



Bruxelas, 14 de dezembro de 2018
(OR. en)

14620/18

LIMITE

JUR 558	ENFOCUSTOM 258
FREMP 210	AGRI 580
JAI 1184	ETS 43
TELECOM 431	SERVICES 72
COMPET 810	TRANS 569
RC 36	FISC 502
CONSOM 335	SAN 424
DAPIX 359	ENV 809
DATAPROTECT 256	GAF 58
DROIPEN 186	ATO 89
FIN 909	CYBER 298
EMPL 547	COPEN 409
MI 886	POLGEN 229
PI 165	INF 223
SOC 730	ANIMAUX 26
CODEC 2095	

PARECER DO SERVIÇO JURÍDICO ¹

de: Serviço Jurídico

para: Grupo dos Direitos Fundamentais, dos Direitos dos Cidadãos e da Livre Circulação de Pessoas (FREMP)

Assunto: Proposta da Comissão de uma diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção das pessoas que denunciam infrações ao direito da União (proposta relativa aos denunciantes)
– base jurídica

¹ O presente documento contém aconselhamento jurídico protegido nos termos do artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão e não facultado ao público pelo Conselho da União Europeia. O Conselho reserva-se a faculdade de exercer todos os seus direitos em caso de publicação não autorizada.

I. INTRODUÇÃO

1. Em 23 de abril de 2018, a Comissão publicou a proposta legislativa em epígrafe.² A diretiva proposta visa estabelecer normas mínimas nos Estados-Membros para a proteção dos denunciantes³ que, num contexto profissional, comunicam ou divulgam informações sobre irregularidades relacionadas com o direito da UE. Com esta proposta, a Comissão dá resposta aos repetidos pedidos do Parlamento Europeu⁴ de uma iniciativa legislativa horizontal para a proteção dos denunciantes nos setores público e privado em toda a UE.
2. Até ao momento, o legislador da União escolheu avançar por setor, introduzindo em vários atos setoriais da União regras específicas sobre a denúncia de infrações. Esses atos estão enumerados na parte 2 do anexo à proposta de diretiva. A proposta visa a adoção de uma abordagem mais horizontal e complementar as disposições específicas, que continuarão a aplicar-se (ver artigo 1.º, n. 2, da proposta de diretiva). As regras mínimas horizontais estabelecidas na proposta de diretiva não implicarão, por conseguinte, uma alteração formal dos atos da União que já incluam regras sobre a denúncia de infrações.
3. A proposta foi, até ao momento, analisada nas reuniões do FREMP durante os meses de setembro, outubro e novembro de 2018. Várias delegações solicitaram um parecer do Serviço Jurídico sobre as múltiplas bases jurídicas propostas (dezassete no total⁵). Na reunião de 5 de novembro de 2018, o presidente do FREMP solicitou formalmente ao Serviço Jurídico um parecer sobre a base jurídica da proposta. O presente parecer vem dar resposta a esse pedido.

² Documento 8713/18 e 8713/18 ADD 1.

³ Na versão inglesa o termo "*denunciante*" não consta da parte dispositiva da proposta, sendo antes utilizada a definição descritiva seguinte: *peças que, trabalhando nos setores público e privado, tenham obtido informações sobre infrações em contexto profissional (...)*: ver, por exemplo, o artigo 2.º, n.º 1. No presente parecer será utilizado o termo "*denunciante*".

⁴ Ver Exposição de Motivos da proposta da Comissão, p. 2.

⁵ A Comissão propôs as seguintes bases jurídicas: Artigos 16.º, 33.º, 43.º e 50.º, artigo 53.º, n.º 1, artigos 62.º, 91.º, 100.º, 103.º, 109.º, 114.º, 168.º, 169.º, 192.º e 207.º, e artigo 325.º, n.º 4, do TFUE e artigo 31.º do CEEA ("Euratom"). Na sua perspetiva, estas bases jurídicas são todas necessárias para abranger os domínios de ação da União selecionados pela Comissão: o mercado único, a segurança dos produtos, a segurança dos transportes, a proteção do ambiente, a segurança nuclear, a segurança dos géneros alimentícios e dos alimentos para animais, a saúde e o bem-estar animal, a saúde pública, a defesa do consumidor, a proteção da privacidade e dos dados pessoais, a segurança da rede e dos sistemas de informação, a concorrência e os interesses financeiros da União.

II. A ABORDAGEM DA COMISSÃO

4. A Comissão adotou uma abordagem setorial cumulativa ou uma abordagem abrangente, em que considera a proteção dos denunciantes parte integrante das "ferramentas de aplicação" do direito da União nos domínios de ação da União selecionados.⁶ As múltiplas bases jurídicas propostas resultam do levantamento das bases jurídicas efetuado pela Comissão em relação a todos os atos da UE e/ou domínios de ação mencionados na proposta.⁷
5. Para a seleção dos domínios de ação específicos da União, a Comissão utilizou três critérios, a saber, que:
- "i) Seja necessário reforçar a aplicação da legislação;*
 - ii) O reduzido número de comunicações dos denunciantes seja um fator decisivo que afeta a aplicação;*
 - e*
 - iii) As infrações possam lesar gravemente o interesse público.⁸"*
6. Os domínios de ação que foram, por conseguinte, selecionados constam do artigo 1.º da proposta, intitulado "Âmbito de aplicação material". Esse artigo tem de ser lido parcialmente em conjunto com o anexo da proposta e abrange quatro categorias distintas: a), b), c) e d).

⁶ Ver Exposição de Motivos, p. 2 e p. 5; Ver também: considerando 81, artigo 1.º, n.º 1, artigo 3.º, n.º 1, e artigo 3.º, n.º 2, da proposta, para além das explicações dadas oralmente pela Comissão nas reuniões do FREMP.

⁷ Esta abordagem está refletida, em especial, no considerando 81 da proposta. Não obstante, tal como se refere mais abaixo, a Comissão parece não ter citado todas as bases jurídicas mencionadas nos vários atos em causa. Por exemplo, os artigos 113.º e 115.º do TFUE não foram referidos, nem o artigo 106.º-A do Tratado da CEEA ("Tratado Euratom").

⁸ Ver Exposição de Motivos, pp. 2-3, e considerando 5 da proposta.

7. Relativamente à primeira categoria, a alínea a) do artigo 1.º, n.º 1, da proposta da Comissão enumera dez domínios de ação diferentes, sem fazer referência a uma rubrica ou tema global. O artigo 1.º, n.º 1, alínea a), dispõe o seguinte:

"Infrações no âmbito de aplicação dos atos da União indicados no anexo (partes I e II), nos seguintes domínios:

- i) Contratos públicos,*
- ii) Serviços financeiros, prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo,*
- iii) Segurança dos produtos,*
- iv) Segurança dos transportes,*
- v) Proteção do ambiente,*
- vi) Segurança nuclear,*
- vii) Segurança dos géneros alimentícios e dos alimentos para animais, saúde e bem-estar animal,*
- viii) Saúde pública,*
- ix) Defesa do consumidor,*
- x) Proteção da privacidade e dos dados pessoais, e segurança da rede e dos sistemas de informação."*

8. Os dez domínios de ação referidos no artigo 1.º, n.º 1, alínea a), devem ser lidos em conjunto com a lista pormenorizada e exaustiva de direito derivado que consta do anexo. Apenas as infrações que se enquadrem no âmbito de um dos atos enumerados no anexo conduzirão à ativação das regras estabelecidas na proposta.⁹ Além disso, os atos da União enumerados no anexo enquadram-se em duas categorias: a parte I enumera os atos que atualmente não incluem regras de proteção dos denunciantes, enquanto a parte II enumera os atos que já incluem regras de proteção dos denunciantes. Em relação aos atos da União enumerados na parte I, a proposta introduziria em consequência novas regras que complementaríamos os atos enumerados ao passo que em relação aos atos da União enumerados na parte II, a proposta visa complementar as regras existentes já enumeradas relativas à proteção dos denunciantes.¹⁰

⁹ Ver também artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, da proposta de diretiva que define as infrações da seguinte forma: "(...) *atividades ilícitas ou abusos de direito, reais ou potenciais, nos âmbitos de aplicação dos atos da União, do artigo 1.º e do anexo II*".

¹⁰ Ver também artigo 1.º, n.º 2, da proposta da Comissão.

9. Relativamente à segunda categoria, a alínea b) do artigo 1.º, n.º 1, da proposta da Comissão faz referência a infrações às disposições do direito primário no domínio de ação do direito da concorrência e dos auxílios estatais, bem como às infrações no âmbito de aplicação do principal regulamento do Conselho relativo às regras de concorrência e do principal regulamento do Conselho relativo aos auxílios estatais, respetivamente. O artigo 1.º, n.º 1, alínea b), dispõe o seguinte:

"Infrações do disposto nos artigos 101.º, 102.º, 106.º, 107.º e 108.º do TFUE, e no âmbito dos Regulamentos (CE) n.º 1/2003 e (UE) 2015/1589 do Conselho."

10. Quanto à terceira categoria, a alínea c) do artigo 1.º, n.º 1, da proposta da Comissão faz referência a:

"Infrações lesivas dos interesses financeiros da União, definidas no artigo 325.º do TFUE e especificadas, em particular, na Diretiva (UE) 2017/1371 e no Regulamento (UE, Euratom) n.º 883/2013."

11. Relativamente à quarta categoria, a alínea d) do artigo 1.º, n.º 1, da proposta da Comissão dispõe o seguinte:

"Infrações relacionadas com o mercado interno, a que se refere o artigo 26.º, n.º 2, do TFUE, respeitantes às normas que regem o imposto sobre as sociedades, ou expedientes cujo objetivo seja a obtenção de vantagens fiscais que contrariem o objetivo ou a finalidade da legislação aplicável em matéria de imposto sobre as sociedades."

12. Ao contrário do que acontece para as alíneas a), b) e c), a proposta não contém, na sua parte dispositiva, qualquer referência a uma legislação derivada relativa ao domínio de ação descrito no artigo 1.º, n.º 1, alínea d). No entanto, a Exposição de Motivos¹¹ e as referências nas notas de rodapé ao considerando 17 da proposta esclarecem que a Comissão tem duas diretivas específicas da UE em mente, bem como dois projetos de diretivas pendentes que apresentou:

- Diretiva 2011/16/UE, de 15 de fevereiro de 2011, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade¹²;
- Diretiva (UE) 2016/1164, de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno¹³;
- Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades¹⁴;
- Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum do imposto sobre as sociedades¹⁵.

III. ANÁLISE

A. Princípios decorrentes da jurisprudência constante

13. De acordo com a jurisprudência constante, a base jurídica de um ato da União não depende da convicção de uma instituição quanto ao fim prosseguido, mas deve ser determinada de acordo com fatores objetivos suscetíveis de controlo jurisdicional, entre os quais figuram, nomeadamente, a finalidade e o conteúdo do ato¹⁶.

¹¹ Exposição de Motivos, p. 3.

¹² JO L 64 de 11.3.2011, pp. 1-12; processo legislativo especial com base nos artigos 113.º e 115.º do TFUE.

¹³ JO L 193 de 19.7.2016, pp. 1-14; processo legislativo especial com base no artigo 115.º do TFUE.

¹⁴ COM/2016/0683 final – 2016/0336; documento do Conselho 13731/2016; processo legislativo especial com base no artigo 115.º do TFUE.

¹⁵ COM/2016/0685 final – 2016/0337; documento do Conselho 13730/2016; processo legislativo especial com base no artigo 115.º do TFUE.

¹⁶ Ver Processo C-300/89, Comissão contra Conselho (Dióxido de titânio), EU:C:1991:244, n.º 10 do acórdão; Processo C- 147/13, Espanha contra Conselho, EU:C:2015:299, n.º 68, e jurisprudência citada. Esta jurisprudência é sistematicamente recordada nos pareceres do Serviço Jurídico. Ver também: parecer do Serviço Jurídico de 26 de setembro de 2018, documento do Conselho 12004/18, n.ºs 9 e 10, e o acórdão referido nas notas de rodapé 4 e 5 do referido parecer, e o parecer do Serviço Jurídico de 26 de março de 2018, documento do Conselho 7502/18, n.º 6, bem como o acórdão citado na nota de rodapé 11 desse parecer.

14. Além disso, de acordo com o mesmo acórdão, os procedimentos envolvidos nas diferentes bases jurídicas são resultado da escolha feita pelos autores dos Tratados e não deverão determinar a escolha da base jurídica¹⁷.
15. Além disso, dado que a Comissão propôs 17 bases jurídicas, deverá referir-se que, de acordo com a jurisprudência constante, a existência de múltiplas bases jurídicas só poderá justificar-se em circunstâncias excepcionais, que exigem a demonstração de que o ato visa simultaneamente múltiplos objetivos legais diferentes de igual importância. Em especial, é jurisprudência constante que:

"Se o exame de um ato comunitário demonstrar que este prossegue duas finalidades ou que tem duas componentes, e se uma dessas finalidades ou dessas componentes for identificável como principal ou preponderante, ao passo que a outra apenas é acessória, o ato deve assentar numa única base jurídica, a saber, a exigida pela finalidade ou pela componente principal ou preponderante (...).

*Excepcionalmente, se se demonstrar, em contrapartida, que o ato em causa prossegue simultaneamente vários objetivos ou que tem várias componentes, que se encontram ligados de forma indissociável, sem que um seja secundário e indireto relativamente ao outro, esse ato deve assentar nas diferentes bases jurídicas correspondentes (...)."*¹⁸

¹⁷ Ver Processo C-130/10, Parlamento contra Conselho da União Europeia, EU:C:2012:472, n.ºs 80 a 82.

¹⁸ Processos C-300/89, Comissão contra Conselho (Dióxido de titânio), EU:C:1991:244, n.ºs 17 a 21; C-36/98, Espanha contra Conselho, EU:C:2001:64, n.º 59; C-211/01, Comissão contra Conselho, n.º 39; C-336/00, Huber, EU:C:2002:509, n.º 31; C-338/01, Comissão contra Conselho, EU:C:2004:253, n.º 55 e seguintes; Processo C-411/06, Comissão contra Parlamento e Conselho, EU:C:2009:518, n.ºs 46 e 47; C-155/07, Parlamento contra Conselho, EU:C:2008:605, n.º 36 e seguintes.

16. O Tribunal de Justiça tem também defendido, de forma reiterada, que o recurso a uma dupla base jurídica não é possível quando os procedimentos estabelecidos para cada uma das bases jurídicas¹⁹ forem incompatíveis entre si ou quando o recurso a duas bases jurídicas for suscetível de lesar os direitos do Parlamento²⁰.
17. Por conseguinte, de acordo com a jurisprudência constante, um ato legislativo só pode assentar em duas ou mais bases jurídicas se estiverem reunidas três condições:
- Em primeiro lugar, o ato prossegue dois ou mais objetivos sem que um deles seja o objetivo principal ou preponderante em relação aos outros.
 - Em segundo lugar, os objetivos estabelecidos no ato legislativo têm de estar ligados de forma indissociável.
 - Em terceiro lugar, as bases jurídicas preveem processos compatíveis²¹.

B. Análise da finalidade e do conteúdo da proposta

18. À luz da jurisprudência constante supracitada, importa começar pela análise da finalidade e do conteúdo da proposta a fim de estabelecer qual é o (principal) objetivo da proposta.

¹⁹ Processos C-300/89, Comissão contra Conselho (Dióxido de titânio), EU:C:1991:244, n.ºs 17 a 21. Como se verá mais adiante, essas incompatibilidades surgem, por exemplo, entre os processos legislativos e os processos não legislativos. Existe também uma incompatibilidade entre um processo legislativo ordinário em que a VMQ é a principal regra de votação no Conselho e um processo legislativo especial que exige unanimidade no Conselho.

²⁰ Processos apensos C-164/97 e C-165/97, Parlamento contra Conselho, EU:C:1999:99, n.º 14; Processo C-338/01, Comissão contra Conselho, EU:C:2004:253, n.º 55 e seguintes; Processo C-178/03, Comissão contra Parlamento e Conselho, EU:C:2006:4, n.º 57.

²¹ Ver também: Parecer do Serviço Jurídico de 24 de abril de 2018, documento do Conselho 8268/18, n.º 16, e a jurisprudência referida na nota de rodapé 6 desse parecer.

19. Tal como já foi referido, a proposta da Comissão tem como principal finalidade – com base no texto apresentado ao Conselho tal como alterado na sequência dos debates no FREMP realizados até ao momento – reforçar a aplicação do direito da União através da adoção de regras destinadas a proteger as pessoas que participam na deteção, investigação e instauração de processos por infrações ao direito da União em domínios de ação específicos. O artigo 1.º, n.º 1, da proposta confirma que é de facto esta a principal finalidade da proposta:

"Com vista a reforçar a aplicação do direito e das políticas da União em domínios específico s..."

Esta principal finalidade está também refletida nos considerandos 2, 19, 25, 48 e 84, cujas partes pertinentes dispõem o seguinte:

"Ao nível da União, as comunicações dos denunciante s constituem uma componente a montante da aplicação coerciva do direito da União: uma vez que alimentam os sistemas de aplicação coerciva dos direitos nacionais e da União com informações conducentes à deteção, à investigação e à ação penal eficazes por infrações ao direito da União."

"Sempre que é adotado um novo ato da União para o qual a proteção dos denunciante s seja pertinente e para cuja aplicação eficaz possa contribuir, deve ser ponderada a alteração do anexo da presente diretiva, a fim de o incluir no seu âmbito de aplicação."

"A efetiva aplicação do direito da União requer a proteção a um leque tão vasto quanto possível de categorias de pessoas (...)"

"A eficácia da deteção e da prevenção de infrações ao direito da União requerem a garantia de que os potenciais denunciante s possam comunicar, facilmente e com total confidencialidade, as informações de que dispõem às autoridades competentes para investigar e solucionar o problema, sempre que possível."

"O objetivo da presente diretiva, a saber, o reforço da aplicação coerciva da legislação em certos domínios e de atos em que a infração ao direito da União pode lesar gravemente o interesse público, através de sistemas eficazes de proteção dos denunciante s (...)."

20. O conteúdo da proposta está exposto detalhadamente nos capítulos II, III e IV. Estes capítulos incluem as regras propostas pela Comissão que visam proporcionar normas mínimas para a harmonização da proteção dos denunciantes, que se enquadram, nos termos do artigo 2.º, no âmbito de aplicação pessoal da diretiva e que trabalham nos setores privado e público, tal como é definido na diretiva.
21. O capítulo II estabelece as normas para a comunicação interna e o seguimento das comunicações. Em especial, os artigos 4.º e 5.º desse capítulo preveem a obrigação de os Estados-Membros garantirem que as entidades jurídicas dos setores público e privado criem canais e procedimentos de comunicação interna adequados para receber e dar seguimento às comunicações.
22. O capítulo III estabelece as normas para a comunicação externa e o seguimento das comunicações. Nos termos do artigo 6.º a 12.º desse capítulo, os Estados-Membros são obrigados a garantir que as autoridades competentes disponham de canais e de procedimentos de comunicação externa para receber e dar seguimento às comunicações. O referido capítulo estabelece as normas mínimas aplicáveis a esses canais e procedimentos.

23. O capítulo IV estabelece as normas mínimas para a proteção dos denunciadores e das pessoas visadas²². Em especial, o artigo 13.º define as condições em que o denunciante pode beneficiar de proteção ao abrigo da diretiva. Por exemplo, exige-se que, no momento da denúncia, os denunciadores tenham motivos razoáveis para crer que as informações comunicadas são verdadeiras. Além disso, os denunciadores são geralmente obrigados a utilizar primeiro os canais internos. Os artigos 14.º e 15.º dizem respeito à proibição de retaliação. O artigo 16.º esclarece que as pessoas visadas nas comunicações devem beneficiar plenamente dos direitos que lhes são conferidos ao abrigo da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, incluindo a presunção de inocência, o direito a um recurso efetivo e a um julgamento justo, e os direitos de defesa. O artigo 17.º obriga os Estados-Membros a preverem sanções eficazes, proporcionadas e dissuasivas.
24. Por último, é de referir que as regras propostas na diretiva são regras mínimas. É o que decorre claramente do artigo 1.º, que dispõe que a diretiva visa proporcionar normas mínimas comuns para a proteção dos denunciadores em determinados domínios específicos de ação da União, e do artigo 19.º, que permite que os Estados-Membros introduzam ou mantenham disposições mais favoráveis aos direitos dos denunciadores.²³ Além disso, nada impede os Estados-Membros de manterem ou de introduzirem legislação nacional para a proteção dos denunciadores em domínios de ação não referidos na proposta da Comissão.
25. Resulta do que precede, que a proposta tem como finalidade principal ou preponderante reforçar a aplicação de certos domínios do direito da União através de regras relativas à proteção dos denunciadores.

²² Para a definição de "pessoas visadas" ver: artigo 3.º, n.º 11, da proposta.

²³ Ver também: Exposição de Motivos, p. 6., que descreve a proposta como uma "diretiva de harmonização mínima".

C. Identificação da base jurídica

26. O Serviço Jurídico observa que não existe uma base jurídica única nos Tratados que confira à União a competência para legislar especificamente sobre o reforço da aplicação do direito da União através da proteção dos denunciantes em vários setores do direito e das políticas da União.²⁴ A abordagem da Comissão, assente numa base setorial, constitui, por conseguinte, a abordagem juridicamente correta. Como foi acima indicado no n.º 2, o legislador da União já adotou esta abordagem anteriormente ao introduzir, nos atos legislativos setoriais, disposições específicas sobre a proteção dos denunciantes, atuando de acordo com a base jurídica de cada um desses atos. Com base nesta abordagem, o Serviço Jurídico considera que a diretiva visa simultaneamente objetivos distintos de igual importância que estão, além disso, indissociavelmente relacionados. Em especial, a diretiva tem como finalidade, tal como estabelecido no artigo 1.º, n.º 1, da proposta, reforçar a aplicação do direito e das políticas da União em cada um dos domínios específicos de ação enumerados, sendo esse reforço, em cada caso, um objetivo distinto.
27. No entanto, como a seguir se indica, o Serviço Jurídico também considera que algumas das bases jurídicas setoriais propostas pela Comissão são desnecessárias e que existem algumas bases jurídicas que preveem procedimentos incompatíveis e que, por conseguinte, as matéria correspondentes a estas bases jurídicas terão de ser adotadas num ato distinto (na maioria dos casos através de uma divisão da proposta).

²⁴ Note-se que existem algumas disposições nos Tratados que obrigam os Estados-Membros a garantir que o direito da União seja corretamente aplicado. O artigo 4.º, n.º 3, do TUE estabelece que "*[o]s Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União*" (segundo parágrafo). Além disso, o artigo 197.º, n.º 1, do TFUE estabelece que "*a execução efetiva do direito da União pelos Estados-Membros, essencial para o bom funcionamento da União, é considerada matéria de interesse comum*" e contém uma base jurídica que atribui competências ao legislador da União para adotar medidas que apoiem a capacidade administrativa dos Estados-Membros. Da mesma forma, o artigo 291.º, n.º 1, do TFUE, estabelece que "*os Estados-Membros tomam todas as medidas de direito interno necessárias à execução dos atos juridicamente vinculativos da União*".

28. Uma das principais bases jurídicas que a Comissão propôs é o artigo 114.º do TFUE.²⁵ Tal como o Tribunal de Justiça tem defendido reiteradamente, uma medida adotada com base no artigo 114.º do TFUE:

tem de "por um lado, incluir medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros e, por outro, ter como objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno."²⁶

"(...) as medidas visadas por essa disposição destinam-se a melhorar as condições do estabelecimento e do funcionamento do mercado interno e devem efetivamente ter esse objeto, contribuindo para a eliminação de entraves à livre circulação de mercadorias ou à livre prestação de serviços ou ainda para a supressão de distorções da concorrência."

"(...) embora o recurso ao artigo 95.º CE [atual artigo 114.º do TFUE] como base jurídica seja possível a fim de prevenir o aparecimento de obstáculos futuros às trocas comerciais resultantes da evolução heterogénea das legislações nacionais, o aparecimento desses obstáculos deve ser verosímil e a medida em causa deve ter por objeto a sua prevenção"²⁷.

29. Determinadas formulações na proposta da Comissão justificam o recurso ao artigo 114.º do TFUE enquanto base jurídica principal. Em especial, o considerando 4 da proposta refere-se à fragmentação da proteção dos denunciadores na legislação dos Estados-Membros e ao desequilíbrio existente nos vários domínios de ação da UE. Além disso, o considerando 6 faz referência a distorções da concorrência e o considerando 10 refere possíveis efeitos indiretos para além das fronteiras nacionais no que diz respeito aos crimes ambientais. Há também referências no texto ao funcionamento eficaz do mercado interno e/ou ao artigo 114.º do TFUE nos considerandos relativos à saúde pública e à defesa do consumidor (considerando 13), à privacidade e aos dados pessoais, e à segurança das redes e da informação (considerando 14) e no considerando 81.

²⁵ Ver considerando 81 da proposta da Comissão.

²⁶ Processo C-270/12, Reino Unido contra Parlamento Europeu e Conselho, EU:C:2014:18, n.º 100.

²⁷ Processo C-491/01, R c/ Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco, EU:C:2002:741, ponto 60. Ver também o Processo C-376/98, Alemanha c/ Parlamento Europeu e Conselho, EU:C:2000:544, ponto 84.

30. Não obstante, pelas razões a seguir expostas, o artigo 114.º do TFUE não constituiria uma base jurídica suficiente para a totalidade da proposta. Em especial, o artigo 114.º do TFUE não pode ser utilizado para reforçar a aplicação do direito da União que não esteja diretamente relacionado com o mercado interno, nem pode ser utilizado quando existe uma base jurídica mais específica nos Tratados. Além disso, o artigo 114.º do TFUE prevê o processo legislativo ordinário, que apresenta incompatibilidades com outras bases jurídicas citadas pela Comissão.

Matérias referidas no artigo 1.º, n.º 1, alínea a)

31. No que se refere à primeira categoria de matérias, mencionada no artigo 1.º, n.º 1, alínea a), o Serviço Jurídico considera que as medidas destinadas a reforçar a aplicação dos atos da União enumeradas no anexo e relacionadas com os seguintes domínios ação podem ser enquadradas no âmbito do artigo 114.º do TFUE: contratos públicos²⁸; serviços financeiros, prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo²⁹; segurança dos produtos³⁰; segurança dos alimentos para consumo humano e animal³¹; proteção dos consumidores³² e proteção da privacidade e dos dados pessoais, e segurança da rede e dos sistemas de informação.³³
32. No entanto, existe um ato no anexo relacionado com o tema da "segurança dos produtos" que deve ser suprimido: Regulamento (UE) n.º 258/2012 relativo ao fabrico e tráfico ilícitos de armas de fogo referido na parte I, secção C., ponto 2., alínea iii), do anexo, que visa aplicar o Protocolo das Nações Unidas sobre as Armas de Fogo. Esse regulamento não pode ser incluído, uma vez que diz respeito a um ato legislativo com base no artigo 207.º, n.º 2, do TFUE relativo à política comercial comum, que apenas permite a adoção de legislação através de regulamentos e não de diretivas. Se o legislador da União pretende adotar regras em matéria de proteção dos denunciante relativos a este ato da União, terá de adotar um regulamento independente com base no artigo 207.º, n.º 2, do TFUE para o fazer (através da divisão da proposta).

²⁸ Artigo 1.º, n.º 1, alínea a), subalínea i).

²⁹ Artigo 1.º, n.º 1, alínea a), subalínea ii).

³⁰ Artigo 1.º, n.º 1, alínea a), subalínea iii).

³¹ Artigo 1.º, n.º 1, alínea a), subalínea vii).

³² Artigo 1.º, n.º 1, alínea a), subalínea ix).

³³ Artigo 1.º, n.º 1, alínea a), subalínea x).

33. Além disso, há uma série de matérias enumeradas na primeira categoria cuja cobertura não se pode basear no artigo 114.º do TFUE, porque reforçar a aplicação do direito da União no âmbito destas matérias engloba um objetivo jurídico setorial distinto que exige uma base jurídica própria.
34. Uma delas é a rubrica saúde pública, que diz respeito a atos da União em vigor baseados unicamente no artigo 168.º, n.º 4, do TFUE.³⁴ Tais atos visam exclusivamente a proteção da saúde humana e não estão suficientemente relacionados com o estabelecimento ou o funcionamento do mercado interno. Para que esses atos sejam abrangidos, é necessária uma base jurídica distinta com uma justificação adequada. O objetivo de reforçar a aplicação do direito da União no domínio da saúde pública deve ser considerado um objetivo independente da diretiva, que justifica o recurso ao artigo 168.º, n.º 4, do TFUE como base jurídica distinta, indissociavelmente ligado a outros objetivos identificados no presente parecer.
35. No que respeita aos atos relativos ao setor da saúde pública enumerados na parte I, secção H., do anexo, apenas aqueles baseados numa disposição que permita a harmonização podem ser abrangidos pela proposta de diretiva. Isto significa que os atos adotados com base no artigo 168.º, n.º 4, do TFUE podem ser enumerados, ao contrário dos atos baseados no artigo 168.º, n.º 5, do TFUE, na medida em que este último confere à União o poder de adotar medidas de incentivo, mas exclui explicitamente a harmonização. Daqui resulta que a Decisão n.º 1082/2013/UE enumerada na parte I, secção H., ponto 3., relativa a ameaças transfronteiriças graves para a saúde humana não pode ser incluída, uma vez que esta decisão foi adotada com base no artigo 168.º, n.º 5, do TFUE.³⁵

³⁴ Ver, em especial, os atos legislativos da UE mencionados na parte I, secção H., ponto 1.

³⁵ A Comissão reconheceu oralmente no Grupo FREMP que tal se deveu a um erro e concordou que este ato deveria ser suprimido do anexo.

36. O segundo domínio de ação no âmbito da primeira categoria refere-se aos atos relativos à política comum de transportes da UE, que, de acordo com o TFUE e a jurisprudência do Tribunal de Justiça, apresenta características distintas e exige uma base jurídica independente em matéria de transportes.³⁶ Por conseguinte, as infrações aos atos da União enumeradas no anexo relativas ao domínio de ação da segurança dos transportes³⁷ não podem ser abrangidas pelo artigo 114.º do TFUE. A inclusão das infrações aos atos neste domínio de ação exige uma base jurídica correspondente (artigos 91.º e 100.º do TFUE), distinta da base jurídica relativa ao mercado interno.
37. Além disso, o artigo 114.º do TFUE não pode ser utilizado em relação aos atos da União constantes do anexo que visem a proteção do bem-estar dos animais.³⁸ Muitos dos atos em questão baseiam-se atualmente apenas no artigo 43.º, n.º 2, do TFUE (Agricultura e Pescas), e qualquer relação direta com o mercado interno parece inexistente. O objetivo de reforçar a aplicação do direito e das políticas da União no domínio do bem-estar dos animais deve ser considerado um objetivo distinto da diretiva, que justifica o recurso ao artigo 43.º, n.º 2, do TFUE, que está indissociavelmente ligado a outros objetivos identificados no presente parecer.

³⁶ Ver artigo 58.º, n.º 1, artigo 91.º e artigo 207.º, n.º 5, do TFUE; Processo C-97/78, Schumalla, EU:C:1978:211, n.º 4; Processos apensos C-248/95 e C-249/95, SAM Schiffahrt and Stapf, EU:C:1997:377, n.º 23; Processo C-176/09, Luxemburgo contra Parlamento e Conselho, EU:C:2011:290, n.º 34; Processo C-344/04 IATA e ELFAA, EU:C:2006:10, n.º 80; Processos apensos C-27/00 e C-122/00, Omega Air and Others., EU:C:2002:161, n.º 63; Processo C-440/05, Comissão contra Conselho, EU:C:2007:625, n.º 58; Processo C-338/09, Yellow Cab Verkehrsbetrieb, EU:C:2010:814, n.º 30; Processos apensos C-184/02 e C-223/02, Reino de Espanha e República da Finlândia contra Parlamento Europeu e Conselho, EU:C:2004:497, n.ºs 29 e seguintes.

³⁷ Artigo 1.º, n.º 1, alínea a), subalínea iv) e atos enumerados na parte I, secção D., e na parte II, secção B., do anexo.

³⁸ Artigo 1.º, n.º 1, alínea a), subalínea vii), e parte I, secção G., ponto 4. do anexo.

38. Na mesma perspetiva, o Serviço Jurídico considera que o reforço da aplicação do direito da União sobre a proteção do ambiente também não apresenta uma relação jurídica óbvia com o funcionamento do mercado interno.³⁹ Em qualquer caso, as medidas enumeradas no anexo que visam, em grande parte, implementar a política ambiental internacional da UE⁴⁰, não estão relacionadas com o mercado interno. Para este setor, o artigo 192.º, n.º 1, do TFUE terá de ser adicionado como base jurídica distinta, com uma justificação jurídica independente. O objetivo de reforçar a aplicação do direito e das políticas da União no âmbito para proteger o ambiente deve ser considerado um objetivo independente da diretiva, que justifica o recurso ao artigo 192.º, n.º 1, do TFUE como base jurídica distinta, indissociavelmente ligado a outros objetivos identificados no presente parecer.
39. Todas as bases jurídicas mencionadas até este momento (artigo 43.º, n.º 2, artigos 91.º, 100.º e 114.º, artigo 168.º, n.º 4, e artigo 192.º, n.º 1, do TFUE) são juridicamente compatíveis dado que todas preveem o processo legislativo ordinário.

³⁹ Artigo 1.º, n.º 1, alínea a), subalínea v), e parte I, secção E. e parte II, secção C. do anexo.

⁴⁰ Ver, por exemplo, Regulamento (UE) n.º 649/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à exportação e importação de produtos químicos perigosos (JO L 201 de 27.7.2012, p. 60), mencionado na parte I, secção E., alínea vii). Esse regulamento baseia-se atualmente no artigo 192.º, n.º 1, e no artigo 207.º do TFUE. Da mesma forma, a Diretiva 2013/30/UE referida na parte II, secção C., alínea i) só tem um objetivo ambiental.

40. A referida observação não se aplica aos atos da Euratom⁴¹ no domínio de ação da segurança nuclear referidos no artigo 1.º, n.º 1, alínea a) e na parte correspondente do anexo, que enumera cinco atos⁴². Esses atos foram adotados por força do artigo 31.º do Tratado Euratom, que estabelece um processo específico, que está fora do âmbito do TFUE e tem um carácter não legislativo.⁴³ Além disso, este procedimento Euratom exige que a Comissão consulte peritos em saúde pública nomeados pelo Comité Científico e Técnico ao abrigo do Tratado Euratom, bem como do Comité Económico e Social Europeu, e que transmita os seus pareceres ao Conselho.⁴⁴ Esta lacuna não pode ser suprida pelo Conselho, uma vez que o Comité Científico e Técnico referido no artigo 31.º do Tratado Euratom está ligado à Comissão.

⁴¹ Versão consolidada do Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atómica, JO C 327 de 26.10.2012, pp. 1-107.

⁴² Ver artigo 1.º, n.º 1, alínea a), subalínea vi) e parte I, secção F. do anexo.

⁴³ O teor do artigo 31 do Tratado Euratom é o seguinte: "*As normas de base serão elaboradas pela Comissão, após parecer de um grupo de personalidades designadas pelo Comité Científico e Técnico de entre peritos cientistas dos Estados-Membros, nomeadamente de entre peritos em matéria de saúde pública. A Comissão solicitará o parecer do Comité Económico e Social sobre as normas de base assim elaboradas. Após consulta do Parlamento Europeu, o Conselho aprovará as normas de base, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, a qual lhe transmitirá os pareceres obtidos junto dos comités.*"

⁴⁴ O teor do artigo 134.º do Tratado Euratom é o seguinte: "*1. É instituído junto da Comissão um Comité Científico e Técnico, de natureza consultiva. O Comité será obrigatoriamente consultado nos casos previstos no presente Tratado, podendo também ser consultado em todos os casos em que a Comissão o considere oportuno. 2. O Comité é composto por quarenta e dois membros, nomeados pelo Conselho, após consulta à Comissão. Os membros do Comité são nomeados a título pessoal, por um período de cinco anos, renovável. Não estão vinculados a quaisquer instruções. O Comité Científico e Técnico designa, todos os anos, de entre os seus membros, o Presidente e a Mesa*" (sublinhado nosso).

41. Além disso, convém notar que o artigo 31.º do Tratado Euratom é um processo não legislativo. O Serviço Jurídico já teve oportunidade de explicar por que razão as bases jurídicas legislativas e não legislativas não devem ser combinadas num único e mesmo ato da União. Os motivos estão relacionados com as diferentes regras em matéria de publicidade e com a transmissão obrigatória dos projetos de atos legislativos aos parlamentos nacionais; a aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade e o papel dos parlamentos nacionais; as diferentes regras sobre a transparência das reuniões do Conselho e os critérios que determinam o *locus standi* para a fiscalização da legalidade dos atos da União, os quais variam em função da natureza legislativa ou não legislativa do ato.⁴⁵
42. Isto significa que, para a adoção de regras em matéria de proteção de denunciante no que diz respeito a esses atos EURATOM englobados no domínio de ação "segurança nuclear", será necessário um outro ato da União, em conformidade com o artigo 31.º do Tratado Euratom, que exigirá que a Comissão transmita ao Conselho os necessários pareceres recebidos do Comité Científico e Técnico e do Comité Económico e Social.

⁴⁵ Para mais pormenores, consultar: documento do Conselho 9303/13, parecer do Serviço Jurídico de 6 de maio de 2013, n.ºs 28-39; Ver também documento do Conselho 6138/11, parecer do Serviço Jurídico de 9 de fevereiro de 2011, n.ºs 20 e 23, no qual foi declarado que os atos híbridos que combinam uma medida legislativa (artigo 352.º do TFUE) e uma medida de execução (artigo 291.º do TFUE) não são compatíveis com os Tratados.

Matérias referidas no artigo 1.º, n.º 1, alínea b)

43. O artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da proposta prende-se com o reforço da aplicação do direito da União nos domínios de ação do direito da concorrência e dos auxílios estatais. Este objetivo setorial não pode basear-se no artigo 114.º do TFUE nem em qualquer outra das bases jurídicas setoriais referidas até ao momento. A razão para tal é o facto de as bases jurídicas para a adoção de medidas nestes domínios de ação – artigos 103.º e 109.º TFUE –, mesmo que estejam relacionadas com o mercado interno, serem processos não legislativos. Tal como acima referido, o Serviço Jurídico já explicou a razão pela qual, desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o recurso concomitante a atos legislativos e não legislativos deverá ser evitado.⁴⁶

Matérias referidas no artigo 1.º, n.º 1, alínea c)

44. O teor da disposição proposta é o seguinte:

"infrações lesivas dos interesses financeiros da União, definidas no artigo 325.º do Tratado e especificadas, em particular, na Diretiva (UE) 2017/1371 e no Regulamento (UE, Euratom) n.º 833/2013."

45. O artigo 114.º do TFUE não pode ser utilizado para abranger as infrações a medidas que visem a proteção dos interesses financeiros da União. Tal também não pode ser abrangido por qualquer outra base jurídica setorial referida até ao momento. Esta medida necessitará, por conseguinte, de base jurídica própria (artigo 325.º, n.º 4, do TFUE). O objetivo de reforçar a aplicação do direito e das políticas da União para a proteção dos interesses financeiros da União na aceção do artigo 325.º do TFUE deve ser considerado um objetivo distinto da diretiva, indissociavelmente ligado aos outros objetivos anteriormente mencionados. Uma vez que esta base jurídica é compatível com as outras bases jurídicas mencionadas supra, em que se faz igualmente referência ao processo legislativo ordinário, o artigo 325.º do TFUE pode ser acrescentado a estas outras bases jurídicas.

⁴⁶ As três instituições deverão proceder a uma troca de opiniões sobre a alteração da base jurídica. Ver ponto 25 do Acordo Interinstitucional entre o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia, de 13 de abril de 2016, sobre Legislar Melhor (JO de 12.5.2016, L 123/1): *"Se estiver prevista uma alteração da base jurídica que acarrete uma mudança do processo legislativo ordinário para um processo legislativo especial ou para um processo não legislativo, as três instituições procederão a uma troca de opiniões."*

46. No entanto, é necessário suprimir a referência à Diretiva (UE) 2017/1371. Essa diretiva foi adotada com base no artigo 83.º, n.º 2, do TFUE, introduzido pelo Tratado de Lisboa, a fim de permitir à União a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros em matéria penal através de "*regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções*" num determinado domínio de ação da União em que essa aproximação "*se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objeto de medidas de harmonização*".⁴⁷ Por conseguinte, a finalidade da base jurídica do artigo 83.º, n.º 2, do TFUE é apoiar, através de disposições de direito penal, outras políticas da União. Mais especificamente, a Diretiva (UE) 2017/1371 apoia o Regulamento (UE, Euratom) n.º 833/2013, mas tem um objeto mais restrito. Não há necessidade de remeter para a Diretiva (UE) 2017/1371 no artigo 1.º, n.º 1, alínea c).⁴⁸
47. Por último, contrariamente aos atos da Euratom em matéria de segurança nuclear, não há qualquer problema de incompatibilidade nos termos do Regulamento (UE, Euratom) n.º 833/2013. Tal deve-se ao facto de o artigo 106.º-A do Tratado Euratom⁴⁹ tornar o artigo 325.º do TFUE aplicável a este Tratado. A base jurídica do artigo 106.º-A do Tratado Euratom teria, porém, de ser acrescentada.

⁴⁷ Ver documento do Conselho 15309/12, parecer do Serviço Jurídico de 22 de outubro de 2012, n.ºs 6 e 7.

⁴⁸ Recorde-se igualmente que o artigo 83.º, n.º 2, do TFUE se enquadra na parte III, título V, do TFUE e desencadeia a aplicação dos Protocolos n.º 21 e n.º 22 sobre a posição do Reino Unido, da Irlanda e da Dinamarca. Além disso, o artigo 83.º, n.º 3, do TFUE concede o direito a um membro do Conselho, se este considerar que um projeto de diretiva prejudica aspetos fundamentais do seu sistema de justiça penal, de solicitar que o projeto de diretiva seja submetido ao Conselho Europeu, suspendendo o processo legislativo ordinário. Pelo contrário, em caso de desacordo, e se pelo menos nove Estados-Membros desejarem estabelecer uma cooperação reforçada com base no projeto de diretiva em causa, podem fazê-lo nessa base.

⁴⁹ O teor do artigo 106.º-A do Tratado Euratom é o seguinte: "*1. São aplicáveis ao presente Tratado os artigos 7.º, os artigos 13.º a 19.º, os n.ºs 2 a 5 do artigo 48.º e os artigos 49.º e 50.º do Tratado da União Europeia, o artigo 15.º, os artigos 223.º a 236.º, os artigos 237.º a 244.º, o artigo 245.º, os artigos 246.º a 270.º, os artigos 272.º, 273.º e 274.º, os artigos 277.º a 281.º, os artigos 285.º a 304.º, os artigos 310.º a 320.º, os artigos 322.º a 325.º e os artigos 336.º, 342.º e 344.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, bem como o Protocolo relativo às disposições transitórias.*"

Matérias referidas no artigo 1.º, n.º 1, alínea d)

48. O Serviço Jurídico assinala que o artigo 114.º do TFUE não pode ser utilizado para o reforço do cumprimento do direito da União que visa reforçar a luta contra a fraude e a evasão fiscais das empresas, que deve basear-se no artigo 115.º do TFUE⁵⁰. A base jurídica para a legislação da União ou a legislação proposta referida implicitamente no artigo 1.º, n.º 1, alínea d), e explicitamente nas notas de rodapé do considerando 17 da proposta da Comissão, é o processo previsto no artigo 113.º e/ou no artigo 115.º do TFUE. Ambos os artigos preveem um processo legislativo especial, que requer a unanimidade no Conselho e a consulta do Parlamento Europeu. Este domínio de ação (referido no artigo 1.º, n.º 1, alínea d)) terá, por conseguinte, de ser retirado do projeto de proposta através de uma divisão e terá de ser tratado em paralelo, uma vez que não é possível combinar num único ato da UE um processo legislativo ordinário e um processo legislativo especial que exige unanimidade⁵¹.

⁵⁰ Ver também parecer do Serviço Jurídico de 11 de novembro de 2016, documento do Conselho 14384/16.

⁵¹ Ver processo C-300/89, Comissão contra Conselho (Dióxido de titânio), EU:C:1991:244, n.ºs 17 a 21. O Tribunal constatou que o "processo de codecisão" (e o anterior "processo de cooperação") no âmbito do antigo artigo 251.º CE é incompatível com uma base jurídica que exige unanimidade no Conselho. Ver também: Nota informativa do Serviço Jurídico ao Coreper sobre o acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-130/10, Parlamento contra Conselho: documento do Conselho 15826/12, n.º 9.

IV. CONCLUSÕES

49. Pelas razões acima expostas, o Serviço Jurídico do Conselho entende que:

- 1) a proposta de diretiva exige as seguintes bases jurídicas: artigo 43.º, n.º 2, artigos 91.º, 100.º e 114.º, artigo 168.º, n.º 4, artigo 192.º, n.º 1, e artigo 325.º do TFUE, em conjugação com o artigo 106.º-A do Tratado Euratom; estas bases jurídicas podem abranger todos os setores do direito da União referidos no artigo 1.º, n.º 1, alínea a), e no artigo 1.º, n.º 1, alínea c), da proposta da Comissão, com exceção da Segurança Nuclear;
- 2) serão necessários atos distintos, cada um com a sua base jurídica independente, através de uma divisão dos seguintes setores e atos da União, cuja análise pode ser efetuada em paralelo com a proposta de diretiva e pode ser tratada como um pacote:
 - a) para os atos da União relativos à segurança nuclear, a que se refere o artigo 1.º, n.º 1, alínea a), subalínea vi), da proposta da Comissão, um ato distinto terá de ser baseado no processo específico não legislativo, tal como estabelecido no artigo 31.º do Tratado Euratom;
 - b) para os atos da União relativos ao direito da concorrência e aos auxílios estatais, a que se refere o artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da proposta da Comissão, um ato distinto terá de ser baseado no processo não legislativo estabelecido nos artigos 103.º e 109.º do TFUE;
 - c) para as normas que regem o imposto sobre as sociedades ou para reforçar a aplicação de medidas contra os expedientes cujo objetivo seja a obtenção de vantagens fiscais, a que se refere o artigo 1.º, n.º 1, alínea c), um ato distinto terá de se basear no processo legislativo especial previsto no artigo 115.º do TFUE;
 - d) para o Regulamento (UE) n.º 258/2012 (armas de fogo), a que se refere a parte I, secção C, ponto 2, alínea iii), do anexo da proposta da Comissão, um ato distinto terá de ser adotado na forma de um regulamento nos termos do artigo 207.º, n.º 2, do TFUE;

- 3) terão de ser suprimidas as referências aos seguintes atos da União:
- a) a referência à Diretiva (UE) 2017/1371 no artigo 1.º, n.º 1, alínea c), da proposta da Comissão;
 - b) a referência à Decisão n.º 1082/2013/UE enumerada na parte I, secção H, ponto 3. do anexo, relativo a ameaças transfronteiriças graves para a saúde humana.
-