CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 17 de Maio de 1990 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. A resposta que o Tribunal é chamado a dar a duas questões prejudiciais apresentadas pela House of Lords no processo Factortame figurará decerto entre as que contribuem para definir o quadro das relações entre o juiz nacional e o direito comunitário. E acrescento: num ponto de importância manifesta.

As questões são claras. Até que o Tribunal de Justiça se pronuncie sobre a interpretação prejudicial de uma norma comunitária com efeito directo, o ordenamento jurídico inglês não permite que o juiz suspenda, a título cautelar, a aplicação da norma nacional alegadamente contrária, e, portanto, reconheça provisoriamente o direito do particular, invocado com base na norma comunitária mas negado pela norma de direito nacional: 1) o juiz nacional deve (ou pode) decidir nesse sentido com base no direito comunitário? 2) em caso afirmativo, com base em que critérios?

2. No litígio que deu origem à questão prejudicial, um número importante de sociedades que operam no sector das pescas, reguladas pelo direito inglês mas representando interesses espanhóis, contesta a legalidade, na perspectiva do direito comunitário, de uma lei inglesa que em 1988 modificou — agravando-os voluntariamente no que se refere aos interesses estrangeiros (mesmo comunitários) — os requisitos de matrícula no registo dos navios de pesca, em especial quanto à nacionalidade e à residência do proprietário efectivo. Invocando determinadas disposições do Tratado com efeito directo, a sociedade Factortame e outras instauraram um processo de «fiscalização jurisdicional» da lei em questão, solicitando que se declarasse não lhes ser aplicável por violação das normas comunitárias, se proibisse a administração de considerar caduca a matrícula dos navios obtida com base na anterior lei e fossem concedidas providências cautelares em caso de reenvio da decisão definitiva.

3. O órgão jurisdicional de primeira instância, a Divisional Court da Queen's Bench Division, submeteu ao Tribunal de Justiça a interpretação das normas comunitárias invocadas e, a título cautelar, ordenou à administração que não aplicasse a nova lei às recorrentes até ser proferida a decisão definitiva ou até ser concedida nova providência cautelar.

4. Impugnada pela administração, a providência cautelar foi revogada pela Court of Appeal, com o fundamento de que o juiz inglês não pôde suspender, através de uma medida provisória, a aplicação das leis nem impor à administração uma obrigação de *facere*.

5. Tendo-lhe sido submetida a questão, a House of Lords, confirmando que com base no direito inglês não é possível ao juiz suspender a aplicação de uma lei aprovada pelo

* Língua original: italiano.

Parlamento com base na sua —- presumida mas não verificada — incompatibilidade com o direito comunitário, submeteu ao Tribunal de Justiça as referidas questões prejudiciais, através das quais pretende, em substância, saber se o que não é consentido pelo direito inglês é imposto ou autorizado pelo direito comunitário.

6. A título preliminar, convém esclarecer que o juiz *a quo* reconhece o seu poder-dever de dar primazia, relativamente a uma lei interna em contrário, a uma norma do Tratado ou derivada que produza efeitos directos no ordenamento inglês; isto quando a contradição seja imediata e facilmente determinável, quer porque já existe uma interpretação da norma comunitária pelo Tribunal de Justiça quer porque a norma é suficientemente «clara». O problema colocou-se, no entanto, porque relativamente à interpretação das normas comunitárias em apreço não existia qualquer certeza, antes «sérios argumentos contra e a favor da existência dos direitos invocados», tanto que o juiz de primeira instância tinha solicitado a interpretação a título prejudicial pelo Tribunal de Justiça, questão essa que foi objecto de um processo diferente e independente do presente (processo 221/89). Além disso, e para completar o quadro, recordo que, relativamente à pretensa incompatibilidade com o direito comunitário da mesma lei inglesa em causa, mas apenas na perspectiva da nacionalidade, a Comissão intentou uma acção ao abrigo do artigo 169.° contra o Reino Unido, solicitando igualmente que, a título provisório, fosse suspensa a aplicação da lei. O Tribunal já proferiu um despacho dando provimento a esse pedido e a lei foi igualmente alterada *in parte qua*[1].

1 — Despacho de 10 de Outubro de 1989, processo 246/89 R, Colect., p. 3125.

7. Ainda a título preliminar, parece-me oportuno sublinhar que o problema foi colocado no âmbito do processo específico de «fiscalização jurisdicional» previsto no sistema inglês, instaurado pelos interessados ainda antes da entrada em vigor da nova lei sobre o registo marítimo. A este respeito, quer o juiz *a quo* na decisão de reenvio quer o Governo britânico nas observações escritas, sublinharam que, se a questão do conflito com o direito comunitário fosse suscitada no âmbito de um processo crime ou administrativo instaurado contra os mesmos interessados por violação da lei sobre o registo marítimo, teria sido possível ao juiz *suspender a instância* (talvez mesmo arrestar os navios), enquanto esperava pelo resultado da questão prejudicial submetida ao Tribunal sobre a interpretação das normas comunitárias em causa. As consequências do acórdão do Tribunal, favoráveis ou desfavoráveis relativamente à pretensão dos interessados, repercutir-se-iam sobre estes últimos retroactivamente. Daqui o juiz *a quo* retira que nesse caso «o processo principal não seria frustrado, mas haveria mera suspensão da instância» (p. 9 da decisão).

Não é perfeitamente claro em que perspectiva foi precisada a diferença entre a situação em apreço (processo de fiscalização jurisdicional) e a que se poderia verificar num processo normal de tipo repressivo ou outro que fosse instaurado na sequência de uma violação da lei. A verdade é que, quanto ao que nos interessa, não me parece que a diferença tenha grande importância. A simples *suspensão da instância* com base na apresentação de uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça nos termos do artigo 177.° do Tratado *não é uma medida cautelar* e não dá cumprimento a qualquer existência de tutela

provisória dos direitos invocados. Pelo contrário, põe indubitavelmente em termos mais graves o mesmo problema que determina a exigência de uma tutela provisória: se, suspenso, o processo seria «frustrado» por atraso na decisão definitiva.

Assim, a questão da House of Lords é importante, do mesmo modo e nos mesmos termos, relativamente tanto a uma como a outra das situações processuais apresentadas ao Tribunal. Só assim não seria se, fosse qual fosse o processo, ao juiz fosse permitido, em caso de suspensão com reenvio ao Tribunal nos termos do artigo 177.°, conceder igualmente providências cautelares do tipo das solicitadas pelas recorrentes no caso em apreço e se tivesse, por exemplo, o poder de autorizar provisoriamente a matrícula dos navios com base na lei anterior e até ser proferida a decisão definitiva: o que evidentemente não é possível, como claramente foi dito na audiência, tanto neste tipo de processo como em qualquer outro.

8. Em contrapartida, considero importante a circunstância, evidenciada pelo juiz *a quo*, de que numa situação como a que nos ocupa, isto é, tendo sido indeferido o pedido de providências cautelares, o prejuízo económico sofrido pelas recorrentes com a demora do processo nunca poderia ser ressarcido, visto a isso se opor uma jurisprudência nacional constante (acórdão de reenvio, p. 6). Daqui resulta que, mesmo na hipótese de uma decisão do Tribunal conforme à tese das recorrentes no processo principal, a posterior sentença do juiz nacional não poderá compensar o dano sofrido e a decisão poderia resultar, de qualquer modo, «frustrada».

Isto não quer dizer que o ressarcimento do dano patrimonial tenha uma importância decisiva e constitua uma alternativa real à protecção cautelar, atendendo a que, mesmo quando previsto, não seria suficiente, por si só, para satisfazer sempre e de qualquer modo a exigência de protecção provisória, exigência que nasce da própria insuficiência da reparação pecuniária relativamente à «utilidade» da futura decisão [2]. Sobretudo, a preclusão do ressarcimento torna por hipótese irreparável o dano patrimonial sofrido com a demora do processo.

9. O juiz inglês individualizou especificamente os princípios do direito comunitário cuja interpretação prejudicial pelo Tribunal lhe permitiria resolver num ou noutro sentido o problema: a eficácia directa das normas comunitárias invocadas, a obrigação de tutela directa e imediata dos direitos dos particulares, a eficácia não ilusória dos meios de protecção jurisdicional, a obrigação de não aplicar normas e/ou práticas nacionais que tornam impossível o exercício dos direitos e a sua tutela.

Do mesmo modo, foram postos em evidência os obstáculos formais ao exercício do poder cautelar por parte do juiz inglês num caso semelhante àquele sobre que nos debruçamos: a presunção de legalidade que se verifica em favor da lei nacional até à decisão definitiva, incluindo a interpretação prejudicial pelo Tribunal, bem como a impossibilidade de impor uma obrigação de *facere* à administração, impossibilidade que, aliás, não diz apenas respeito aos procedimentos

2 — Ver, a título de exemplo, despacho do Tribunal de 21 de Agosto de 1981, 232/81 R, Recueil, p. 2193, n.° 9.

cautelares, mas igualmente às decisões definitivas (observações do Governo inglês, p. 13 e 20).

10. Os princípios do direito comunitário que a House of Lords assinalou como importantes e de cuja interpretação faz depender a sua decisão são princípios fundamentais, consagrados em numerosos acórdãos do Tribunal. Esses princípios são de qualquer forma e pacificamente observados pelos juízes ingleses, com a única reserva que constitui a razão de ser e ao mesmo tempo o objecto do presente processo prejudicial: devem ser igualmente interpretados no sentido de que o juiz nacional deve (ou pode) conceder uma providência cautelar que consista numa injunção à Coroa para que não aplique, enquanto não for proferida decisão quanto ao mérito, uma «medida» (no caso em apreço uma lei aprovada pelo Parlamento) relativamente à qual não exista a certeza mas apenas uma suspeita, embora séria, de incompatibilidade com o direito comunitário? Em suma, as obrigações que o direito comunitário impõe ao juiz nacional para tutela dos direitos atribuídos directamente aos particulares incluem igualmente a não aplicação a título cautelar da lei interna que se alega estar em contradição?

11. A resposta a esta questão requer, para além e mais do que uma rápida análise dos princípios de direito comunitário relevantes, bem conhecidos pelo juiz *a quo*, a individualização da exigência que está na origem e que é igualmente a razão de ser da tutela cautelar, figura há muito tempo radicada na teoria geral do direito e nos ordenamentos dos Estados-membros.

12. O pressuposto para a apreciação do problema é que, como é pacífico no caso em apreço, se trata de *normas comunitárias com eficácia directa*, com o sentido incontestado de normas que atribuem de forma imediata aos particulares posições jurídicas susceptíveis de serem qualificadas de direitos (subjectivos) e que, enquanto tais, podem ser invocados perante os órgãos jurisdicionais nacionais. Cabe ainda sublinhar que é esta a hipótese de que parte o Tribunal no presente processo prejudicial, não tendo qualquer importância saber de que normas comunitárias se trata e qual é a sua correcta interpretação. Com efeito, não é a interpretação das simples normas do Tratado invocadas pelas recorrentes no processo perante o juiz nacional que é solicitada no presente processo (apenas para clarificar, recorde-se que se trata dos artigos 7.°, 52.°, 58.° e 221.° do Tratado), mas antes da interpretação dos acima referidos princípios de direito comunitário. Noutros termos, não se solicita ao Tribunal que se pronuncie sobre o mérito das normas invocadas pelas recorrentes, objecto de um outro e distinto processo prejudicial, repita-se, igualmente pendente perante este Tribunal (processo 221/89), mas antes que dê uma resposta geral com vista à protecção cautelar de direitos invocados por um particular com base em normas comunitárias com eficácia directa.

13. Isto posto, recordo igualmente que as normas de direito comunitário com efeito directo «devem produzir todos os seus efeitos, de maneira uniforme em todos os Estados-membros, a partir da sua entrada em vigor e durante todo o seu período de validade»[3] e que «esse efeito diz igualmente respeito a qualquer juiz que, chamado a decidir no âmbito da sua competência, tem, enquanto órgão de um Estado-membro, por

3 — Entre outros: acórdão de 9 de Março de 1978, Simmenthal, n.° 14 (106/77, Recueil, p. 629); acórdão de 10 de Julho de 1980, Ariete, n.° 5 (811/79, Recueil, p. 2545).

missão proteger os direitos atribuídos aos particulares pelo direito comunitário» (Simmenthal, n.° 16) (tradução provisória). E ainda neste último acórdão o Tribunal declarou que, atendendo ao primado do direito comunitário, as suas normas com efeito directo, por um lado, «tornam automaticamente inaplicável, pelo próprio facto da sua entrada em vigor, qualquer disposição em contrário da legislação nacional existente», e, por outro, impedem «a adopção válida de novos actos legislativos nacionais, desde que estes sejam incompatíveis com normas comunitárias» (Simmenthal, n.° 17) (tradução provisória).

Portanto, é perfeitamente claro que a norma comunitária com eficácia directa no interior dos Estados-membros atribui aos particulares uma posição jurídica subjectiva a partir da sua entrada em vigor e durante toda a sua vigência, independentemente e apesar da norma nacional já existente ou posterior que, eventualmente, negue essa mesma posição jurídica. Não penso que seja útil, e sobretudo aqui, um estéril exercício dialéctico a propósito da fundamentação teórica deste estado de coisas adquirido. O que interessa, na medida em que é aqui pertinente, é que o juiz nacional é obrigado a garantir a tutela jurisdicional dos direitos atribuídos pela norma comunitária desde a sua entrada em vigor e durante todo o seu período de validade.

14. Igualmente pacífico e em sintonia com o princípio da cooperação enunciado no artigo 5.° do Tratado, verdadeira chave da interpretação de todo o sistema, é que as modalidades e os mecanismos de tutela dos direitos atribuídos aos particulares pelas normas comunitárias são e continuam a ser os previstos nos ordenamentos internos dos Estados-membros, visto não existir um sistema processual harmonizado. Esse princípio, que encontramos na jurisprudência do Tribunal, baseia-se, todavia, num pressuposto fundamental, retirado também do segundo parágrafo do artigo 5.°: as modalidades e os processos nacionais não devem ser menos favoráveis do que os relativos a processos análogos para tutela dos direitos baseados em normas nacionais e, do mesmo modo, não devem ser susceptíveis de tornar na prática «impossível o exercício de direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais têm a obrigação de proteger» [4].

De resto, já no acórdão Simmenthal, o Tribunal tinha afirmado, no n.° 22, que é «incompatível com as exigências inerentes à própria natureza do direito comunitário qualquer disposição de uma ordem jurídica nacional ou qualquer prática legislativa, administrativa ou judicial, que tivesse como efeito diminuir a eficácia do direito comunitário por recusar ao juiz competente para aplicar esse direito o poder de fazer, no momento exacto dessa aplicação, tudo o que fosse necessário para afastar as disposições legislativas nacionais susceptíveis de obstar à plena eficácia das normas comunitárias;» [5] por outras palavras, ou com os meios previstos no ordenamento jurídico, ou, caso não existam, «por sua própria iniciativa» (Simmenthal, n.° 24) (tradução provisória).

4 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1976, Rewe Zentralfinanz/Landwirtschaftskammer, n.° 5 (33/76, Recueil, p. 1989); acórdão de 16 de Dezembro de 1975, Comet, n.os 15 e 16 (45/76, Recueil, p. 2043); acórdão de 10 de Julho de 1980, Ariete, n.° 12 (811/79, Recueil, p. 2545); acórdão de 12 de Junho de 1980, Express Dairy Foods, n.° 12 (130/79, Recueil, p. 1887); acórdão de 27 de Março de 1980, Denkavit italiana, n.° 25 (61/79, Recueil, p. 1205); acórdão de 27 de Fevereiro de 1980, Hans Just, n.° 25 (68/79, Recueil, p. 501); acórdão de 9 de Novembro de 1983, San Giorgio, n.os 12 e seguintes (199/82, Recueil, p. 3595).

5 — Recordo igualmente o recente acórdão de 21 de Setembro de 1989, Comissão/Grécia (68/88, Colect., p. 2965), em que o Tribunal declara que «o artigo 5.° do Tratado impõe aos Estdos-membros que tomem todas as medidas adequadas para garantir o alcance e a eficácia do direito comunitário» (n.° 23).

15. É, portanto, certo, à luz de jurisprudência assente do Tribunal, aliás detalhadamente individualizada pelo juiz *a quo*, que os juízes nacionais têm a obrigação de garantir aos particulares, titulares de direitos subjectivos que têm a sua origem em normas comunitárias com eficácia directa, *uma tutela jurisdicional completa e efectiva*, com base no facto de que a norma comunitária regula esse caso desde a sua entrada em vigor. Daqui resulta a incompatibilidade com o direito comunitário de todas as disposições ou práticas nacionais que impeçam o juiz de dar «plena eficácia» às normas comunitárias.

A observação não parece supérflua apenas porque é frequente encontrá-la na jurisprudência do Tribunal, pois precisamente dessa observação deriva a resposta que sugiro que o Tribunal dê no caso em apreço.

16. O problema que o juiz nacional coloca é geral e não é novo, ainda que, implicitamente ultrapassado por outros juízes[6], seja pela primeira vez submetido à apreciação do Tribunal, talvez não por acaso numa situação processual um pouco particular como é a da «fiscalização jurisdicional» da lei prevista no Reino Unido. A questão, portanto, não se prende só com o sistema inglês[7] e não diz apenas respeito à relação entre uma lei nacional e uma norma comunitária, antes visando a exigência e a própria existência da tutela provisória de um direito, que ainda não é certo mas está a ser determinado, *numa hipótese de conflito entre normas hierarquicamente diferentes*, conflito que, no caso da relação entre a norma nacional e a norma comunitária, para lá das escolhas teóricas e terminológicas das técnicas utilizadas pelos diferentes Estados-membros, se exprime eficazmente na noção de *primado*, ou seja, de «prevalência» da segunda sobre a primeira. O problema nasce da *não simultaneidade* entre os dois momentos que fisicamente marcam o fenómeno jurídico: o da *existência* do direito e o da sua (definitiva)

6 — Em mais de um processo de reenvio prejudicial para o Tribunal, por suspeita de contradição da disciplina legal nacional (lei ou acto administrativo) com o direito comunitário, o juiz *a quo* decidiu sem hesitação pela concessão de providências cautelares que, em substância, se traduziam na não aplicação provisória da referida disciplina: a título de exemplo, ordenando que se suspendesse uma expulsão dos Países Baixos (acórdão de 17 de Abril de 1986, Reed, 59/85, Colect., p. 1283); ou que, a título provisório, continuasse em vigor um contrato de trabalho celebrado com a Universidade de Veneza (acórdão de 30 de Maio de 1989, Allué, 33/88, Colect., p. 1591); ou ordenando a emissão de uma autorização provisória de residência na Bélgica (processo 363/89, pendente).

7 — Um problema análogo ao que nos ocupa colocou-se, de facto, a inúmeros órgãos jurisdicionais franceses, quando se introduziu uma nova lei sobre os preços mínimos dos carburantes (assim como para os livros), lei essa que alguns distribuidores não observaram, invocando a sua incompatibilidade com o direito comunitário. A esse comportamento opuseram-se outros operadores, que solicitaram a adopção de medidas provisórias de inibição com base na nova lei. Não poucos juízes acolheram o pedido, baseando-se na presunção de legalidade da lei perante a mera suspeição de incompatibilidade com o Tratado (a título de exemplo, o tribunal de grande instance, Le Mans, 11.7.1983, *Gazette du Palais*, 1984, 1, sumário p. 121); outros juízes recusaram a providência cautelar, precisamente com base em que a violação de uma lei possivelmente incompatível com o direito comunitário não era um «trouble manifestement illicite» (Cour d'appel de Paris, 4.7.1984, *Gazette du Palais*, 1984, 2, 658, nota Fourgoix; tribunal de grande instance, Pontoise, 22.2.1984, *ibidem*, 296; ver argumentação Bertin, «Un trouble manifestement illicite: la lutte contre la vie chère», *Gazette du Palais*, 1983, 2, doc. 419; bem como «Le juge des référés et le droit communautaire», *ibidem*, 1984, doc. 48). A Cour de cassation adoptou formalmente esta segunda orientação (chambre commerciale, 15.5.1985, *Gazette du Palais*, 1985, 2, panor. p. 346 e 347), mas baseando-se no acórdão do Tribunal de Justiça proferido entretanto no sentido da incompatibilidade da lei controvertida (acórdão de 10 de Janeiro de 1985, Association des centrales distributeurs Edouard Leclerc e outros, 229/83, Recueil, p. 1, e acórdão de 29 de Janeiro de 1985, Henri Callet e Chambre syndicale des réparateurs automobiles et détaillants de produits pétroliers, 231/83, Recueil, p. 305). Posteriormente, a Cour de cassation, ainda na sequência de um acórdão do Tribunal (acórdão de 4 de Maio de 1988, Bodson, 30/87, Colect., p. 2479), declarou, mas em termos mais gerais, que compete ao juiz da providência cautelar verificar «si le trouble invoqué était manifestement illicite au regard du traité de Rome» (chambre commerciale, 10.7.1989, Rec. Dalloz 1989, inf. rap., p. 243). Ver, igualmente, Cour de cassation, 22.4.1986, Rec. Dalloz 1986, inf. rap., p. 242).

determinação, num contexto particular e complexo como aquele que exige um moderno sistema de tutela jurisdicional.

17. Para compensar a não simultaneidade dos dois momentos existe um primeiro remédio de ordem geral. Com efeito, é verdade que apenas a determinação definitiva do direito lhe confere a plenitude e certeza do conteúdo, no sentido de tornar definitivamente incontestável o próprio direito e/ou as modalidades do seu exercício (*res judicata* em sentido substancial). Mas é igualmente verdade que esse efeito se reporta ao momento em que o direito é invocado através da activação do controlo jurisdicional. O efeito da determinação do direito, impróprio mas significativamente definido como retroactivo, apenas é consequência da função da norma e da sua forma de ser e de operar, que de facto determina uma posição jurídica subjectiva qualificável como direito a partir da sua entrada em vigor e durante toda a sua vigência, a não ser que se verifique um atraso quanto à sua plena e efectiva operatividade se acaso surgir a exigência de uma determinação jurisdicional prévia e, em especial, de um prévio controlo da legalidade da norma por hipótese aplicável. Convém acrescentar que o mesmo ocorreria se nos colocássemos numa perspectiva oposta e considerássemos a inexistência do direito e a correspondente determinação.

O que importa sublinhar é que no momento do pedido o direito já existe (ou não existe) e é legal ou ilegal a norma que o atribui (ou nega) ao particular. E que o processo de fiscalização jurisdicional atrasa apenas a sua determinação, e portanto a plena e efectiva operatividade, para um momento posterior e sem prejuízo da «retroactividade» dos efeitos dessa mesma determinação. Isto, bem entendido, é válido quer na hipótese de a determinação do direito implicar uma apreciação do nexo existente entre o facto e a norma invocada quer quando o juiz é chamado a determinar a norma aplicável dentre duas ou mais normas, mesmo contraditórias. Ora, neste último caso, em que a determinação se pode realizar mesmo através de um controlo de legalidade, a norma que for definida como aplicável (em vez da outra declarada ilegal ou incompatível) na realidade já o era desde o momento do pedido, visto que nesse momento o que faltava era apenas a determinação do direito e não a sua existência. Isto foi precisamente salientado pelo próprio Tribunal, quando afirmou que «a interpretação que, no exercício da competência que o artigo 177.° lhe atribui, o Tribunal de Justiça dá de uma norma do direito comunitário, esclarece e precisa, quando necessário, o significado e o alcance dessa norma tal como deve ser ou deveria ter sido entendida e aplicada desde a sua entrada em vigor» [8] (tradução provisória).

18. O referido remédio geral para a não simultaneidade da determinação e da existência do direito nem sempre consegue realizar o objectivo principal da tutela jurisdicional. Por vezes, com efeito, a determinação verifica-se demasiado tarde para que o direito invocado possa ser plena e utilmente exercitado: o que é tanto mais provável quanto mais articulado e complexo e, em definitivo acompanhado de garantias, seja o processo que conduz à determinação definitiva. A consequência é que nesse caso pode não se verificar, para além da utilidade, a eficácia da tutela jurisdicional, e poderia verificar-se uma traição ao princípio, há muito tempo consagrado pela teoria geral do direito, de que *a necessidade de utilizar o processo para obter justiça não deve voltar-se contra quem tem razão.*

8 — Acórdão de 10 de Julho de 1980, Mireco, n.° 7 (826/79, Recueil, p. 2559).

Ora, a tutela cautelar tem precisamente este fim objectivo, de fazer com que o tempo necessário à determinação do direito não acabe por irreversivelmente esvaziar de conteúdo o próprio direito, tornando vãs as possibilidades de o exercer, em suma, de realizar o objectivo fundamental de qualquer ordem jurídica que é a *efectividade da tutela jurisdicional.* A tutela cautelar visa, na medida do possível, evitar que o dano provocado pela não simultaneidade da determinação e da existência do direito prejudique a efectividade e a própria função da determinação, o que foi precisamente confirmado igualmente pelo Tribunal quando ligou a protecção provisória à *plena eficácia da futura decisão definitiva*[9]; ou à exigência de «manter a situação inalterada até decisão definitiva quanto ao mérito»[10].

19. Determinada a função da tutela provisória, esta revela-se um instrumento fundamental e indispensável de qualquer sistema jurisdicional, visando a realização de forma precisa e nunca inútil do objectivo de determinação do direito e, de modo mais geral, de aplicação da norma jurídica, sempre que a demora do processo seja susceptível de prejudicar a realização desse objectivo e, portanto, esvaziar a sentença do seu efeito útil.

Além disso, a exigência de tutela provisória, como acima se referiu, coloca-se nos mesmos termos quer quando a determinação diz respeito aos factos e, consequentemente, à determinação da norma aplicável, portanto quando a incerteza sobre o resultado do pedido incide — mas a expressão não é das mais felizes — «sobre os factos», quer quando se trata de escolher entre duas ou mais normas susceptíveis de serem aplicadas (pense-se, por exemplo, num problema de qualificação), não importando saber se ambas são consideradas legais ou se uma é considerada incompatível com outra hierarquicamente superior ou, de qualquer modo, prevalente.

Em especial, na hipótese de — como no caso em apreço — a determinação do direito implicar não só a escolha entre duas ou mais normas suceptíveis de serem aplicadas, mas comportar um controlo prévio da legalidade ou compatibilidade de uma relativamente à outra, hierarquicamente superior ou, de qualquer modo, prevalente, o quadro

9 — Ver, a título de exemplo, despacho de 12 de Dezembro de 1968, Renkens (27/68, Recueil 1969, p. 275). Ver, igualmente, as conclusões do advogado-geral Capotorti nos processos 24 e 97/80 R, Recueil 1980, p. 1337. Substancialmente nos mesmos termos, o despacho de 8 de Abril de 1965 (18/65 R, Recueil 1966, p. 185); 14 de Dezembro de 1982 (260/82 R, Recueil, p. 4371); 13 de Dezembro de 1984 (269/84 R, Recueil, p. 4333); e 16 de Março de 1988 (44/88 R, Colect., p. 1670. O nexo necessário entre a efectividade da tutela jurisdicional e a tutela cautelar foi posto em evidência, como se sabe, sobretudo pela doutrina italiana (Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Nápoles, 1933, n.° 12, bem como já nos *Principi di diritto processuale civile*, Nápoles, 1906, p. 137 e seguintes.; Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Pádua, 1936) e pela doutrina alemã (Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig, 1913, II, p. 22 e seguintes.). O princípio de que *a duração do processo não deve funcionar contra quem tem razão* encontra-se formulado, ainda que sob forma diferente, igualmente num acórdão do Tribunal arbitral misto germano-polaco de 29.7.1924: «Par les mesures conservatoires, les tribunaux cherchent à remédier aux lenteurs de la justice, de manière qu'autant que possible l'issue du procès soit la même que s'il pouvait se terminer en un jour», Rec. déc. TAM, V, 455. Ver igualmente Bundesverfassungsgericht, 19.6.1973, *in* NJW 1973, 34, 1491 e seguintes. («Der Sinn dieses besonderen Verfahrens besteht darin, einen effektiven Gerichtsschutz gegenüber Maßnahmen der Executive zu sichern und durchzusetzen... Das Verfahrensgrundrecht des Art. 19 Abs. 4 bb garantiert nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch die Effektivität des Rechtschutzes; der Bürger hat einen substantiellen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle»). Ver, por último, Corte Costituzionale n.° 190 de 28.6.1985, no sentido de que «esige rispetto il principio, per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, di cui la dottrina non solo italiana fin dagli inizi del corrente secolo ha dimostrato la validità» (*Foro Italiano*, 1985, I, 1881). Sobre as origens e fundamento da tutela provisória em França, ver Debbasch, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, Paris, 1962, p. 300 e seguintes.

10 — Despacho de 5 de Agosto de 1983, 118/83 R, Recueil, p. 2583, n.° 37.

só aparentemente difere, em especial quando esse controlo é atribuído a um órgão jurisdicional *ad hoc*. Também esta hipótese, de facto, se enquadra perfeitamente na função típica do processo, que visa a determinação e, portanto, a actuação do direito, de forma que a exigência da tutela provisória da posição do particular permanece inalterada, porque se trata, também neste caso, de determinar, interpretar e aplicar ao caso em apreço a correcta (e válida) disciplina normativa.

20. Por conseguinte, o que se convencionou chamar presunção de legalidade, que acompanha a lei e o acto administrativo, da mesma forma que o acto comunitário, até que em sede jurisdicional se declare a sua incompatibilidade com uma norma hierarquicamente superior ou de qualquer modo prevalente, *na medida em que se prevê esse controlo*, não constitui obstáculo formal à tutela provisória de uma posição jurídica subjectiva. Pelo contrário, até porque se trata de uma presunção, que como tal pode ser ilidida pela decisão definitiva, subsiste a exigência de remediar o carácter tardio e/ou infrutuoso dessa mesma constatação.

Na verdade, é certo e incontestável que uma norma, quer esteja contida numa lei aprovada pelo Parlamento ou num acto comunitário, num acto administrativo ou mesmo num acto hierarquicamente inferior, beneficia da presunção de legalidade. Mas isto não pode nem deve significar que o juiz está impedido de temporariamente paralisar os seus efeitos relativamente a um caso concreto que lhe é submetido quando, na expectativa da decisão definitiva sobre a legalidade ou compatibilidade relativamente a uma norma hierarquicamente superior ou prevalente, uma ou outra das posições jurídicas em confronto corre o risco de ser irreversivelmente prejudicada e quando exista a suspeita (com reserva de ser demonstrada a sua consistência) de que a determinação definitiva pode levar ao reconhecimento da ilegalidade da lei ou do acto administrativo em causa.

21. Em suma, a presunção de legalidade da lei ou do acto administrativo não pode nem deve ter o significado de negar a própria possibilidade de tutela cautelar, *na medida em que a respeito de uma e outro se preveja um sistema de controlo jurisdicional de legalidade.*

Longe de contrariar o princípio da legalidade da lei ou do acto administrativo, que se concretiza numa presunção ilidível pela declaração definitiva, a tutela provisória elimina, de facto, o risco de uma tal presunção produzir um efeito perverso — certamente não pretendido por nenhum ordenamento jurídico — de esvaziar a função do controlo jurisdicional e, em especial, do controlo da legalidade da lei. Pensar de outra forma equivaleria a negar radicalmente a possibilidade da tutela provisória, não só em relação à lei, mas em absoluto, atendendo a que qualquer acto dos poderes públicos, quer seja normativo em sentido próprio, quer individual, se presume legal até ser concluída a fiscalização jurisdicional da sua legalidade.

22. Numa situação processual do tipo da que aqui nos interessa, em que se perspectiva a incompatibilidade de uma norma relativamente a outra hierarquicamente superior ou prevalente, como já se referiu, *é fundamental considerar que, no caso em apreço, ambas as normas se encontram ligadas por hipótese e a partir do momento do pedido.* Isto é tão verdadeiro que a determinação definitiva, cujos efeitos se reportam ao momento do pedido, não inovará quanto à existência (ou inexistência) do direito invocado, por-

que as normas em confronto são por hipótese alternativamente válidas e aplicáveis (ou inválidas e inaplicáveis), e ambas beneficiam do que se convencionou chamar presunção de legalidade, enquanto apenas é diferido o momento da determinação em virtude dos prazos do processo. Entretanto, existe uma situação definida exactamente como de «*aparência de direito*», que é o próprio fundamento da providência cautelar *e que abrange o conjunto do quadro normativo por hipótese relevante.* Não existe portanto uma certeza (com a correspondente presunção de legalidade) sobre uma norma e incerteza a propósito de outra, *mas aparência da disciplina no seu conjunto, de uma e outra das normas em confronto*: e compete ao juiz apreciar se a aparência é de ordem a impor a tutela provisória do direito invocado ou a negá-la, com base em critérios substanciais relacionados com a maior ou menor aparência de legalidade da disposição controvertida (*fumus boni juris*, ou como quer que seja designado), bem como à possibilidade ou não de uma ou outra das posições em confronto ser prejudicada enquanto se espera pelo resultado definitivo do processo (*periculum in mora*).

23. As observações que precedem são amplamente confirmadas pelo facto de em todos os ordenamentos dos Estados-membros (o sistema dinamarquês constitui uma excepção parcial) se prever, apesar da diversidade das formas e das exigências relacionadas com a duração do processo, a tutela provisória dos direitos, negados pela norma hierarquicamente inferior e invocados com base numa norma hierarquicamente superior.

Antes de mais, é pacífico que a aplicação do acto administrativo, que contudo beneficia da presunção de legalidade nos mesmos termos que a lei, de tal forma que a impugnação não suspende a sua operatividade (salvo raras excepções), pode perfeitamente ser suspensa a título cautelar enquanto se espera pela decisão definitiva sobre a legalidade.

A hipótese de não aplicação provisória da lei, nos ordenamentos em que se admite o controlo jurisdicional da legalidade, é indiscutivelmente mais rara.

Amiúde, o problema da constitucionalidade da lei surge no contexto de uma impugnação do acto administrativo que resulta da aplicação dessa lei, de forma que a exigência de uma não aplicação da lei enquanto tal não se coloca, o que em alguns ordenamentos é a única hipótese possível.

Noutros países, pelo contrário, e em particular naqueles em que o controlo da legalidade (constitucional) da lei não é descentralizado mas centralizado, prevê-se, ou pelo menos realiza-se na prática, a não aplicação provisória da lei a título cautelar. Por exemplo, na Alemanha, o próprio juiz constitucional pode suspender a título cautelar a aplicação da lei, num contexto (Verfassungsbeschwerden) não muito diferente da «fiscalização jurisdicional» do sistema inglês [11]; e o mesmo se passa com o juiz ordinário, com a obrigação de reenvio para o Tribunal Constitucional [12].

Particularmente importante é, aliás, o caso italiano, na medida em que não só o juiz ordinário não tem competência para decla-

11 — Bundesverfassungsgericht, 16.10.1977, Schleyer, in *Foro Italiano*, 1978, IV, 222; Bundesverfassungsgericht 19.6.1962, in BVerfGE, volume 14, p. 153.

12 — Bundesverfassungsgericht 5.10.1977, in BVerfGE, volume 46, p. 43.

rar a inconstitucionalidade das leis e deve, portanto, submeter a questão ao Tribunal Constitucional, mas nem sequer é expressamente reconhecido ao juiz constitucional ou ao juiz ordinário (ou administrativo) um poder cautelar (de não aplicação da lei) na expectativa do resultado do controlo de legalidade. Não obstante isto, inúmeros juízes ordinários [13], com o apoio da maioria da doutrina [14], consideraram possível a concessão de providências cautelares no sentido da suspensão da aplicação da lei — apenas relativamente às partes em causa, como é óbvio — até decisão do Tribunal Constitucional. Este último, embora nunca se tendo pronunciado sobre o ponto específico que nos ocupa [15], não deixou de afirmar, por um lado, a obrigatória inerência da tutela cautelar à efectividade da tutela jurisdicional [16] e, por outro, a existência de um princípio geral e de uma «directiva de racionalidade» do ordenamento segundo os quais, em presença dos necessários pressupostos (*fumus* e *periculum in mora*), o juiz tem competência para tomar as providências de urgência aptas a garantir provisoriamente os efeitos da decisão sobre o mérito [17].

Embora o contexto seja diferente, é igualmente significativo que o conseil constitutionnel francês tenha declarado a inconstitucionalidade de uma lei que não estabelecia a possibilidade de uma suspensão cautelar da aplicação de uma decisão administrativa por parte do juiz, de resto definida como «garantie essentielle des droits de la défense» [18].

24. Debruçando-nos agora sobre a relação entre a disposição nacional e a norma comunitária, não restam dúvidas de que foi introduzido, através da interpretação prejudicial do Tribunal e da competência «directa» do juiz nacional, um mecanismo que, em substância, consiste num controlo de legalidade (ou de compatibilidade, se se preferir) da norma nacional relativamente à comunitária, dado que o juiz nacional é competente para declarar em via definitiva a incompatibilidade da primeira relativamente à segunda. E se, portanto, pode, ou mesmo deve, não aplicar a lei nacional contrária à norma comunitária com eficácia directa após a determinação definitiva (ou, de qualquer modo, realizar esse efeito substancial), deve igualmente poder não a aplicar — encontrando-se reunidos os pressupostos — a título cautelar, quando a incompatibilidade não seja completamente certa nem tenha sido «determinada» mas eventualmente exija uma interpretação prejudicial pelo Tribunal de Justiça. De outro modo, poderia esvaziar-se de sentido a tutela jurisdicional dos direitos atribuídos aos particulares pela disposição comunitária que, como diversas vezes foi afirmado pelo Tribunal e como foi sublinhado pelo juiz *a quo*, é objecto de uma obrigação precisa dos juízes nacionais.

13 — Pret. Bari, ord. 4.2.1978, *Foro Italiano*, 1978, I, 1807; Pret. La Spezia, ord. 29.3.1978, *Foro Italiano*, 1979, I, 285; Pret. Pisa, ord. 30.7.1977, *Foro Italiano*, 1977, I, 2354; Pret. Pavia, ord. 14.3.1977, *Riv. giur. lav.* 1977, II, 640; Pret. Volri, ord. 1.9.1977, *Riv. giur. lav.* 1977, II, 639; Pret. La Spezia, ord. 23.11.1978, *Foro Italiano* 1979, I, 1921 e seguintes.

14 — Verde, «Considerazioni sul procedimento d'urgenza», *in Studi Andrioli*, Nápoles 1979, p. 446 e seguintes; Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1976, II, p. 1391; Campanile, *Procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale*, Riv. dir. proc. 1985, p. 124 e seguintes; Zagrebelsky, «La tutela d'urgenza», *in Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Pádua 1988, p. 27 e seguintes; Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles 1984, II, p. 1408.

15 — Mas veja-se, quanto à admissibilidade da tutela cautelar durante o conflito de jurisdição, Corte costituzionale, n.° 73 de 6.6.1973, *Foro Italiano*, 1973, I, 1657; igualmente Cass. Sezioni Unite, 1.12.1978, n.° 5678, *Foro Italiano*, 1978, I, 2704.

16 — Corte costituzionale, 27.12.1974, n.° 284, *Foro Italiano* 1975, I, 263.

17 — Corte costituzional, 28.6.1985, n.° 190, *Foro Italiano*, 1985, I, 1881. Ver igualmente, relativamente a alguns pontos relevantes, Corte cassazione, Sez. unite civili, 1.12.1978, n.° 5678, *Foro Italiano*, 1978, I, 2704; Consiglio di Stato, Ad. plen., 14.4.1972, n.° 5, *Foro Italiano*, 1972, III, 105; *idem*, 8.10.1982, n.° 17, *Foro Italiano*, 1983, II, 41.

18 — Decisão n.° 86-224 DC, de 23 de Janeiro de 1987, JORF de 25.1.87, p. 925.

25. O que nos conduz ao caso concreto sujeito à apreciação do Tribunal através das questões prejudiciais da House of Lords. O direito das recorrentes no processo principal, negado pela lei nacional, é invocado nos termos de algumas disposições do Tratado com efeito directo, portanto de normas que prevalecem sobre a lei interna, mas cuja interpretação no sentido invocado não é certa e requer, portanto, uma decisão prejudicial do Tribunal. Entretanto, o juiz *a quo* encontra um impedimento à protecção provisória dos direitos invocados na presunção de legalidade de que beneficia a lei até à decisão definitiva.

Ora, na medida em que o juiz inglês, como é pacífico e como ele próprio sublinhou, pode e deve dar, após a determinação, prevalência à norma comunitária «certa» e com efeito directo, em virtude do controlo de compatibilidade com o direito comunitário que é possível efectuar relativamente à lei britânica, deve igualmente poder garantir, *em presença dos pressupostos necessários*, a tutela cautelar dos direitos invocados com base em normas comunitárias «incertas» e negadas pela disposição nacional.

O problema não é formal, mas substancial. A presunção de legalidade não tem um efeito preclusivo, atendendo a que pode ser afastada pela determinação definitiva, como é o caso do ordenamento jurídico britânico por força do *European Communities Act* de 1972, do mesmo modo que a presunção de legalidade de qualquer norma hierarquicamente inferior relativamente à norma hierarquicamente superior não impede a protecção cautelar. E é o mesmo juiz *a quo* que o sublinha na decisão de reenvio, a propósito da possibilidade de suspender a aplicação de um acto hierarquicamente inferior que se suspeite violar a lei.

26. Quero dizer, portanto, que essa apreciação deve ser feita com base em critérios substanciais e não, como sugeriu o Governo britânico, com base num critério formal como a presunção de legalidade da lei.

Privilegiar a lei nacional apenas porque ainda não foi proferida a decisão definitiva sobre a sua incompatibilidade com a norma comunitária — *e portanto com base numa incompatibilidade apenas aparente* — pode equivaler a privar a segunda da protecção jurisdicional efectiva que deve ser assegurada «a partir da sua entrada em vigor e durante todo o seu período de validade». Paradoxalmente, o direito atribuído (aparentemente) por uma norma comunitária teria, regra geral, uma protecção menor ou menos eficaz que o direito atribuído (também aparentemente) por uma norma nacional. Seria o mesmo que dizer que o direito atribuído pela lei ordinária é susceptível de ter protecção cautelar, enquanto esta é negada ao direito atribuído pela norma comunitária ou, de qualquer modo, hierarquicamente superior, em virtude da presunção de legalidade de que beneficia a lei: como se da mesma presunção — que em definitivo nada mais é do que «aparência» — não beneficiasse igualmente a norma hierarquicamente superior.

Que fique bem claro: não pretendo com isto dizer que o juiz nacional deve sempre e de qualquer modo privilegiar o direito comunitário aparente relativamente ao igualmente aparente direito nacional, mas apenas que deve ter a possibilidade de o fazer quando as circunstâncias de facto e de direito o exi-

jam: que, em suma, não pode e não deve encontrar obstáculos formais a um eventual pedido de providências cautelares baseado em normas comunitárias com eficácia directa.

27. Nem sequer se pode invocar a presunção de legalidade de que beneficiam os actos comunitários, por diversas vezes sublinhada pelo Tribunal, argumento que acaba por provar o contrário. Com efeito, convém referir o artigo 185.° do Tratado, que expressamente refere a competência do Tribunal para «ordenar a suspensão da execução do acto impugnado», se «as circunstâncias o exigem».

Mas há mais. Mesmo em presença de um sistema de controlo da validade dos actos comunitários rigorosamente centralizado no Tribunal de Justiça (mesmo relativamente aos processos de reenvio prejudicial nos termos do artigo 177.°), este não deixou de sublinhar que «sob determinadas condições, na hipótese do processo de medidas provisórias, podem-se impor alterações à regra segundo a qual os órgãos jurisdicionais nacionais não são competentes para declarar a invalidade dos actos comunitários» [19].

28. Do mesmo modo não é no plano formal, mas substancial que se deve apreciar a possibilidade de a protecção provisória se realizar através (igualmente) de uma injunção impondo à administração um *facere*. Considero, a título de exemplo, pouco razoável considerar uma injunção que se traduza numa ingerência na esfera dos poderes discricionários da administração ou até do Parlamento (praticar um acto, adoptar uma lei), enquanto considero bastante razoável e «ortodoxo» ordenar um comportamento material não discricionário ou mesmo, como no caso em apreço, suspender temporariamente a aplicação, apenas com efeitos reduzidos às partes em causa, da lei ou do acto administrativo, enquanto se espera que o juiz esteja em condições de aplicar ou não aplicar definitivamente uma ou outro.

29. Em conclusão, a resposta que sugiro que o Tribunal dê à primeira questão submetida pela House of Lords é positiva, no sentido de que, *com base no direito comunitário, o juiz nacional deve poder garantir a tutela cautelar, desde que se encontrem reunidos os pressupostos necessários, dos direitos invocados pelo particular com base em normas comunitárias com efeito directo, enquanto se espera o resultado definitivo do processo, inclusive o do processo prejudicial perante o Tribunal.* E sugiro igualmente ao Tribunal que baseie expressamente esse poder-dever do juiz nacional na *exigência de tutela jurisdicional efectiva* que se impõe tanto relativamente às normas comunitárias como às normas nacionais.

30. Esta resposta, convém acrescentar, não equivale a impor meios de impugnação ou procedimentos jurisdicionais diferentes dos já existentes no direito interno dos Estados-membros, mas indica apenas que estes últimos devem ser utilizados «para garantir o respeito das normas comunitárias com efeito directo nas mesmas condições de admissibilidade e de processo que se aplicam quando se trata de garantir o respeito do direito nacional» (tradução provisória) [20]. Recorde-se, portanto, mais uma vez, que o princípio em questão, segundo o qual as modalidades de tutela jurisdicional dos direitos atribuídos por normas comunitárias são apenas as pre-

19 — Acórdão de 22 de Outubro de 1987, Foto-Frost, 314/85, Colect., p. 4199, n.° 19.

20 — Acórdão de 7 de Julho de 1981, «Cruzeiros da manteiga» (158/80, Recueil, p. 1805).

vistas no direito interno, não se aplica «se essas modalidades e esses prazos tornarem, na prática, impossível o exercício de direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais têm a obrigação de proteger» [21] (tradução provisória).

31. Na verdade, como igualmente resulta da decisão de reenvio e das observações do Governo inglês, o sistema processual inglês conhece o instituto da tutela cautelar de um direito até sua determinação definitiva quando exista *periculum in mora* e fundamento *prima facie* para a pretensão (a Divisional Court concedeu as providências cautelares solicitadas). Pelo que não se visa aqui um processo não previsto pelo ordenamento jurídico nacional, mas se trata apenas de utilizar um já existente com vista à tutela do direito invocado ao abrigo de uma norma comunitária com efeito directo. O mesmo se pode afirmar quanto à referida impossibilidade de ordenar um *facere* à administração na medida em que se trata, na verdade, de impor a não aplicação provisória de uma lei aos interessados, ficando entendido que é sobre estes últimos que pode recair o risco de uma decisão definitiva que lhes seja desfavorável.

Se assim não fosse, por outro lado, subsistiria de qualquer modo uma obrigação precisa de garantir, estando reunidos os respectivos pressupostos, a tutela cautelar, dado que nos encontraríamos precisamente perante a hipótese (recordo ainda o processo Simmenthal) de um sistema processual que torna impossível «o exercício de direitos que os juízes nacionais têm de proteger». O que seria tanto mais grave se se pensar na circunstância, também referida na decisão de reenvio, de no sistema inglês a determinação definitiva do direito invocado nem sequer comportar a reparação dos danos patrimoniais sofridos durante o processo pelos tutelares da posição jurídica controvertida. O que, evidentemente, adquire uma importância negativa autónoma relativamente à obrigação imposta aos juízes nacionais de darem plena eficácia às normas comunitárias.

32. Nem me parece que se possa argumentar *a contrario*, como nas observações do Governo inglês e do Governo irlandês, que os particulares se encontram já suficientemente protegidos com a possibilidade que tem a Comissão, no contexto de um processo de infracção a título do artigo 169.°, de solicitar ao Tribunal de Justiça a concessão de medidas provisórias, hipótese que, como já recordámos, se verificou igualmente no caso em apreço quanto aos requisitos de nacionalidade da lei inglesa que nos ocupa. A este respeito, basta recordar o acórdão Van Gend & Loos, em que o Tribunal declarou que, se as garantias contra a violação de uma norma comunitária directamente aplicável por parte dos Estados-membros «fossem apenas as garantias dadas pelos artigos 169.° e 170.°, os direitos individuais dos administrados não beneficiariam de uma tutela jurisdicional directa» [22] (tradução provisória).

33. Portanto, a resposta à primeira questão da House of Lords só pode ser positiva, na medida em que a obrigação do juiz nacional de conceder uma tutela jurisdicional efectiva aos direitos atribuídos aos particulares pelo direito comunitário não pode deixar de compreender, desde que preenchidos os res-

21 — Acórdão Comet, n.° 16, 45/76, já citado; acórdão Rewe, n.° 15, 33/76, já citado; acórdão de 12 de Junho 1980, Express Dairy Food, n.° 12, já citado (130/79, Recueil, p. 1887); acórdão Denkavit italiano, n.° 25, já citado (61/79, Recueil, p. 1205); acórdão de 10 de Julho de 1980, Mireco, 826/79, n.° 13, já citado (826/79, Recueil, p. 2559).

22 — Acórdão de 5 de Fevereiro de 1963 (26/62, Recueil, p. 7).

pectivos pressupostos, a protecção cautelar dos direitos invocados, enquanto se espera pela decisão definitiva.

Por outro lado, pela primeira questão pretende-se saber se o direito comunitário *obriga* o juiz nacional a conceder a protecção cautelar ou se apenas lhe atribui a *faculdade* de a conceder. De forma que a segunda questão, relativa aos critérios em que se deve inspirar o juiz nacional, está subordinada a uma resposta negativa quanto à obrigação e positiva quanto à faculdade.

Ora, para além da formulação literal das questões e das correspondentes respostas do Tribunal, considero que é importante clarificar a substância. Em primeiro lugar, não me parece que se ponha uma alternativa, em sentido próprio, entre «obrigação» e «faculdade», atendendo a que se trata de uma actividade jurisdicional que se solicita ao juiz nacional e, por isso mesmo, uma actividade que implica uma valoração dos elementos de facto e de direito que cada caso concreto implica. Pelo que se pode igualmente utilizar a expressão «obrigação», em harmonia com a anterior jurisprudência do Tribunal, no sentido de que o juiz assuma essa obrigação através de uma apreciação caso a caso dos pressupostos sobre que geralmente assenta uma providência cautelar.

A esse propósito, considero não só que ao juiz compete, obviamente, a apreciação dos pressupostos da tutela cautelar, mas igualmente que esses pressuspostos devem ser e permanecer os que os diversos ordenamentos jurídicos nacionais prevêem, na falta de uma harmonização comunitária. Por outro lado, não parece que aqui exista grande espaço para fantasias ou para descobertas revolucionárias, visto desde há muito a teoria geral do direito e os ordenamentos jurídicos positivos, incluindo o britânico, terem identificado no *fumus boni juris* (seja qual for a forma por que é denominado) e no *periculum in mora* os dois pressupostos fundamentais da protecção cautelar. Que a tónica seja posta num ou noutro conforme o ordenamento; ou que o *fumus* coincida perfeitamente ou não com a manifesta falta de fundamento ou com o fundamento *prima facie* do direito *aut similia*; ou que na apreciação do *periculum* esteja incluída, para além da tradicional e necessária ponderação das posições em confronto (para evitar que a mesma medida provisória não cause por sua vez um prejuízo irreparável ao demandado), igualmente uma ponderação expressa do interesse público. Tudo isto faz parte da apreciação prudente do juiz nacional, que sempre procederá à justa avaliação da oportunidade ou da necessidade de conceder ou recusar uma providência cautelar para protecção provisória dos direitos invocados. Resta apenas assinalar que, na valoração do *fumus boni juris*, a apreciação do juiz incidirá sobre a possibilidade de a norma nacional ser declarada incompatível com o direito comunitário.

Em definitivo, no que se refere à segunda questão, em especial, sugiro que o Tribunal responda em harmonia com a jurisprudência Comet, no sentido de que «modalidades e prazos» da protecção cautelar são e devem permanecer, na falta de harmonização, os previstos pelas ordens jurídicas nacionais, desde que não sejam susceptíveis de tornar na prática «impossível o exercício de direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais têm a obrigação de proteger» (tradução provisória).

Competirá, portanto, ao juiz nacional retirar as consequências que se impõem para a solução do processo principal, com base nos elementos especificados no preâmbulo das questões e cujo valor o Tribunal não pode, evidentemente, apreciar.

34. Com base nas considerações precedentes, proponho que o Tribunal responda do seguinte modo às questões formuladas pela House of Lords:

«1) A obrigação que o direito comunitário impõe ao juiz nacional de garantir uma protecção jurisdicional efectiva dos direitos atribuídos directamente aos particulares por normas comunitárias inclui a obrigação de garantir a protecção cautelar e de urgência dos direitos invocados com base nessas normas comunitárias, desde que necessário e quando se encontrem reunidos os pressupostos de facto e de direito, até decisão definitiva e eventual interpretação prejudicial pelo Tribunal de Justiça.

2) Na falta de harmonização comunitária, é o ordenamento jurídico de cada Estado-membro que estabelece a disciplina processual e os pressupostos para a tutela cautelar dos direitos dos particulares resultantes das normas comunitárias com eficácia directa, desde que essa disciplina e pressupostos não tornem impossível o exercício provisório dos direitos invocados e não sejam menos favoráveis do que os previstos para proteger direitos que têm a sua origem em disposições nacionais, sendo incompatível com o direito comunitário qualquer disposição ou prática nacional que produza esse efeito.»