Justiça da União Europeia suscita-nos algumas dúvidas. Primeiro, porque entre a definição pretoriana de formalidade essencial e o parâmetro empregue para avaliar da sua violação verifica-se uma contradição: será que a diligência procedimental (*due care and prudence*) é assegurada se a transgressão de uma norma de forma ou de procedimento for considerada irrelevante em virtude da sua influência no sentido decisório? Somos levados a crer que existe uma incompatibilidade entre o conceito jurisprudencial de formalidade essencial, que se preocupa com o meio, o caminho para se alcançar o resultado, e o critério aferidor da sua infração, que atende ao fim, o conteúdo final.

A interpretação da euro-instância parece, assim, perfilhar a conceção da "«administração de resultado»"[63], da qual resulta um aligeiramento das penalidades pelo incumprimento das regras formais[64]. Não pretendemos advogar o respeito escrupuloso desse tipo de normas. Reconhecemos que hastear a bandeira de um formalismo excessivo não se coaduna com a ideia de uma administração eficiente[65] (n.º 1 do artigo do TFUE). Todavia, não se pode olvidar que algumas normas que instituem formalidades essenciais correspondem a direitos subjetivos. Nesses casos, e, em particular, quando estiver em causa uma posição jus-fundamental, julgamos que o critério da reconstrução hipotética não se afigura idóneo por desvalorizar o conteúdo desses direitos. A propósito do estudo das formalidades essenciais enquanto direitos de defesa desenvolveremos este aspeto.

Segundo, o TJUE para determinar se, hipoteticamente, a observância da formalidade que foi preterida seria suscetível de conduzir a um resultado distinto tem de reconstruir o procedimento decisório em substituição da administração, violando o princípio da

definição na dogmática jus-administrativa nacional. Por exemplo, D. Freitas do Amaral, Curso, II, p. 318 define as formalidades essenciais como "os trâmites que a lei manda observar com vista a garantir a correta formação da decisão administrativa".

[62]Acórdão do TJUE, 17 de janeiro de 2013 (Bruno Gollnisch c. Parlamento Europeu), T-246/11 e T-347/22, n.º 133 (invocando arestos anteriores) [disponível em http://curia.europa.eu].

[63] R. MACHETE, *Estudos Jurídicos*, p. 852.

[64] R. MACHETE, *Estudos Jurídicos*, pp. 852-853.

[65] T.C. HARTLEY, *The Foundations*, p. 421.

separação de poderes. Aliás, é o próprio julgador da União que assevera que "não cabe ao Tribunal investigar se, no caso em apreço, existiam elementos susceptíveis de ter incidência específica sobre o conteúdo da decisão impugnada", pois "tal exame implica necessariamente que o Tribunal se substitua à autoridade administrativa e antecipe o resultado a que esta chegaria"[66]. Terá o órgão jurisdicional da UE adotado um critério que não pode aplicar?

Terceiro, a violação de uma formalidade essencial ao ser avaliada "em função das condicionantes do caso concreto" significa que "não se pode determinar *a priori*"[67] se essa violação ocorreu, se justificará a ilegalidade da medida controvertida, o que conduz a uma situação de incerteza jurídica e, porventura, a um enfraquecimento do princípio do igualdade: um mesmo direito que seja violado em factualidades idênticas pode ser considerado violado consoante a sua repercussão na concreta casuística[68].

V. O conceito de formalidade essencial não se esgota no aforismo de cuidado e prudência procedimental. Engloba, também, as normais formais que se traduzem numa "regra institucional fundamental"[69](31). Se a máxima "*due care and prudence*" corresponde a uma dimensão subjetiva das formalidades essenciais, isto é, de tutela dos direitos dos particulares, a fórmula em análise corresponde a uma vertente objetiva, de defesa da legalidade e do interesse geral da União.

A obrigação de consulta é o exemplo paradigmático de uma formalidade essencial objetiva. Quando esse dever consultivo seja dirigido ao Parlamento Europeu (2.ª parte do n.º 1 do artigo 14.º do TUE), o TJUE outorga-lhe a natureza de formalidade essencial por estar em causa o equilíbrio institucional e o princípio democrático, o qual traduz o exercício do poder pelo povo através de uma assembleia representativa[70]. E em relação

[66] Acórdão do TJUE, 23 de janeiro de 2002 (Patrick Reynolds c. Parlamento Europeu), T-237/00, n.º 115 [disponível em http://curia.europa.eu].

[67] M. LUÍSA DUARTE, *Direito do Contencioso*, p. 192.

[68] *Vide*, T.C. HARTLEY, *The Foundations*, p. 421.

[69] Adotamos a expressão de KOEN LENAERTS, IGNACE MASELIS e KATHELEEN GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 371.

[70] Acórdãos do TJUE, de 29 de outubro de 1980 (Roquette Frères c. Conselho), C-138/79, n.º 33 [disponível em http://curia.europa.eu, consultada a versão em espanhol], de 5 de julho de 1995 (Parlamento Europeu c. Conselho), C-21/94, n.º 17 [disponível em http://curia.europa.eu], de 10 de maio de 1995 (Parlamento Europeu c. Conselho), C-417/93, n.ºs 8-9 [disponível em http://curia.europa.eu], de 30 de setembro de 1998 (Christiane Chvatal e outros c. TJCE), T-154/96, n.ºs 155-156 [disponível em www.eur-lex.europa.eu, consultada a versão em francês].

aos órgãos da União com competências consultivas[71] apõe, por analogia, idêntico raciocínio[72].

VI. Será que nestes casos o Tribunal de Luxemburgo aplica, também, o critério da reconstrução hipotética do caso concreto (o que significa que só considera existir violação de formalidade essencial quando a preterição da obrigação de consulta teria conduzido a um resultado diferente)?

A resposta é híbrida. Na generalidade das formalidades essenciais, o juiz europeu empreende um juízo relativo, i.e., só conclui pela violação de uma formalidade essencial dependendo do seu impacto no sentido decisório (é, pois, uma apreciação variável consoante as circunstâncias de cada caso), já no que respeita a esta formalidade consultiva o euro-julgador faz uma avaliação absoluta, isto é, considera sempre que a sua inobservância acarreta a nulidade do ato porque não se teve em conta o poder de influência da entidade consultora e, em consequência, ter-se-ia alcançado um conteúdo final diverso. Uma brevíssima exposição jurisprudencial ilustra-o:

(i) *Parlamento Europeu c. Conselho*: o TJUE concluiu pela violação da obrigação de consulta ao Parlamento, pois tal preterição compromete o equilíbrio do sistema institucional e implica não ter em conta a influência da assembleia euro-unionista na adoção do ato[73];

(ii) *Maria Cerafogli e Paolo Poloni c. BCE*: estava em causa uma atualização salarial decidida sem a prévia consulta do Comité do Pessoal. O Tribunal anulou a medida impugnada asseverando que "a menos que o efeito útil da obrigação de consulta seja prejudicado, a administração deve respeitar essa obrigação" já que a mesma "poderia influenciar o conteúdo da actualização salarial"[74];

[71] Sem pretensões de exaustividade: Comité Económico e Social e Comité das Regiões (n.º 4, in *fine* do artigo 13.º do TUE e n.º 1, *in fine* do artigo 300.º do TFUE), Comité Económico e Financeiro (3.º travessão, *in fine* do n.º 2 do artigo 134.º do TFUE), Comité do Emprego (§ 1.º do artigo 150.º do TFUE), Comité da Proteção Social (§ 1.º do artigo 160.º do TFUE).

[72]Acórdãos do TJUE, de 30 de setembro de 1998 (*Christiane Chvatal e outros c. TJCE*), T-154/96, n.º 173, de 6 de março de 2001 (*Roderick Dunnett, Thomas Hackett e Mateo Calvet c.BEI*), T-192/99, n.º 90, e de 20 de novembro de 2003 (*Maria Cerafogli e Paolo Poloni c. BCE*), T-63/02, n.º 23 (implicitamente).

[73] Acórdão do TJUE, 5 de julho de 1995 (*Parlamento Europeu c. Conselho*), C-21/94, n.ºs 17, 26 e 28 (em especial). Identicamente, Acórdão do TJUE, 10 de maio de 1995 (*Parlamento Europeu c. Conselho*), C-417/93, n.ºs 11-12 salientando que o dever de consulta é também violado se o Conselho, ainda que tenha solicitado o parecer ao Parlamento, já se tiver decidido "sobre a questão de fundo". Tal conduta é entendida como um desrespeito do princípio da cooperação leal (n.º 8).

[74] Acórdão do TJUE, 20 de novembro de 2003 (Maria Cerafogli e Paolo Poloni c. BCE), T-63/02, nº.s 23 (citado), 31 (citado) e 33 [disponível em http://curia.europa.eu].

(iii) *Roderick Dunnett, Thomas Hackett e Mateo Calvet c. BEI*: Censurou-se não a preterição da consulta, mas o seu cumprimento. O Banco Europeu de Investimento procedeu à consulta dos representantes do pessoal de má-fé, pois "já tinha tomado a decisão" e sem a antecedência devida, o que prejudicava a teleologia dessa solenidade consultiva que "deve permitir exercer uma influência sobre o conteúdo do acto praticado"[75].

VII. Este (sucinto) levantamento de acórdãos do Tribunal da Europa unida demonstra que na aferição da violação da obrigação de consulta não releva determinar se a preterição dessa formalidade poderia ter conduzido a um resultado diferente. O que releva é a oportunidade do órgão consultado de influir no conteúdo do ato, ainda que essa influência não altere o rumo final da sua substância.

Por exemplo, no caso *Espanha c. Comissão*, um determinado comité de gestão tinha sido efetivamente consultado. Todavia, não emitiu nenhum parecer por não ter conseguido reunir a maioria necessária. O Tribunal de Justiça decidiu que não se verificava nenhuma violação de formalidade essencial porque "o comité de gestão foi regularmente consultado" ainda que não tenha conseguido apresentar um parecer[76].

Deste aresto depreende-se que a violabilidade da obrigação de consulta assenta numa preocupação de pendor institucional, ou seja, para o TJUE é crucial que se solicite a intervenção da entidade consultada dando-lhe a possibilidade de exercer a sua influência na adoção da medida (o que ocorreu no caso em questão) e não o impacto do exercício dessa influência (o conteúdo do parecer que deveria ter sido apresentado).

VIII. Em suma, quando estão em causa formalidades essenciais objetivas o TJUE não atende ao seu impacto no sentido decisória para aferir da sua violação. O julgador considera que as mesmas foram violadas independentemente da sua influência no sentido decisório.

O mesmo não sucede em relação às formalidades essenciais subjetivas cuja violação só ocorre se o seu respeito conduzir a um resultado diferente.

[75] Acórdão do TJUE, 6 de março de 2001 (Roderick Dunnett, Thomas Hackett e Mateo Calvet c. BEI), T-192/99, n.ºs 77 (citado), 87, e 90 (citado) [disponível em http://curia.europa.eu].

[76] Acórdão do TJUE, 20 de outubro de 1987 (Espanha c. Comissão), C-128/86, n.ºs 22-25 (citado). Concordantemente, Conclusões do Advogado-Geral, 16 de Junho de 1987 (Marco Darmon), C-128/86, nºs 5-7 [ambos disponíveis em http://curia.europa.eu].

Nessa medida, é razoável concluir que o Tribunal de Justiça da União Europeia coloca-se num papel de defensor da legalidade institucional, furtando-se ao seu papel de protetor dos direitos dos cidadãos.

3.3. Delimitação negativa

I. Empreendendo uma delimitação negativa, cumpre enunciar quais as formalidades essenciais cuja violação não fundamenta a ilegalidade da medida impugnada.

Desde logo, subsumem-se a essa categoria todas as exigências procedimentais que, mesmo que cumpridas, não se repercutem num conteúdo diferente quanto ao produto decisório. Este fenómeno de degradação de formalidades essenciais em não essenciais configura-se num princípio de aproveitamento do ato, o qual "desjuridifica" a ilegalidade cometida ao não privar a medida controvertida da sua eficácia.

A operatividade desse princípio só é justificada em relação a ilegalidades formais de menor insignificância. Já quando esteja em causa a violação de uma norma formal, atributiva de um direito subjetivo, estamos em crer que a aplicação desse princípio, que decorre do juízo da reconstrução hipotética, é desprovida de sentido por conduzir a uma depreciação do conteúdo dessas posições subjetivas, como procuraremos demonstrar.

II. As formalidades não essenciais não são apenas um corolário do princípio do aproveitamento do ato. Quando esteja em causa um problema da eficácia do ato, o euro-tribunal considera não se estar em presença de uma formalidade essencial

Por exemplo, as diretivas e decisões que identifiquem um destinatário só produzem os seus efeitos através da notificação ao sujeito a quem são endereçadas (§ 3.º do n.º 2 do artigo 297.º do TFUE). Neste sentido, o TJUE decidiu que as "irregularidades, no procedimento de notificação de uma decisão, são externas ao acto e não podem, por conseguinte, viciá-lo".

A única consequência que se pode retirar desta irregularidade é a de "impedir que o prazo de recurso comece a contar" uma vez que, nos termos do § 6.º do artigo 263.º do TFUE, o prazo de impugnação de atos individuais só começa a contar no momento da sua notificação ao destinatário, ou na ausência da mesma, quando este tome conhecimento do ato[77].

[77] Acórdão do TJUE, 14 de julho de 1972 (Imperial Chemical dustries c. Comissão), C-48/69, n.ºs 39-40 (citados) e 41 [disponível em http://curia.europa.eu].

III. Enquadra-se também no prisma de não essencialidade os desvios no procedimento de publicidade dos atos da União.

A publicação intempestiva de um regulamento não afeta a sua validade, pois o atraso apenas incide na alteração da data a partir do qual o regulamento iniciaria vigência, produzindo os seus efeitos. A publicação é uma vicissitude que afeta apenas a eficácia do ato[78].

Para além de uma falha na publicação atempada, constitui também uma formalidade não essencial a falta de publicação de um ato numa das línguas oficiais. Por exemplo, no caso *Skoma-Lux c. Celní ředitelství Olomouc* um tribunal checo colocou uma questão prejudicial ao TJ interrogando-o se a não publicação na língua oficial de um Estado-membro de uma norma derivada da União constituía um problema de validade ou de interpretação. Na sua resposta, a instância de Luxemburgo decidiu que a não publicação dum ato jurídico (no caso, um regulamento) na língua oficial de um Estado-membro era uma questão de interpretação do Direito da União, salientando a inoponibilidade dos mesmos aos particulares desse Estado[79].

IV. A publicação e notificação não são elementos constitutivos, ou seja, um ato não publicado ou não notificado é ainda um ato[80]. Por conseguinte, tais solenidades não podem ser consideradas formalidades essenciais na medida em que a sua violação não se reflete na legalidade do ato, apenas se repercute na projeção dos seus efeitos.

V. Por sua vez, incluem-se na noção de formalidades não essenciais o cumprimento defeituoso de regras formais no condicionamento de não frustrar a finalidade normativa das mesmas.

É o que sucede frequentemente com o dever de fundamentação. O TJUE considera que desde que se compreenda o alcance da argumentação, a imprecisão na redação de algumas passagens não é suficiente para se estar perante uma violação de uma formalidade essencial[81].

[78] Cfr., pelo exposto, KOEN LENAERTS, IGNACE MASELIS e KATHELEEN GUTMAN, *EU Procedural*, p. 382 com uma série de indicações jurisprudenciais.

[79] Acórdão do TJUE, 11 de dezembro de 2007 (Skoma-Lux c. Celní ředitelství Olomouc), C-161/06, n.ºs 52, 57 e 61 [disponível em http://curia.europa.eu].

[80] T.C. HARTLEY, *The Foundations*, p. 142

[81] Cfr., a título de exemplo, o Acórdão do TJUE, 16 de dezembro de 1975 (*Coöperatieve Vereniging c. Comissão*), nº 118. Com um elenco densificado de exemplos jurisprudenciais, F. DE QUADROS e A. M. GUERRA MARTINS, *Contencioso*, p. 179.

VI. Com efeito, os exemplos indicados como correspondendo a formalidades não essenciais não se subsumem à máxima de diligência procedimental, nem tão pouco correspondem a uma regra institucional fundamental.

4. Formalidades Essenciais enquanto Direitos de Defesa e de Participação

4.1. Direito de Audiência

I. O direito de audiência[82](32) encontra-se, genericamente, previsto na alínea a) do n.º 2 do artigo 41.º da CDFUE. Em especial, nos procedimentos de concorrência encontra regulamentação no Direito originário (§ 1.º do n.º 2 do artigo 108.º do TFUE) e derivado[83].

Ainda que não se encontrasse positivado, o TJUE considera que está em causa uma formalidade essencial[84] que assume a natureza de direito de defesa e, portanto, impõe a sua aplicação independentemente de regulamentação expressa. No fundo, essa jurisprudência corresponde à concretização do princípio geral *audi alteram partem* que impõe a obrigação de ouvir os interessados antes da aprovação de uma decisão que possa afetar os seus interesses[85].

II. Na jurisprudência europeia, o direito de audiência é concebido como a oportunidade do particular de "apresentar as suas observações"[86]. Considerando que está em causa um direito de defesa, o TJUE sentenciou que as autoridades decisoras devem assegurar um "exercício efetivo do direito a ser ouvido"[87].

[82] Cfr., para um excurso de direito comparado sobre a audiência dos interessados, em particular, sobre o direito alemão, italiano e francês, L. VILHENA DE FREITAS, *Direito do Procedimento Administrativo e Formas de Actuação da Administração – Parte Geral*, Lisboa, AAFDL, 2016, pp. 95-96 (n. 151) e pp. 94-102 sobre o regime português.

[83] *Vide* n.º 1 do artigo 27.º do Regulamento (CE) 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002 (concorrência); n.º 5 do artigo 6.º do Regulamento (UE) 2016/1036 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016 (*anti-dumping*); n.º 1 do artigo 18 do Regulamento (CE) 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004 (concentrações de empresas); artigos 10.º e ss. do Regulamento (CE) 773/2004 da Comissão, de 7 de abril de 2004.

[84] Acórdão do TJUE, 17 de novembro de 1983 (Firma E. Merck c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas), C-292/89, n.º 17 [disponível em http://curia.europa.eu].

[85] Cfr. F. DE QUADROS e A. M. GUERRA MARTINS, *Contencioso*, p. 178, T.C. HARTLEY, *The Foundations*, p. 171.

[86] Acórdão do TJUE, 7 de maio de 1991 (Interhotel c. Comissão), C-291/89, n.º 15 [disponível em http://curia.europa.eu].

[87] Acórdãos do TJUE, de 18 de dezembro de 1992 (Cimenteries, Blue Circle dustries e outros c. Comissão), T-10/92, n.º 40 e de 1 de abril de 1993 (BPB Industries e British Gypsum c. Comissão), T-65/89 n.º 30 [ambos disponíveis em http://curia.europa.eu].

Existe, assim, uma "substancialidade devida"[88] deste direito, o que significa que é necessário conferir ao particular a possibilidade de se pronunciar sobre a totalidade das acusações que enfrenta e dos respetivos meios de prova mas não se exige que comente "todos os documentos que fazem parte dos autos"[89]. Essa exigência mantém-se "mesmo tratando-se de um procedimento de natureza administrativa"[90].

III. Em termos sintéticos, o particular deve ser ouvido em tempo, pessoal e efetivamente[91]. Essa pessoalidade não pressupõe que o direito a ser ouvido se materialize, necessariamente, numa audiência oral[92].

Por sua vez, para que não seja uma simples formalidade desprovida de conteúdo, a efetividade do direito de audiência pressupõe que ao particular seja proporcionada a informação necessária para que apresente as suas observações. Por isso, se compreende que logo a seguir à estatuição do direito de audição (alínea a) do n.º 2 do artigo 41.º da CDFUE) se preveja um direito de acesso ao processo (alínea b) desse artigo 41.º) uma vez que este último constitui uma "pré condição essencial"[93] ao exercício efetivo do primeiro.

IV. Será que o direito de audiência deve ser "respeitado em todas as circunstâncias"[94], como postula certo setor doutrinário? Por exemplo, será que o seu respeito também se impõe em casos de aplicação de um ato favorável ou, à semelhança do que sucede com a alínea f) do n.º 1 do artigo 124.º do Código de Processo Administrativo (doravante, CPA), é possível a sua dispensa nessas situações?

De acordo com a alínea a) do n.º 2 do artigo 41.º da CDFUE, o direito a ser ouvido deve ser assegurado sempre que se vise aplicar a um particular uma medida desfavorável à sua posição jurídica. É também esse o entendimento do Tribunal de Justiça da União e de alguma doutrina[95].

Apesar da literalidade na norma citada (que alude a uma medida individual afetação desfavorável), sempre se poderia dizer que mesmo estando em causa uma decisão

[88] D. DUARTE, *Procedimentalização*, p. 127.

[89] Acórdão do TJUE, 17 de dezembro de 1991 (Hercules Chemicals c. Comissão), T-7/98 n.ºs 50-51 [disponível em http://curia.europa.eu].

[90] Acórdão do TJUE, 2 de outubro de 2003 (ARBED SA c. Comissão), C-176/99, n.º 19 [disponível em http://curia.europa.eu].

[91] KOEN LENAERTS, IGNACE MASELIS e KATHELEEN GUTMAN, *EU Procedural*, p. 372.

[92] P. CRAIG, *The EU Charter*, p. 1081. É também essa a solução do direito alemão (L. VILHENA DE FREITAS, *Direito do Procedimento*, p. 95, n. 151).

[93] KOEN LENAERTS e JAN VANHAMME, *CMLR*, p. 541.

[94] KOEN LENAERTS e JAN VANHAMME, *CMLR*, p. 534.

[95] KOEN LENAERTS e JAN VANHAMME, *CMLR*, p. 534.

favorável ao destinatário ele deve ser ouvido porque essa decisão poderá não ser a decisão mais favorável dentro do leque de decisões favoráveis possíveis[96].

V. A que se deve a qualificação do direito de audiência como um direito de defesa pelo TJUE? Será que também pode ser perspetivado como um direito de participação?

O direito de audiência é perspetivado como um direito do particular a ser ouvido antes de ser tomada uma decisão que o afete, ou seja, surge como o momento de expor a sua leitura do enquadramento fáctico-normativo do conteúdo potencial do ato[97]. Evidencia, portanto, uma dimensão de contraditório[98](33) e daí a sua qualificação como direito de defesa. Por sua vez, fundando-se o princípio do respeito dos direitos de defesa da dignidade da pessoa humana, essa qualificação compreende-se uma vez que o "direito de o destinatário do poder dialogar com quem o exerce sobre o resultado do exercício é um adequado suporte jurídico de uma conceção da dignidade humana"[99].

O exercício deste direito pressupõe a intervenção do particular no procedimento decisório. Será essa intervenção medida suficiente para justificar a classificação do direito de audiência como direito de participação? Cremos que sim[100]. Não porque o particular "marca presença" no procedimento, mas porque o faz no intuito de poder modelar (leia-se, influenciar) a substância desse ato pelo que o direito de audição pode ser concebido como "um dever de fornecer informações"[101].

Por outras palavras, para além de um direito entendido como uma oportunidade de apresentar observações (defesa), surge, em simultâneo, como uma "oportunidade credível de influenciar o resultado"[102] (participação).

[96] Com idêntica argumentação, S. CORREIA, *Cadernos de Ciência e Legislação*, p. 156.

[97] D. DUARTE, *Procedimentalização*, p. 127.

[98] C. VIANA, "Comentário ao Artigo 41º", in ALESSANDRA SILVEIRA e MARIANA CANOTILHO (coord.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 483-489. p. 484, D. DUARTE, *Procedimentalização*, p. 127

[99] S. CORREIA, *Estudos de Homenagem*, IV, p. 418.

[100] É essa também a convicção de D. FREITAS DO AMARAL, *Curso*, II, p. 287 e de S. CORREIA, *Cadernos de Ciência e Legislação*, p. 153 que considera que este direito consiste no "momento paradigmático" da participação procedimental.

[101] KOEN LENAERTS e JAN VANHAMME, *CMLR*, p. 549.

[102] S. CORREIA, *Estudos de Homenagem*, IV, p. 418.

4.2. Direito de Acesso ao Processo

I. O direito de acesso ao processo encontra-se consagrado na alínea b) do n.º 2 do artigo 41.º da CDFUE[103] e em algumas disposições de Direito derivado[104]. Corresponde a uma formalidade essencial e é teorizado pela jurisprudência europeia como um direito de defesa.

Da parte final desse enunciado normativo, depreende-se que não é um direito absoluto na medida em que é limitado pelo respeito da confidencialidade e do sigilo profissional e comercial.

II. Qual a substancialidade deste direito? É possível conceber o direito de acesso ao processo como um direito à informação. Porém, este último não se cinge ao primeiro, pois abrange também o direito de acesso aos documentos (artigo 42.º CDFUE[105]). Importa, neste contexto, assinalar uma distinção.

O direito de acesso ao processo deriva de uma marcha sequencial empreendida pelo decisor administrativo pelo que garante a publicidade a nível *interpartes*. Por seu turno, o direito de acesso aos documentos surge independentemente de estar em curso um determinado procedimento administrativo, é um direito de publicidade *erga omnes*[106].

Em síntese, ambos são corolários do princípio do *open file*[107], apenas divergem no seu âmbito de aplicabilidade.

III. A densificação do conteúdo do direito de acesso ao processo não carece de um desenvolvimento detalhado. Basicamente, esta posição subjetiva determina que ao particular seja facultado o "dossiê"[108] do procedimento, o conjunto de informações, documentos e outros elementos dos autos.

O que legitima a disponibilização desses conteúdos ao particular? Como já foi exposto, existe um nexo de correlatividade entre este direito e o direito a ser ouvido, em concreto, para que o interessado seja ouvido e se encontre em condições de apresentar o seu ponto

[103] Com idêntico alcance, mas pensado para um contexto de manuseamento de dados pessoais, *vide* o n.º 2 do artigo 8.º da CDFUE: "Todas as pessoas têm direito o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito (…)".

[104] Sem pretensões de exaustividade invoca-se: n.º 2 do artigo 27.º do Regulamento (CE) 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002 (concorrência); n.º do artigo 6.º do Regulamento (UE) 2016/1036 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016 (*anti-dumping*); n.º 3 do artigo 18.º do Regulamento (CE) 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004 (concentrações de empresas); artigo 15.º do Regulamento (CE)773/2004 da Comissão, de 7 de abril de 2004.

[105] *Vide* Regulamento (CE) 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2001.

[106] Para mais desenvolvimentos, S. CORREIA, *Cadernos de Ciência e Legislação*, p. 135.

[107] C. VIANA, *Carta*, p. 488.

[108] É esta a expressão da versão em francês da CDFUE: "le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne".

de vista sobre a substância da decisão a ser tomada, é necessário que se encontre informado.

Conquanto, nem toda a documentação que foi recolhida pela autoridade decisora pode ser acedida pelo interessado. Nos termos do normativo citado, existem dois limites: em termos positivos, o particular só tem acesso aos documentos que lhe digam respeito; e, pela negativa, encontram-se excluídos os documentos sujeitos à garantia de confidencialidade. Será esta garantia efetivamente zelada pelo TJUE?

IV. A proteção da confidencialidade, resultante, nomeadamente, dos artigos 339.º do TFUE e 8.º da CDFUE, tem sido identificada como uma formalidade essencial[109], ainda que das nossas leituras do vasto acervo jurisprudencial, não seja elevada à categoria de direito de defesa, o que nos causa estranheza.

Sendo uma formalidade essencial, o Tribunal da União aplica-lhe a bitola da reconstituição hipotética do caso concreto para aferir se a mesma foi violada ou não. Tendo em conta que está em causa a salvaguarda de dados pessoais, da intimidade privada e do sigilo profissional e comercial (cfr. as disposições citadas e, para efeito conjugado, o artigo 7.º CDFUE), é nossa opinião que esse raciocínio do juiz europeu revela assaz inidoneidade. Vejamos.

No caso *Heintz van Landewyck e outros c. Comissão*, pleiteava-se uma decisão daquela instituição que acusava um conjunto de empresas de práticas concertadas contrárias à concorrência do mercado interno (artigos 101.º e 105.º do TFUE). Uma das empresas invocou a ilegalidade da decisão por a Comissão ter transmitido a um terceiro (a empresa denunciante das referidas práticas) informações cobertas pelo segredo profissional[110]. O julgador da União sentenciou que, pressupondo que as informações pertenciam ao domínio do segredo profissional, a sua transmissão indevida "só implicaria a anulação total ou parcial da Decisão se for provado que, na ausência de tal irregularidade, a Decisão impugnada poderia ter dito um conteúdo diferente" realçando que nos caso dos autos "a comunicação controvertida não proporcionou à GB [a empresa denunciadora] nenhum argumento que pudesse influir no conteúdo da Decisão"[111].

[109] Acórdão do TJUE, 2 de outubro de 2014 (Euro-Link Consultants e European Profiles c. Comissão), T-199/12, n.º 91 salientando que o dever previsto no artigo 339.º TFUE é aplicável aos trabalhadores das delegações da União em países terceiros (no caso, a delegação da UE na Sérvia) [disponível em http://curia.europa.eu, consultada a versão em inglês].

[110] TJ 29 de outubro de 1980 (Heintz van Landewyck e outros c. Comissão), C-209 a 215 e 218/78, nº 41 [disponível em http://curia.europa.eu, consultada a versão em espanhol]. Em sua defesa a Comissão, não tendo negado a transmissão das formações (n.º 42), alegou que as mesmas não estavam amparadas pelo segredo profissional (n.º 42).

[111] Idem, n. º 47.

A narração deste caso evidencia que a aplicação do parâmetro em exame despoja de conteúdo a garantia de confidencialidade. Fará sentido desvalorizar a divulgação de documentação sigilosa em razão da sua pouca influência no resultado decisório? Não será esse argumento um contrassenso ao papel finalístico do direito ao segredo profissional?

Considerando que a confidencialidade visa interditar a terceiros o conhecimento de informações às quais a ordem jurídica reconhece, pela sua natureza, um especial resguardo, ao se admitir a sua cognição, porque não influi no sentido da decisão, a norma não se encontra a cumprir a sua função. Com efeito, a tutela da intimidade e do sigilo económico tem como escopo impedir o alcance de determinados dados a sujeitos não autorizados, *rectius*, não legitimados pelo que a sua consumação deve ser sancionada, não considerada uma simples irregularidade.

Em síntese, também neste domínio expressamos a nossa aversão à fórmula de reconstrução do caso em função da alternatividade de resultado.

V. Retomando ao tema do direito de acesso processo, incumbe apreciar a sua qualificação como direito de defesa e em que medida pode ser considerado um direito de participação. Quanto à primeira, é indubitável a funcionalidade defensiva do direito em questão que, em bom rigor, se manifesta em dois níveis: antes da tomada da decisão administrativa e quando o seu titular pretende impugnar judicialmente a referida decisão[112]. Em ambos os momentos, é o conhecimento que o particular dispõe, através do "dossiê" do processo, que lhe permite tomar posição (defender-se) face à imputação que lhe é dirigida[113] ou, caso não se trate de um procedimento acusatório, que lhe permite compreender o enquadramento factual e jurídico que conduziu à aprovação do ato lesivo podendo invocar esse enquadramento (se ilegal) como fundamento à sua anulação junto do tribunal. Face ao exposto, é possível afirmar que uma das componentes do acesso ao processo consiste no direito à fundamentação, sendo também inegável a correlatividade com o direito a ser ouvido pois o particular encontra-se numa posição melhor de apresentar contra argumentos quando detém os elementos documentais em que sustenta o processo[114].

No que diz respeito à segunda qualificação[115], podemos fundamentá-la em razão de dois factores. Por um lado, se um dos vetores que rege a participação procedimental é a

[112] P. CRAIG, *The EU Charter*, p. 1081.

[113] Por exemplo, nos procedimentos de concorrência a empresa infratora deve poder conhecer a acusação que lhe é imputada, o que pressupõe que tenha também o conhecimento das provas e de outras informações documentais que sustentam a acusação.

[114] P. CRAIG, *The EU Charter*, p. 1082.

[115] S. CORREIA, *Cadernos de Ciência e Legislação*, p. 143 concebe o direito à formação como um direito participatório: o direito de acesso ao processo como um direito de participação dos cidadãos nas

possibilidade de influenciar o conteúdo da solução decisória, parece ser claro que essa influência, para ser real, carece de um esclarecimento sobre as premissas legais e empíricas que motivaram o decisor administrativo a encetar um procedimento cujo desfecho é a potencial aplicação de uma medida nefasta ao particular. Ora, esse esclarecimento materializa-se através do acesso ao processo. Por outro lado, o princípio participatório pretende conferir transparência e abertura ao agir administrativo, logo o acesso ao processo concretiza essas finalidades, pois elucida os pressupostos em que se baseou esse agir, banindo o "segredo administrativo".

4.3. Direito à Fundamentação

I. O direito à fundamentação[116] resulta da alínea c) do n.º 2 do artigo 41.º da CDFUE e, em termos gerais, do § 2.º do artigo 296.º do TFUE, sendo reconhecido pela jurisprudência como um direito de defesa[117] e como uma formalidade essencial[118]. Os preceitos citados possuem aplicabilidades distintas: o primeiro tem um recorte mais limitado, pois cinge-se às decisões da administração europeia; e o segundo reporta-se à generalidade dos atos jurídicos da União[119]. Uma outra diferença pode ser apontada: a norma da Carta concebe a fundamentação como um direito[120] (dos administrados) e o Tratado perspetiva-a como um dever dirigido às instituições, órgãos e organismos da EU. A fundamentação dos atos da União constitui uma formalidade essencial[121] e consiste na explicitação do enquadramento fáctico e normativo que conduziu o autor do ato à sua

decisões que lhes digam respeito e o direito de acesso aos documentos como um meio auxiliar dos direitos de participação política e da liberdade de imprensa. No mesmo sentido, D. FREITAS DO AMARAL, *Curso*, II, pp. 285-286.

[116] Vide, para uma breve abordagem jus-comparatista da fundamentação das decisões administrativas, L. VILHENA DE FREITAS, *Direito do Procedimento*, pp. 103-106 (n. 160), "viajando" pelos ordenamentos jurídicos francês, italiano, alemão e espanhol e, em texto (pp. 103-108), analisando a fundamentação no regime procedimental português.

[117] Acórdão do TJUE, 15 de novembro de 2012 (Conselho v. Nadiany Bamba), C-417/11 P, n.º 49 (com jurisprudência anterior) - "o dever de fundamentar um ato lesivo" é um "corolário do princípio do respeito dos direitos de defesa" [disponível em http://curia.europa.eu].

[118] Acórdão do TJUE, 12 de maio de 2011 (*Région Nord-Pas-de-Calais e Communauté d'agglomération du Douaisis c. Comissão*), T-267/08 e T-279/08, n.º 45 – "Há que lembrar também a jurisprudência segundo a qual o dever de fundamentação constitui uma formalidade essencial que deve ser distinguida da questão do mérito da fundamentação, que é do foro da legalidade substantiva do acto recorrido".

[119] P. CRAIG, *The EU Charter*, p. 1074.

[120] Ainda que uma interpretação literalista da alínea c) do artigo 41.º, focada na expressão icial "obrigação", pudesse contestar essa qualificação, seria sempre legítimo ripostar com um outro argumento literal: o n.º 2 dessa alínea e a própria epígrafe do enunciado permitem perceber que está em causa um direito do particular.

[121] Acórdão do TJUE, 16 de novembro de 2000 (Sarrió c. Comissão), C-291/98, n.º 73 [disponível em http://curia.europa.eu].

adoção[122](34), aludindo, nomeadamente, "às propostas, iniciativas, recomendações, pedidos ou pareceres previstos pelos Tratados" (2.ª parte do § 2.º do artigo 296.º do TFUE). Não se requere, todavia, a especificação de todos os elementos de facto e jurídicos pertinentes[123].

II. Para que desempenhe as suas funções de elucidar os particulares e conferir publicidade e transparência sobre a atividade da União bem como permitir o controlo dos seus atos (em especial, aquele que são realizados no uso da margem de livre apreciação) pelo TJUE[124], o conteúdo do dever de fundamentação encontra-se sujeito a dois requisitos: (i) identificação da base jurídica adequada à adoção do ato; (ii) clareza e inequivocidade na exposição da motivação.

Nas próximas linhas, explicaremos com maior detalhe estas exigências.

III. A invocação da base jurídica adequada é necessária por força do princípio da atribuição[125], ou seja, uma vez que a União apenas dispõe das competências que lhe são conferidas pelos Estados-membros, afigura-se essencial associar a adoção e aprovação de um ato a uma disposição dos Tratados que a habilite para o efeito, o que confere segurança jurídica aos procedimentos de decisão[126]

O rigor exigido na identificação dos corretos normativos não é absoluto. A omissão da exata disposição dos Tratados não representa "um vício substancial quando a base jurídica de um ato puder ser determinada com base noutros elementos deste". No entanto, a precisão na identificação é indispensável sempre que os "interessados e o Tribunal são deixados na incerteza" quanto a uma determinada base jurídica[127].

Sem embargo dessa relatividade da jurisprudência na invocação da correta base legal, a ausência completa da mesma não constitui um simples vício formal. É uma ilegalidade grave ao ponto de justificar a anulação do ato que omitiu a sua norma habilitante[128.]

[122] M. REBELO DE SOUSA e A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo*, III, p. 156, D. FREITAS DO AMARAL, *Curso*, II, p. 320, D. DUARTE, *Procedimentalização*, p. 181 (e ss.), V. DE ANDRADE, *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 13

[123] Acórdão do TJUE, 22 de setembro de 2005 (Suproco NV c. Comissão), T-101/03, n.º 20 [disponível em http://curia.europa.eu].

[124] Transpomos (em termos simplificados) as funções dicadas pela dogmática jus-administrativista, M. REBELO DE SOUSA e A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo*, III, p. 156, D. FREITAS DO AMARAL, *Curso*, II, pp. 322-323.

[125] Consagrado no n.º 1 do artigo 4.º e no n.º 2 do artigo 5.º, ambos do TUE e no artigo 7.º do TFUE.

[126] Acórdão do TJUE, 1 de outubro de 2009 (Comissão c. Conselho), C-370/07, n.ºs 39, 46-47 e 52/in fine [disponível em http://curia.europa.eu].

[127] Idem, n.º 56.

[128] Acórdão do TJUE, 1 de outubro de 2009 (Comissão c. Conselho), C-370/07, n.º 61 [disponível em http://curia.europa.eu].

Além da suficiência, "o raciocínio do autor do ato deve ser claramente e inequivocamente declarado"[129]. A fundamentação clara e inequívoca requerida pela jurisprudência euro-unionista constitui um conceito indeterminado sendo que a sua concretização é apreciada pelo Tribunal da União casuisticamente[130]. Por outras palavras, a exigência de fundamentação deve ser apreciada em função da natureza do ato em causa e do seu contexto[131] bem como do conjunto das regras jurídicas que regem a matéria em causa[132]. Não obstante, a magistratura europeia tem-se exigido uma fundamentação pormenorizada em relação aos atos individuais[133] (o que se compreende considerando que está em causa um direito fundamental - artigo 41.º da CDFUE) do que nos atos gerais.

IV. Em que medida o direito à fundamentação é um direito de defesa?

Em consonância com as funções já indicadas, a fundamentação do ato jurídico deve ser suficiente de modo a dar a conhecer as razões pelas quais o ato foi adotado[134] e possibilitando aos cidadãos da União a defesa dos seus direitos e ao Tribunal ajuizar da sua validade[135.] Com efeito, através da fundamentação o particular pode saber se a atuação da autoridade decisória é orgânica e materialmente legítima, isto é, habilita-o a um "conhecimento inequívoco do quadro legal em que assenta"[136] a conduta administrativa e, em virtude desse conhecimento, argumentar eventuais motivos pelos quais a medida ablativa não lhe deve ser aplicada ou pugnar as condições pelas quais se funde essa aplicabilidade.

O direito em exame possui, também, uma dimensão participatória na medida em que ao proporcionar a reconstituição do "*iter* lógico e metodológico"[137] que conduziu à tomada da decisão final, torna o procedimento decisório mais transparente, pois permite compreender o motivo pelo qual a medida foi adotada[138], ou nas palavras do TJUE, permite aos particulares compreenderem "as condições em que as instituições

[129] Acórdão do TJUE, 12 de julho de 2007 (Evropaïki Dynamiki c. Comissão), T-250/05, n.º 69 (com arestos anteriores – n.º 91) [disponível em http://curia.europa.eu].

[130] C. VIANA, *Carta*, p. 488.

[131] Acórdão do TJUE, 1 de outubro de 2009 (Comissão c. Conselho), C-370/07, n.º 52 (cfr. jurisprudência aí citada) [disponível em http://curia.europa.eu].

[132] Acórdão do TJUE, 22 de setembro de 2005 (Suproco NV c. Comissão), T-101/03, n.º 20 [disponível em http://curia.europa.eu].

[133] T.C. HARTLEY, *The Foundations*, p. 137.

[134] Acórdão do TJUE, 21 de janeiro de 2003 (Comissão c. Parlamento e Conselho), C-378/00, n.º 68 [disponível em http://curia.europa.eu].

[135] Acórdão do TJUE, 12 de julho de 2001 (UK Coal c. Comissão), T-12/99, n.º 196 [disponível em http://curia.europa.eu].

[136] L. VILHENA DE FREITAS, *Direito do Procedimento*, p. 107.

[137] L. VILHENA DE FREITAS, *Direito do Procedimento*, p. 103.

[138] P. CRAIG, *The EU Charter*, p. 1085.

comunitárias aplicaram o Tratado"[139]. Para além do vértice da transparência, o direito à fundamentação pode ser observado como um corolário do princípio da participação procedimental por força da sua interconexão com o princípio da administração aberta, pois, em termos sintéticos, a fundamentação corresponde a um "discurso de publicidade" através do qual se comunica os fundamentos "de um dado sentido decisório"[140].

4.4. Apreciação Crítica

I. O escopo desta investigação consiste em estudar as formalidades essenciais em relação às quais o TJUE confere o estatuto de direitos de defesa e que se integram no quadro de uma boa administração (artigo 41.º da CDFUE) - tal como foi explicitado na introdução - e nelas procurar uma feição participatória.

Será que os direitos supra analisados (audiência, acesso ao processo, fundamentação) assumem, segundo o método utilizado pela magistratura europeia para averiguar da sua violação, uma verdadeira operatividade de defesa?

II. Tendo já ensejado apontar algumas fragilidades ao raciocínio que o Tribunal de Justiça da União Europeia empreende para aferir da violação de uma formalidade essencial, procuraremos nas próximas linhas identificar também algumas críticas a esse silogismo, mas no quadro dos direitos de defesa.

Recordamos que enquanto formalidades essenciais para que a "violação dos direitos da defesa justifique uma anulação, é (…) necessário que, não se verificando tal irregularidade, o processo tenha levado a um resultado diferente"[141].

No que concerne ao direito de audiência, o TJUE sentenciou que a sua violação ocorre quando "seja demonstrado que o interessado não foi ouvido atempadamente antes da adopção do acto que lhe causa prejuízo e desde que não possa razoavelmente excluir-se que essa irregularidade pôde ter uma incidência específica sobre o conteúdo desse acto", o que significa que a consulta prévia só pode ser excluída quando o seu autor "não dispunha de qualquer margem de apreciação e era obrigado a agir como o fez"[142].

Quanto ao direito de acesso ao processo, o Tribunal de Luxemburgo apõe idêntico juízo. Por exemplo, no âmbito do procedimento previsto no artigo 105.º do TFUE, o TJUE

[139] Acórdão do TJUE, 1 de outubro de 2009 (Comissão c. Conselho), C-370/07, n.º 37 [disponível em http://curia.europa.eu].

[140] D. DUARTE, *Procedimentalização*, p. 212.

[141] Acórdão do TJUE, 14 de fevereiro de 1990 (França c. Comissão), C-301/87, n.º 31 [disponível em http://curia.europa.eu].

[142] Acórdão do TJUE, 23 de janeiro de 2002 (Patrick Reynolds c. Parlamento Europeu), T-237/00, n.ºs 112 e 113, respetivamente [disponível em http://curia.europa.eu].

considerou que esse direito é violado se à empresa acusada de uma prática concertada, contrária aos princípios consagrados no artigo 101º TFUE, for negada a possibilidade de "invocar, durante o procedimento administrativo, documentos susceptíveis de (…) influenciar as apreciações feitas pelo colégio dos membros da Comissão" e, portanto, a sua decisão final teria apontado para "uma infracção (…) menos grave"[143].

Assim sendo, cumpre interrogar se será uma solução razoável admitir que esses direitos possam ser preteridos, isto é, que se degradem em formalidades não essenciais em virtude da sua não influência decisória no caso concreto.

III. Em primeiro lugar, não se pode deixar de referir que essas formalidades essenciais beneficiam de um estatuto de jus-fundamentalidade, i.e., são componentes do direito a uma boa administração (alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 41.º da CDFUE) pelo que consentir que a sua inobservância redunde numa mera irregularidade em vez de afetar a validade da medida controvertida é um raciocínio assaz censurável.

Por um lado, porque conduz a um resultado distorcido na medida em que o desvalor da irregularidade foi gizado para operar face a vícios insignificantes. É a violação de um direito fundamental uma ilegalidade de menor gravidade? O Tribunal da UE ao considerar que a não audição do destinatário de uma medida desfavorável, ou que a negação do acesso ao dossiê, não é suficiente (ou não é relevante) para determinar a anulação dessa medida parece não atentar na índole jus-fundamental dessas posições jurídicas. Aliás, tendo em conta o valor de parametricidade normativa conferido à Carta de Direitos Fundamentais (n.º 1, *in fine* do artigo 6.º do TUE), estar-se-ia a deturpar o princípio da legalidade ao se admitir que um ato de Direito derivado, desconforme a uma norma subordinante, não enferma de qualquer ilicitude.

Por sua vez, o raciocínio segundo o qual uma vício formal ou procedimental que não se tenha repercutido no sentido decisório final não é relevante o suficiente para conduzir à invalidade de uma medida apenas é justificável por razões de eficiência, pois seria fazer fé de um formalismo inflexível, contrário à lógica de uma boa administração, invalidar um ato por um qualquer defeito formal ("*insignificant procedural defect*")[144]. Ora, as formalidades essenciais em apreço são justamente premissas de uma boa administração pelo que se revela um contrassenso invocar esse raciocínio para fundamentar a não

[143] Acórdão do TJUE, 29 de junho de 1995 (Solvay c. Comissão), T-30/91, n.º 98 [disponível em http://curia.europa.eu].

[144] T.C. HARTLEY, *The Foundations*, p. 421.

invalidação de uma decisão administrativa que não respeitou essas solenidades procedimentais.

IV. Em segundo lugar, se a violação dos referidos direitos é consentida pela jurisprudência euro-unionista em função de não terem sido importantes para o conteúdo final da decisão, serão os mesmos verdadeiros direitos de defesa?

Ainda que os pontos de vista manifestados pelos interessados não se repercutam na substância final da medida a ser adotada, a *ratio* subjacente à audiência não é só uma oportunidade para que o sujeito em causa de reaja à acusação que lhe é dirigida, procurando demonstrar a licitude da sua conduta (direito de defesa). Deve também ser compreendida como uma forma de intervenção num procedimento que lhe diga respeito a fim de evitar decisões-surpresa[145] (direito de participação) e, deste modo, ainda que o decisor europeu não goze de discricionariedade, o interessado tem direito a conhecer o sentido provável da resolução final[146] independentemente do seu teor vinculado.

Terceiro, o direito de audição prévia pressupõe que o interessado afetado tenha conhecimento dos elementos de facto e de direito pertinentes ao sentido decisório final. Há, pois, um nexo de correlatividade entre o direito de ser ouvido e o direito de consulta ao processo[147]. Considerar apenas como irregular uma recusa de aceder aos documentos do processo porque, independentemente do seu acesso, não se verificará um conteúdo alternativo da decisão final, não se afigura uma argumentação plausível.

Na verdade, essa irregularidade representa um desvirtuamento do princípio do contraditório[148]. A regra da contraditoriedade já não é só entendida como a oportunidade conferida a uma parte para se pronunciar sobre a tomada de posição da contraparte, mas antes como um instituto garantístico de participação efetiva através da faculdade de influir no objeto procedimental[149](35) (36). Assim, negar o acesso ao conjunto de documentação

[145] M. REBELO DE SOUSA e A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo*, III, p. 135.

[146] É essa a solução normativa do regime procedimental nacional: n.º 1, in *fine* do artigo 121.º do CPA.

[147] Em sentido convergente, Conclusões do Advogado-Geral, 26 de setembro de 2002 (Christine Stix-Hackl), C-194/99 P, n.º 39 – "quando não existe o direito de consultar o processo também não se pode aceitar que haja o direito de ser ouvido quanto ao seu conteúdo" [disponível em http://curia.europa.eu]. Na doutrina, D. Duarte, Procedimentalização", p. 127 aludindo a "condições materiais de efetividade" do direito a ser ouvido.

[148] Cfr. D. DUARTE, *Procedimentalização*", p. 127.

[149] Cfr., ainda que num contexto jus-processualístico, J. Lebre de Freitas, Introdução ao Processo Civil – Conceitos e princípios gerais à luz do novo código, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 124-125 sublinhando que o "escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa (….) para passar a ser a influência" (p. 125) [itálicos do original] e R. Lobo Xavier, I. Folhadela e G. Andrade e Castro, Elementos de Direito Processual Civil – Teoria Geral, Princípios, Pressupostos, 2ª ed., Porto, Universidade Católica Editora, 2018, pp. 135-136.

que integra o processo é, desde logo, negar, à partida, qualquer possibilidade de influir no sistema de *decision-making*, o que se revela atentatório do princípio da igualdade[150] - o autor do ato desfavorável dispõe de toda a informação para a sua prática e o seu destinatário em nada será esclarecido.

Pelo exposto, podemos asseverar que apesar de o Tribunal de Justiça de Luxemburgo proclamar o direito de audiência e o direito de acesso ao processo como direitos de defesa, ao sentenciar que a sua violação só justifica a anulação da medida impugnada quando essa "irregularidade" teria conduzido a um diferente resultado, o juiz euro-unionista ignora a funcionalidade defensiva dos mesmos.

V. Falta ainda uma referência ao direito à fundamentação. Sendo um direito de defesa seria expectável que o TJUE recorre-se ao critério da reconstrução hipotética do caso concreto para avaliar da sua violação. Todavia, o juiz de Luxemburgo ou analisa a falta de fundamentação[151] ou, o que sucede na maioria dos casos, examina se os fundamentos cumprem os requisitos.

Ora, tal como já foi explicitado, a infração dos direitos de defesa só fundamenta a invalidação da medida controvertida quando a ausência do vício implica um diferente resultado. Ao não aplicar esse raciocínio ao dever de fundamentação deparamo-nos com um "tratamento bipolar" do Tribunal da União ao apreciar a violação dos direitos de defesa.

Em conformidade com a crítica apontada ao juízo *ex post*, não se almeja apoiar que a jurisprudência europeia o aplique ao dever de fundamentar previsto no artigo 296º/§ 2º TFUE. Com esta "bipolaridade" procura-se tentar demonstrar que, em virtude da importância da obrigação de fundamentação, o TJUE reconhece, implicitamente, que a sua violação (por outras palavras, a sua irrelevância para o resultado final do caso concreto) não pode redundar numa simples irregularidade.

VI. As observações expostas não pretendem opor-se a que o direito de audiência e o direito de consulta do processo sejam enquadrados como direitos de defesa. Tem-se

[150] Que corresponde a um valor fundacional da União Europeia (artigo 2.º do TUE) cujo respeito se impõe à atividade das suas instituições, órgãos e organismos (artigo 9.º do TUE) e que goza do estatuto de direito fundamental (artigo 20.º da CDFUE).

[151] Por exemplo, no acórdão do TJUE, 2 de dezembro de 2009 (Comissão c. Irlanda e outros), C-89/08 P, discutia-se se o Tribunal de Primeira Instância tinha julgado ultra petita por ter anulado uma decisão da Comissão ao invocar, oficiosamente, a ausência da fundamentação da mesma (n.ºs 28-33) [disponível em http://curia.europa.eu]. O Tribunal de Justiça julgou que a 1º instância não extravasou o "âmbito do litígio conforme foi definido pelas partes" (nº 34) pelo que a sua apreciação "não viola de modo algum as regras processuais" aplicáveis (n.º 35).

apenas em vista rejeitar, enquanto exigências procedimentais, o método utilizado para averiguar da sua substancialidade.

Atendendo que estão em jogo direitos fundamentais e princípios gerais do Direito da União, o parâmetro da sua violação não pode estar sujeito ao impacto dos mesmos no caso concreto, constatando-se em certas circunstâncias que os mesmos foram violados e, em outras situações, não se chegar a essa conclusão.

Com efeito, não parece razoável que num determinado caso um particular que não tenha sido ouvido consiga obter a anulação do ato ablativo, porque afinal a sua audição influenciaria o sentido resolutório final, e que numa outra factualidade um outro particular cuja audiência foi também preterida não tenha o mesmo sucesso, porque a circunstância de ser ou não ouvido seria irrelevante para a decisão administrativa. O critério pretoriano de aferição de violação de formalidades essenciais conduz, assim, a situações discriminatórias.

VII. Salvo melhor opinião, cremos que seria preferível que na aferição da violação das formalidades em causa o TJUE opta-se não por um juízo casuístico, que por natureza é um juízo relativo, mas por um critério absoluto, especialmente atendendo ao facto de estarem em jogo situações jurídicas dotadas de fundamentalidade e também o princípio da tutela jurisdicional efetiva.

Nesta linha, sugere-se que a sua violação deve ser aferida recorrendo ao critério da finalidade normativa, ou seja, se o fim da norma for cumprido não se verifica nenhuma consequência de invalidade, ainda que o direito que ela confere não tenha sido formalmente observado. Ou seja, a inobservância dos direitos de audiência e de acesso ao processo deve ser sempre considerada como a violação de uma formalidade essencial, a não ser que o fim desses direitos tenha sido garantido no caso concreto. Por exemplo, ainda que um particular não tenha sido ouvido pelo decisor administrativo, não se pode considerar que tenha ocorrida uma violação de formalidade essencial caso esse particular tenha, de alguma forma, conseguido manifestar o seu ponto de vista sobre o conteúdo do ato de que será destinatário.

A questão fulcral é que um direito, uma formalidade essencial, seja materialmente assegurada, ainda que o formalismo prescrito pela norma não tenha sido cumprido (irregularidade)[152].

[152] Parece ser essa a posição de T.C. HARTLEY, *The Foundations*, p. 421.

5. Conclusões

A violação de formalidades essenciais são umas das formas de ilegalidade que fundamentam um pedido de anulação. Do nosso estudo resultou que as formalidades essenciais não consistem em meros formalismos prescritas pelo Direito da União Europeia. Antes correspondem a direitos subjetivos dos particulares.

No entanto, nem todas as formalidades essenciais correspondem a posições jurídicas de vantagem, ou seja, podem assumir também uma tutela de legalidade e do interesse geral da União. É o que sucede com a obrigação de consulta que corresponde a uma formalidade essencial objetiva.

Optamos por empreender uma análise da função subjetiva das formalidades essenciais. Para o efeito dedicamo-nos ao estudo das formalidades essenciais que consistem em direitos de defesa e que correspondem a corolários do direito a uma boa administração.

O direito a uma boa administração fundamenta a conceptualização de uma categoria de direitos pouco estudados no Direito da União, os direitos de participação.

Os direitos de defesa e os direitos de participação operem em relação à mesma realidade, isto é, uma intromissão ablativa do decisor administrativo na esfera individual dos particulares. Partilham, portanto, de uma finalidade garantística e de proteção de direitos materiais. Contudo, os primeiros podem ser reconduzíveis a uma lógica de administração agressiva, e os segundos ao conceito de administração infraestrutural.

Procurámos identificar uma vertente participatória nos direitos de defesa delimitados (audiência, acesso ao processo e fundamentação) para demonstrar que a sua violação não pode ser aferida pela influência que a *defesa* teve no resultado decisório. Estando em causa direitos subjetivos, de natureza jus-fundamental, esses direitos devem ser sempre observados durante o curso procedimental, pois eles visam assegurar a *participação* do interessado numa decisão que o vai afetar, não só para que o particular possa influir no sentido decisório, mas para que tenha prévio conhecimento de que lhe vai ser aplicada uma medida ablativa e em que moldes essa aplicação se processará.

Dessa maneira, visam prevenir e acautelar o particular da interferência desfavorável de que vai ser alvo por parte do poder administrativo. Já os direitos de defesa correspondem a uma conceção autoritária da atuação administrativa.

Referências

2. Michalek M. Right to Defence in EU Competition Law: The Case of Inspections. Warsaw: University of Warsaw Faculty of Management Press; 2015. 2MichalekMRight to Defence in EU Competition Law: The Case of Inspections2015WarsawUniversity of Warsaw Faculty of Management Press
3. Capdepon Y. Essai d'une théorie générale des droits de la defense. Dalloz; 2013.(105).
3. Capdepon Y. Essai d'une théorie générale des droits de la defense. Dalloz; 2013.(105).

4. Nehl HP. Commentary on Article 48 (Administrative Law). In Peers S, et. al., coordinator. The EU Charter of Fundamental Rights - A Commentary. Londres, Oxford, Portland; 2014. 4NehlHPCommentary on Article 48 (Administrative Law). In Peers S, et. al., coordinator. The EU Charter of Fundamental Rights - A Commentary2014LondresOxford, Portland
5. Lenaerts K, Vanhamme J. Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process. Common Market Law Review; 1997;34(3). 5. Lenaerts K, Vanhamme J. Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process. Common Market Law Review; 1997;34(3).

6. Forrester IS. Due process EC competition cases: A distinguished situation with flawed procedures. European Law Review; 2009;34(6): 817-843. 6ForresterISDue process EC competition cases A distinguished situation with flawed proceduresEuropean Law Review;2009346817-843
7. Duarte ML. Direito do Contencioso. Lisboa: AAFDL Editora; 2017. 7DuarteMLDireito do Contencioso2017LisboaAAFDL Editora
8. Martins AM. Manual de Direito da União Europeia. 2.ª ed. Coimbra: Almedina; 2017. 8MartinsAMManual de Direito da União Europeia. 2.ª ed2017CoimbraAlmedina
9. Campos JM, Pereira AP, Campos JLM. O Direito Processual da União Europeia - Contencioso Comunitário. 2.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 2014. 9CamposJMPereiraAPCamposJLMO Direito Processual da União Europeia - Contencioso Comunitário. 2.ª ed2014LisboaFundação Calouste Gulbenkian
10. Hartley TC. The Foundations of European Union Law - An introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Union Law. 8.ª ed. Oxford: Oxford University Press; 2014. 10HartleyTCThe Foundations of European Union Law - An introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Union Law. 8.ª ed2014OxfordOxford University Press

11. Bignami F. Three Generations of Participation Rights before the European Commission. Law and Contemporary Problems; 2004;68(1):61-83. 11BignamiFThree Generations of Participation Rights before the European CommissionLaw and Contemporary Problems;200468161-83
12. Duarte D. Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório. Coimbra: Almedina; 1996. 12DuarteDProcedimentalização, Participação e Fundamentação:Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório1996CoimbraAlmedina
13. Mendes J. Participation and the Role of the Law after Lisbon: A Legal View on Article 11 TEU. Common Market Law Review; 2011;48(6):1849-1877. 13MendesJParticipation and the Role of the Law after Lisbon A Legal View on Article 11 TEUCommon Market Law Review;20114861849-1877
14. Amaral DF. Curso de Direito Administrativo. II. 4.ª ed. Coimbra: Almedina; 2018. 14AmaralDFCurso de Direito Administrativo. II. 4.ª ed2018CoimbraAlmedina
15. Correia S. O direito à formação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, especial, na formação da decisão administrativa. Cadernos de Ciência de Legislação; 1994;(9/10):133-164. 15. Correia S. O direito à formação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, especial, na formação da decisão administrativa. Cadernos de Ciência de Legislação; 1994;(9/10):133-164.

16. Craig P. Commentary on Article 41. In Peers S, et. al., coordinator. The EU Charter of Fundamental Rights - A Commentary. Londres, Oxford, Portland; 2014. pp. 1069-1098. 16CraigPCommentary on Article 41. In Peers S, et. al., coordinator. The EU Charter of Fundamental Rights - A Commentary2014LondresOxford, Portland
17. Novais JR. A Dignidade da Pessoa Humana - Dignidade e Direitos Fundamentais. I. 2.ª ed. Coimbra: Almedina; 2018. 17NovaisJRA Dignidade da Pessoa Humana - Dignidade e Direitos Fundamentais. I. 2.ª ed2018CoimbraAlmedina
18. Novais JR. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Coimbra: Almedina; 2019. 18NovaisJRPrincípios Estruturantes de Estado de Direito2019CoimbraAlmedina
19. Duarte ML. Direito Administrativo da União Europeia. Lisboa; 2006. 19. Duarte ML. Direito Administrativo da União Europeia. Lisboa; 2006.

20. Neves AF. A articulação do CPA com a "Lei de Processo Administrativo da União Europeia" em construção. In Gomes CA, Neves AF, Serrão T, coordenadores. Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo. I. 4.º ed. Lisboa: AAFDL Editora; 2018. pp. 143-170. 20NevesAFA articulação do CPA com a "Lei de Processo Administrativo da União Europeia" em construção. In Gomes CA, Neves AF, Serrão T, coordenadores. Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo. I. 4.º ed2018LisboaAAFDL Editora
21. Raimundo MA. Os princípios do novo CPA e o princípio da boa administração, em particular. In Gomes CA, Neves AF, Serrão T, coordenadores. Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo. I. 4.º ed. Lisboa: AAFDL Editora; 2018, pp. 257-294. 21RaimundoMAOs princípios do novo CPA e o princípio da boa administração, em particular. In Gomes CA, Neves AF, Serrão T, coordenadores. Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo. I. 4.º ed2018LisboaAAFDL Editora
22. Correia S. Procedimento Equitativo e Direito de Participação Procedimental. In Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. IV. Coimbra; 2012. pp. 411-430.
22. Correia S. Procedimento Equitativo e Direito de Participação Procedimental. In Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. IV. Coimbra; 2012. pp. 411-430.

23. Silva VP. O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise - Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo. 2.ª ed. Coimbra: Almedina; 2009. 23SilvaVPO Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise - Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo. 2.ª ed2009CoimbraAlmedina
24. Sousa MR, Matos AS. Direito Administrativo Geral. I. Alfragide: Dom Quixote; 2004. 24SousaMRMatosASDireito Administrativo Geral. I2004AlfragideDom Quixote
25. Mesquita MJR. Introdução ao Contencioso da União Europeia - Lições. 2.ª ed. Coimbra: Almedina; 2017. 25MesquitaMJRIntrodução ao Contencioso da União Europeia - Lições. 2.ª ed2017CoimbraAlmedina
26. Machete R. A relevância processual dos vícios procedimentais no novo paradigma da justiça administrativa portuguesa. In Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco. III. Lisboa: Coimbra Editora; 2006. pp. 851-879. 26MacheteRA relevância processual dos vícios procedimentais no novo paradigma da justiça administrativa portuguesa. In Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco. III2006LisboaCoimbra Editora

27. Jacqué JP. Droit Institutionnel de l'Union Européenne. 6.ª ed. Paris: Dalloz; 2010. 27JacquéJPDroit Institutionnel de l'Union Européenne. 6.ª ed2010ParisDalloz
28. Quadros F, Martins AMG. Contencioso da União Europeia. 2ª ed. Coimbra: Almedina; 2007. 28QuadrosFMartinsAMGContencioso da União Europeia20072CoimbraAlmedina
29. Sousa MR, Matos AS. Direito Administrativo Geral. III. 2.ª ed. Alfragide: Dom Quixote; 2009. 29SousaMRMatosASDireito Administrativo Geral. III. 2.ª ed2009AlfragideDom Quixote
30. Machado J. Direito da União Europeia. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora; 2014. 30MachadoJDireito da União Europeia20142CoimbraCoimbra Editora
31. Lenaerts K, Maselis I, Gutman K. EU Procedural Law. Oxford: Oxford University Press; 2015. 31LenaertsKMaselisIGutmanKEU Procedural Law2015OxfordOxford University Press
32. Freitas LV. Direito do Procedimento Administrativo e Formas de Actuação da Administração - Parte Geral. Lisboa: AAFDL; 2016. 32FreitasLVDireito do Procedimento Administrativo e Formas de Actuação da Administração - Parte Geral2016LisboaAAFDL
33. Viana C. Comentário ao Artigo 41º. In Silveira A, Canotilho M, coordenadores. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Comentada. Coimbra: Almedina; 2013. pp. 483-489. 33VianaCComentário ao Artigo 41º. In Silveira A, Canotilho M, coordenadores. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Comentada2013CoimbraAlmedina
34. Andrade V. O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos. Coimbra: Almedina; 1992. 34AndradeVO Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos1992CoimbraAlmedina
35. Freitas JL. Introdução ao Processo Civil - Conceitos e princípios gerais à luz do novo código. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora; 2013. 35FreitasJLIntrodução ao Processo Civil - Conceitos e princípios gerais à luz do novo código. 3.ª ed2013CoimbraCoimbra Editora
36. Xavier RL, Folhadela I, Castro AG. Elementos de Direito Processual Civil - Teoria Geral, Princípios, Pressupostos. 2ª ed. Porto: Universidade Católica Editora; 2018. 36XavierRLFolhadelaICastroAGElementos de Direito Processual Civil - Teoria Geral, Princípios, Pressupostos20182PortoUniversidade Católica Editora

Notas biográficas

Rafael Oliveira Afonso

Licenciado em Direito e Mestrando em Direito e Ciência Jurídica, Especialidade de Direito da União Europeia, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL).

Endereço eletrónico: oliveirafonso.rd@gmail.com.