CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL FRANCESCO CAPOTORTI
apresentadas em 5 de Maio de 1977 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. No presente processo, foram apresentadas ao nosso Tribunal duas questões de natureza totalmente diferente. Em primeiro lugar, é-lhe pedido que determine o alcance da obrigação de reenvio para o Tribunal contida no último parágrafo do artigo 177.° do Tratado CEE, tendo em consideração um processo judicial de direito interno que releva da categoria dos processos «de urgência» ou «cautelares». Em segundo lugar, o juiz nacional suscitou problemas de interpretação dos artigos 36.° e 86.° do Tratado CEE relativamente à protecção da marca, mas unicamente para o caso da questão precedente obter uma determinada resposta. O Tribunal decidiu cindir o exame destas duas questões, limitando-se neste estádio ao estudo da primeira: isto permite-nos ser muito sucintos na exposição dos factos dos quais decorre o processo interno, no âmbito do qual o juiz nacional apresentou ao Tribunal as questões de interpretação do direito comunitário acima indicadas.

A sociedade de direito alemão Hoffmann-La Roche, a qual é uma das filiais do grupo multinacional Roche-SAPAC, fabrica um calmante denominado «Valium», utilizando para o efeito uma licença que lhe foi concedida pela sociedade Hoffmann-La Roche de Basileia, e comercializa este produto na República Federal da Alemanha sob o nome «Valium Roche». Ambos os nomes estão protegidos, no plano internacional, através de marcas registadas cujo titular é a empresa Hoffmann-La Roche AG de Basileia. A sociedade alemã Hoffmann-La Roche vende, exclusivamente, o Valium na Alemanha em embalagens de 20 e de 50 comprimidos.

O grupo multinacional Roche-SAPAC possui também uma filial na Grã-Bretanha, a qual fabrica, igualmente sob licença da sociedade homónima de Basileia, o calmante Valium e o comercializa em embalagens de 100 e de 500 comprimidos, a um preço inferior ao fixado para o mesmo produto pela filial alemã.

A empresa alemã Centrafarm, filial da sociedade holandesa Centrafarm BV, que fabrica e comercializa produtos farmacêuticos, comprava na Grã-Bretanha, por intermédio da sua sociedade-mãe, o Valium em embalagens de 500 comprimidos, reacondicionava estes comprimidos em embalagens de 1 000 unidades — nas quais apôs a marca «Valium Roche», bem como o seu nome e a indicação «comercializado por Centrafarm», — e vendia o produto com este novo acondicionamento no mercado alemão. Deste modo, retirou lucro da sensível diferença de preços entre o Valium produzido na Grã-Bretanha e o fabricado na Alemanha.

A sociedade alemã Hoffmann-La Roche, agindo em nome da empresa de Basileia, intentou uma acção judicial contra a Centrafarm, acção fundada na violação do direito à mar-

* Língua original: italiano.

ca cujo titular é a sociedade Hoffmann-La Roche de Basileia. Mais precisamente, accionou perante o Landgericht de Friburgo um processo de natureza sumária (Verfügungsverfahren), com vista a obter uma providência cautelar (einstweilige Verfügung), pela qual se proibiria à Centrafarm a utilização das marcas «Valium» e «Roche» em outras operações que não a comercialização de produtos Roche na sua embalagem de origem.

O juiz de Friburgo deu razão ao pedido assim formulado, decretando uma providência cautelar e confirmando-a posteriormente por uma sentença. A Centrafarm atacou em seguida esta decisão perante o Oberlandsgericht de Karlsruhe, o qual, nos termos do terceiro parágrafo do artigo 177.° do Tratado CEE, apresentou ao Tribunal as seguintes questões:

1) Está um órgão jurisdicional nacional, nos termos do terceiro parágrafo do artigo 177.° do Tratado CEE, obrigado a pedir ao Tribunal de Justiça Europeu que se pronuncie sobre uma questão relativa à interpretação do direito comunitário:

— quando esta questão é suscitada num procedimento cautelar,

— quando a decisão proferida pelo tribunal que estatui no procedimento cautelar já não possa ser objecto de recurso,

— mas quando as partes têm, por outro lado, a possibilidade de propor sobre a questão que foi objecto do procedimento cautelar uma acção ordinária, na qual um reenvio nos termos do terceiro parágrafo do artigo 177.° do Tratado CEE, se for caso disso, poderá ter lugar?

Na hipótese de uma resposta afirmativa à primeira questão, o Tribunal de Justiça é ainda convidado a pronunciar-se sobre as seguintes questões:

2) Pode o titular de um direito de marca protegido quer no Estado-membro A quer no Estado-membro B invocar por força do artigo 36.° do Tratado CEE esse direito para impedir que um importador paralelo compre medicamentos, legalmente providos desta marca pelo seu titular ou com o consentimento deste e colocados em circulação em embalagens com esta marca no Estado-membro A da Comunidade, que os acondicione em recipientes de dimensão diferente, que os apresente numa nova embalagem, que aponha sobre esta a marca do titular da marca e que importe a mercadoria assim marcada para o Estado-membro B?

3) Tem também o titular da marca este poder ou, ao exercê-lo, infringe certas disposições do Tratado CEE — em particular o seu artigo 86.°:

— quando, relativamente ao medicamento em questão, detém uma posição dominante, no mercado do Estado-membro B,

— quando a proibição de importar produtos reacondicionados providos da marca do titular entrava na prática a sua comercialização, porque os lotes unitários usuais nos países A e B são

de importância desigual e porque a importação do produto sob uma outra forma ainda se não impôs, efectivamente, no mercado de maneira significativa,

— e quando a proibição tem na prática como efeito a manutenção entre os Estados-membros de uma notável diferença de preços — eventualmente desproporcionada —, sem que se possa imputar ao titular da marca que ele se serve da proibição, única ou principalmente, para manter aquela diferença de preços.

Pelas razões que indicámos no início da nossa exposição, apenas os problemas inerentes ao primeiro pedido são objecto das presentes conclusões.

2. Foi evidentemente a natureza especial dos procedimentos cautelares, em relação às acções civis ordinárias, que levou o juiz nacional a colocar a sua primeira questão.

Consequentemente, parece-nos lógico começar por descrever brevemente esta natureza à luz das ordens jurídicas dos Estados-membros e, principalmente, da República Federal. É desnecessário afirmar que, na medida em que existem elementos comuns entre os processos do tipo acima indicado nos direitos dos diversos Estados-membros — elementos, bem entendido, que revistam importância para a interpretação do terceiro parágrafo do artigo 177.° —, será possível dar uma resposta de natureza geral à questão em apreço; de outro modo, o Tribunal poderá sempre fornecer uma resposta com referência aos elementos distintivos dos processos de urgência que se aplicam no domínio da propriedade industrial por força da lei alemã. Com efeito, mesmo em tal caso, o artigo 177.° seria interpretado em relação a uma hipótese típica e não a uma única situação de facto.

De acordo com o Código de Processo Civil alemão (artigos 935.° a 945.°), as providências cautelares, conhecidas pelo nome de «einstweilige Verfügungen», visam proteger com rapidez certos direitos ameaçados. Tanto a prova do direito e da ameaça como o exame do pedido pelo juiz têm um grau de precisão inferior ao que é requerido no âmbito de uma acção ordinária: basta uma prova «prima facie» (a qual se reduz à demonstração da plausibilidade do que afirma o demandante) e a instrução é sumária.

A parte vencida pode recorrer do despacho perante o juiz que o decretou e a decisão que confirma o despacho pode ainda ser objecto de apelação (como o foi no caso em apreço). Para além disto, o processo ordinário principal não fica prejudicado, atendendo a que ambas as partes interessadas têm sempre a possibilidade de o propor, obtendo desta maneira um julgamento que se substitua inteiramente à providência cautelar.

Em França, as «demandes en référé» (artigos 808.° a 811.° do Código de Processo Civil) visam obter, em todos os casos de urgência, providências cautelares. Reencontra-se aqui o carácter sumário da instrução, e é por isto que o artigo 808.° do Código do Processo Civil se limita a prever medidas «que não sofram nenhuma contestação séria», ao lado daquelas «que a existência de um diferendo justifica». Esta última expressão põe em relevo a tendência para atribuir ao procedimento cautelar uma natureza «acessória», em relação aos processos principais já pendentes; de qualquer maneira, a acção ordinária pode ser sempre proposta.

Na Bélgica e no Luxemburgo, a situação apresenta-se da mesma maneira que em França. Limitar-nos-emos, pois, a citar os artigos 1035.° e 1041.° do Código Judicial belga de 1967, dos quais resulta que o despacho de providência cautelar não prejudica antecipadamente o processo principal; este pode ser proposto em qualquer momento e independentemente do facto do despacho ter sido atacado ou não.

Nos Países Baixos, o processo de urgência, designado por «kort geding», é regulado pelos artigos 289.° e seguintes do Código de Processo Civil. Esta regulamentação reproduz um grande número das características fundamentais já encontradas no exame do direito alemão e do direito francês. Em particular, o carácter sumário da instrução e o facto de, para deixar aberta a possibilidade de apreciar em profundidade as matérias de facto e de direito, a lei conceder sempre aos interessados a faculdade de iniciar um processo ordinário. No entanto, convém notar que o juiz holandês pode fixar um prazo para a propositura da causa principal e pode decidir ele mesmo remeter o processo para a tramitação processual normal.

Em Itália, o artigo 700.° do Código de Processo Civil prevê que possam ser pedidas medidas de urgência por todo aquele que «tenha fundado receio que, durante o período de tempo necessário para fazer valer o seu direito pela via ordinária, este seja ameaçado de sofrer um prejuízo iminente e irreparável». Contudo, os efeitos das medidas de urgência estão sujeitos à condição expressa de o demandante propor a acção principal (excepto se esta já estiver pendente). A medida de urgência é concedida após um processo de natureza sumária.

Na Grã-Bretanha — e mais particularmente no direito inglês —, admite-se que, a fim de evitar danos irreparáveis, os litigantes possam pedir ao juiz «interlocutory injunctions», com base numa prova «prima facie» do direito que o demandante invoca e da plausibilidade dos factos. O período de duração dos efeitos das «injunctions» não ultrapassa a conclusão do processo principal, pouco importando que este já tenha sido iniciado ou que ainda o deva ser (e no caso de o requerente não iniciar este processo é-lhe fixado um prazo pelo tribunal para o fazer).

Na Irlanda, a concessão de «interlocutory injunctions» e as regras que as regem correspondem às indicações que já demos para a Grã-Bretanha.

Por fim, na Dinamarca, os processos de urgência implicam a pronúncia de uma injunção (forbud), que tem efeito provisório e que deve ser seguida, a curto prazo, por um processo ordinário, o qual tem o nome de processo de justificação (justifikationssag). Os pontos de convergência com o aspecto que assumem as medidas de urgência em Itália, na Grã-Bretanha e na Irlanda são, portanto, evidentes.

Em conclusão desta breve «dissertação» comparativa, é pois permitido afirmar o seguinte: a) existem em todos os Estados-membros processos equivalentes àqueles que conduzem às «einstweilige Verfügungen» alemãs; b) os caracteres que estes processos têm em comum e que os distinguem dos processos civis ordinários são, por um lado, a urgência e a natureza sumária da instrução e, por outro, o facto do processo não prejudicar um novo exame mais aprofundado das mesmas questões de facto e de direito sob a forma de um processo ordinário; por esta razão, os processos em questão concluem-se por medidas que são sempre provisórias; c) existem diferenças entre as diversas ordens jurídicas consideradas, no que respeita ao juiz com-

petente para decretar as medidas em causa, à possibilidade ou não de as atacar ao nível da apelação ou mesmo da «cassation» e, sobretudo, à relação com o processo ordinário principal, que em certos países as partes têm a faculdade de iniciar, enquanto que noutros a propositura do processo principal é a condição absoluta para a confirmação dos efeitos da providência cautelar.

3. A questão prejudicial que aqui deve ser examinada diz respeito, como tínhamos visto, ao terceiro parágrafo do artigo 177.° do Tratado de Roma e não ao segundo parágrafo desta disposição; tem a ver, pois, com o alcance da obrigação de reenvio para o Tribunal e não com o da faculdade de reenvio reconhecida a qualquer órgão jurisdicional dos Estados-membros, quando este estime necessário para proferir uma sentença que se estatua sobre um dos pontos indicados no primeiro parágrafo do artigo precitado. O Oberlandesgericht de Karlsruhe expressou, contudo, a opinião, na sua decisão de 7 de Outubro de 1976, de que o reenvio facultativo não poderia, em princípio, ser considerado no âmbito de um processo de urgência, atendendo a que seria incompatível com a natureza sumária do processo «de providências cautelares», «cuja finalidade é a de garantir rapidamente uma segurança jurídica provisória». Esta afirmação impõe-nos o exame deste problema, tanto mais que, se a natureza do procedimento cautelar determina, realmente, uma incompatibilidade absoluta com o reenvio facultativo para o Tribunal — o qual, pelo próprio facto de ser facultativo, pode ser decidido tendo em consideração a atitude das partes e o grau concreto de urgência de providência cautelar requerida —, seria necessário considerar *a fortiori* que o reenvio obrigatório ao nível do juiz de grau superior é incompatível com a natureza dos processos de urgência.

Ora, a propósito da faculdade que possui um juiz que estatui no âmbito de um processo de natureza sumária de se dirigir ao Tribunal nos termos do artigo 177.°, convém recordar de imediato que o Tribunal já teve, por diversas vezes, ocasião de responder a pedidos prejudiciais que lhe foram dirigidos por órgãos jurisdicionais de diversos países no âmbito de processos de natureza sumária; assim foi pelos tribunais dos Países Baixos, nos processos 15/74 e 16/74, Centrafarm; pelos tribunais alemães, nos processos 29/69, Stauder, e 78/70, Deutsche Grammophon-Gesellschaft; pelos tribunais italianos, num grande número de processos que tinham dado lugar a diversos «procedimenti d'ingiunzione». Em alguns destes casos, a questão da admissibilidade dos pedidos prejudiciais apresentados ao Tribunal no âmbito de um processo de natureza sumária foi formalmente suscitada por um interveniente (lembremos o processo 43/71, Politi, decidido no acórdão de 14 de Dezembro de 1971, Colect. 1971, p. 419, e o processo 162/73, Birra Dreher, que se concluiu pelo acórdão de 21 de Fevereiro de 1974, Colect. 1974, p. 115). As objecções suscitadas nesta ocasião decorriam, sobretudo, da falta de contraditório que caracteriza em particular o processo de injunção previsto no artigo 663.° do Código de Processo Civil italiano. No entanto, o Tribunal rejeitou sempre estas objecções e considerou, em cada caso, que os pedidos prejudiciais que lhe tinham sido apresentados no âmbito de processos de natureza sumária eram admissíveis. O argumento principal no qual o Tribunal se baseou com respeito a este assunto foi o de o artigo 177.° atribuir a *qualquer juiz nacional* a faculdade de pedir ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre uma questão a título prejudicial e que, portanto, basta constatar que o órgão interpelado exerce funções jurisdicionais e que tenha julgado necessário, antes de se pronunciar, que o direito comunitário seja interpretado pelo Tribunal (ver os precitados acórdãos Politi e Birra Dreher). Note-se que, se o Tribunal adoptou uma tal atitude face a processos de urgência nos quais faltava este elemento essencial dos processos ordinários que é o contraditório, deve fazê-lo *a fortiori* quando se trate de processos de natureza sumária do género do processo alemão, no

qual é salvaguardado o princípio do contraditório (ainda que ele se reduza por vezes a um simples procedimento escrito).

Por fim, encontram-se no acórdão de 16 de Janeiro de 1974 no processo 166/73, Rheinmühlen (Colect. 1974, p. 17), considerações bastante elaboradas que, com base na análise da função do artigo 177.°, conduzem ao mesmo resultado. Este acórdão sublinha entre outros que «o artigo 177.°, que se apresenta essencial à preservação do carácter comunitário do direito instituído pelo Tratado, tem por fim assegurar, em qualquer circunstância, a este direito a produção dos mesmos efeitos em todos os Estados da Comunidade»; e que, «nestes termos, se ele se destina a prevenir a possibilidade de divergências na interpretação do direito comunitário, cuja aplicação cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais, ele também se destina a assegurar esta aplicação, facultando ao juiz nacional um meio para eliminar as dificuldades que poderia suscitar a exigência de dar ao direito comunitário o seu efeito pleno, no âmbito dos sistemas jurisdicionais dos Estados-membros». Fundando-se nesta premissa, o acórdão prossegue nos termos seguintes: «É nesta perspectiva que devem ser apreciadas as disposições do artigo 177.°, que permitem a qualquer órgão jurisdicional, *sem distinção*, pedir ao Tribunal de Justiça que se pronuncie, a título prejudicial, quando considere que uma decisão deste é necessária ao julgamento da causa».

4. Agora, convém que regressemos ao problema central que é o do alcance do terceiro parágrafo do artigo 177.° em relação ao procedimento cautelar. Sabemos que esta disposição obriga textualmente qualquer «órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno» a dirigir-se ao Tribunal para a resolução das questões prejudiciais de direito comunitário. A redacção da disposição levou uma forte corrente doutrinal a sustentar que a obrigação apenas diz respeito aos tribunais que se encontram, na hierarquia judiciária dos Estados-membros, numa posição tal que as suas decisões não podem ser objecto de um recurso, ou seja, o que se convencionou designar por órgãos jurisdicionais supremos. Em sentido contrário, sustentou-se que a razão de ser da obrigação advém da necessidade de assegurar a interpretação pelo Tribunal previamente à formação de uma decisão que seja inatacável e, em si própria portanto, insusceptível de ser modificada; conviria, pois, ler o terceiro parágrafo do artigo 177.° como fazendo referência a todo o processo destinado a findar por uma decisão definitiva «ex lege», independentemente da posição hierárquica do órgão jurisdicional interpelado (em particular, nos processos para os quais a lei prevê uma instância única).

Para dizer a verdade, não é apenas a letra do artigo 177.° que argumenta em favor da primeira interpretação, mas também a consideração que os autores do Tratado, ao prosseguir o objectivo de uma interpretação uniforme do direito comunitário, tinham razão ao visar as decisões nacionais susceptíveis de constituírem uma jurisprudência vinculante — ou seja, as dos tribunais supremos — e não qualquer decisão definitiva, tanto mais que de todo o modo é impossível prever quer o número quer a natureza dos julgamentos susceptíveis de recurso que estão destinados a transitar em julgado, por falta de apelação ou de recurso das partes vencidas. Um argumento suplementar a este respeito pode talvez ser deduzido dos artigos 2.° e 3.° do protocolo relativo à interpretação pelo Tribunal de Justiça da Convenção de Bruxelas, de 27 de Setembro de 1968, relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial. Com efeito, a obrigação de submeter ao Tribunal a título prejudicial problemas de interpretação da convenção dirige-se apenas a alguns órgãos jurisdicionais supremos, expressamente indicados, do nível da Cour de cassation e dos Conseils d'État. Este último argumento é, no

entanto, reversível no sentido de que se pode objectar que, nos casos em que o legislador comunitário quis limitar a obrigação de reenvio aos órgãos jurisdicionais supremos, entendeu necessário enumerá-las uma a uma.

Na nossa opinião, o problema não oferece a possibilidade de uma solução susceptível de eliminar todas as dúvidas existentes. Precisamos mencionar um importante precedente a este respeito; no acórdão de 15 de Julho de 1964 relativo ao processo 6/64, ou seja, o famoso processo Costa/ENEL (Colect. 1962-1964, p. 549), o Tribunal afirmou que «os órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões são, como no caso *sub judice*, irrecorríveis devem submeter ao Tribunal uma questão a título prejudicial». Para além disto, um elemento ao qual se justifica atribuir um peso determinante consiste na estreita ligação existente entre o exercício da competência interpretativa mencionada no artigo 177.° e a responsabilidade do Tribunal em garantir o respeito do direito comunitário também, e acima de tudo, em favor do indivíduo. É inútil lembrar aqui que a doutrina do efeito directo procurou, precisamente, aumentar as garantias de observância das normas comunitárias deduzindo a partir destas, na mais larga medida possível, direitos subjectivos em favor dos particulares, colocando estes últimos em posição de poder agir para pedir a aplicação daqueles. Portanto, parece-nos que, precisamente com o fim de permitir ao Tribunal o exercício pleno e eficaz da sua função de protecção uniforme dos direitos criados pela ordem comunitária em favor dos particulares, será justo considerar que os juízes em qualquer instância estão obrigados ao reenvio prejudicial no âmbito de qualquer processo que conduza necessariamente a uma decisão definitiva. Nestes casos, com efeito, quando se entenda o direito comunitário como tendo valor determinante para a decisão a proferir, abandonar ao juiz a faculdade do reenvio prejudicial significaria correr o risco de uma interpretação inexacta, sem possibilidade de correcção ao nível da instância superior e sem perspectivas de um recurso perante um órgão jurisdicional supremo, em cujo âmbito o reenvio para o Tribunal seria, com toda a certeza, tornado obrigatório.

5. Vemos, pois, que o critério determinante para se definir os órgãos jurisdicionais sobre os quais pesa a obrigação referida no terceiro parágrafo do artigo 177.° deve ser deduzido a partir do carácter definitivo ou não da decisão destinada a concluir o processo.

O texto da norma fala, como já vimos, de decisões que «não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno».

Que sentido se deve atribuir a esta expressão?

Também aqui se torna necessário afastar qualquer interpretação literal. Primeiro, o conceito de recurso judicial não é de modo nenhum unívoco e varia de um sistema jurídico para outro. É possível alargar o seu âmbito por forma a englobar qualquer tipo de recurso, incluindo qualquer via susceptível de conduzir ao reexame de um mesmo processo; mas também é possível restringi-lo até ao ponto de distinguir a apelação do recurso e reservar a utilização dos termos «recurso judicial» ao modo de recurso que se destina a obter uma decisão final em matéria de direito em última instância. Em segundo lugar, existem meios de recurso dos quais podem beneficiar não as partes, mas outros sujeitos de direito: a oposição de terceiro, por exemplo, ou, em certas ordens jurídicas, o recurso do ministério público no interesse da lei. Finalmente, existe o que em determinadas ordens jurídicas se designa por recursos extraordinários, em particular a revisão fundada na descoberta de factos novos. Isto basta, parece-nos, para demonstrar que uma

interpretação literal deixaria sem resposta numerosas questões sobre a matéria que estamos a tratar.

Tendo em consideração as diversas soluções elaboradas pela doutrina, pensamos que é possível começar por afirmar que os recursos por sujeitos de direito que não as partes e os recursos extraordinários do género da revisão (ou do pedido civil) são geralmente considerados estranhos à noção de recurso judicial utilizada no terceiro parágrafo do artigo 177.° Por outro lado, é geralmente aceite que esta noção também não compreende a apelação e isto porque, após o acórdão ao nível da apelação, as partes têm normalmente acesso a um terceiro grau de apreciação jurisdicional, ainda que limitado à apreciação da matéria de direito, ou seja, a «cassation». Dito isto, e tendo constatado a necessidade de uma interpretação com base na *ratio* da norma e não no seu texto, parece-nos correcto concluir que as decisões às quais se refere o terceiro parágrafo do artigo 177.° são todas aquelas que revestem um carácter definitivo, querendo com isto dizer que não dão lugar à reapreciação da causa quanto à matéria de facto ou tão-só quanto à matéria de direito, a pedido de uma das partes e sem que seja necessário que se verifiquem circunstâncias novas ou que se preencham certas condições de excepção. Entram, pois, com toda a certeza na categoria dos juízes vinculados ao reenvio a título prejudicial não só os tribunais supremos, cujas decisões têm um carácter definitivo, mas também, e isto confirma o que afirmámos anteriormente, todos os tribunais de grau inferior que são competentes para proferir decisões com o mesmo carácter definitivo.

Trata-se agora de aplicar esta constatação aos procedimentos «cautelares». A dissertação de direito comparado que anteriormente realizámos permitiu-nos constatar que entre as características comuns destes processos nos diversos Estados-membros — apesar da diversidade de outros aspectos importantes — uma importância fundamental deve ser dada ao facto de nenhuma providência cautelar prejudicar o processo ordinário, que pode (ou deve) ser iniciado com base nos mesmos factos e nas mesmas questões de direito, processo que se destina a uma sentença que substitua formalmente a medida de urgência, quer pela sua confirmação quer pela infirmação da sua validade e efeitos. Apenas no termo deste processo ordinário se verifica uma decisão definitiva ao nível do tribunal supremo ou de um órgão jurisdicional equivalente, pelo que, a este nível, a obrigação visada no terceiro parágrafo do artigo 177.° tem certamente aplicação. Mas, até à conclusão da fase de processo «principal», o que existe sempre e apenas é uma providência cautelar, susceptível de ser objecto desta forma de controlo jurisdicional que é o processo principal, controlo pelo qual seria possível corrigir o eventual erro de interpretação da norma comunitária cometido pelo juiz a quem foi submetido o procedimento cautelar.

Vimos que a propositura da instância principal pode ser uma função da iniciativa das partes ou uma imposição da lei (ou, eventualmente, do juiz do procedimento cautelar) e que, em certos casos, a providência cautelar é decretada em relação a um processo já pendente, enquanto que, noutros casos, este processo é instaurado após a decisão da providência cautelar. Em nossa opinião, estas diferentes eventualidades não alteram o elemento fundamental, que é representado pela natureza provisória da providência cautelar e pela existência de um remédio, de uma via processual, que permite a sua correcção. Pode-se dizer que, quando o processo principal está já pendente ou quando este representa um desenvolvimento necessário do procedimento cautelar, a medida de urgência desempenha com maior nitidez uma função interlocutória; nesta hipótese, é ainda mais fácil compreender como seria errado comparar a posição do juiz do procedimento cautelar com a de um juiz estatuindo em última instância.

Em contrapartida, quando o processo principal é uma fase posterior, apenas eventual, ao processo de urgência e se desenrola perante um outro juiz, tem uma função semelhante à de um meio de recurso, embora represente também algo de mais substancial, já que permite o primeiro exame em profundidade das matérias de facto e de direito, após a apreciação sumária realizada no âmbito do procedimento cautelar (e isto mesmo nos sistemas jurídicos nos quais a providência cautelar está, quanto a si, sujeita a recurso, o qual de todo o modo mantém a natureza de processo sumário). Finalmente, se o processo principal, ainda que constituindo uma função da vontade de uma das partes na causa, se desenrola perante o mesmo juiz que estatuiu no procedimento cautelar, pode considerar-se que existe uma unidade substancial dos dois processos, como observou pertinentemente o Governo alemão no presente processo, ainda que haja uma distinção formal com base nos caracteres de cada um dos processos. Neste caso, o facto de passar do processo de natureza sumária ao processo principal equivale substancialmente a utilizar um meio jurisdicional interno para controlo da decisão que pôs fim ao processo de natureza sumária.

Estas considerações levam-nos a pensar que os tribunais perante os quais estão pendentes procedimentos cautelares não estão obrigados ao reenvio perante o Tribunal de questões prejudiciais de direito comunitário cuja resolução seja necessária para tomar as decisões que lhes são pedidas; eles têm a faculdade de fazer esse reenvio, como o dissemos anteriormente, e não a obrigação de a ele proceder. Convém ainda acrescentar que esta conclusão mantém todo o seu valor, independentemente do grau do órgão jurisdicional perante o qual se encontra pendente o procedimento cautelar; existem sistemas (entre os quais se encontra o sistema alemão, como já dissemos) que permitem opor embargos do despacho perante o juiz que o decretou e, posteriormente, recorrer da decisão deste, sempre no âmbito do procedimento cautelar — foi o que se verificou no caso em apreço; outros permitem mesmo o recurso de «cassation»; contudo, em certos Estados, os processos de urgência desenrolam-se apenas no âmbito de um único grau de órgão jurisdicional. Apesar destas variações, o carácter fundamental que sublinhamos anteriormente, o qual é comum aos processos de natureza sumária — ou seja, a possibilidade (senão a necessidade) de um processo para reapreciação e para controlo —, mantém-se intacto; e, consequentemente, a conclusão a que chegámos a propósito do artigo 177.° do Tratado de Roma mantém-se também ela inalterada.

6. Podem invocar-se outros argumentos em apoio da tese que acabamos de desenvolver. Sabemos que a obrigação de reenvio prevista no terceiro parágrafo do artigo 177.° em relação aos órgãos jurisdicionais que estatuem em instância única ou última (bem entendido, quando tenham que resolver um problema de direito comunitário com vista à tomada das suas decisões) tem a sua razão de ser na preocupação de evitar, a este respeito, por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais a tomada de posições unilaterais das quais as partes já não mais possam pedir a correcção. Fizemos já notar que esta obrigação desempenha uma função tanto mais importante quanto a decisão, para além do facto de ser definitiva, revestir, porque emana de um órgão jurisdicional supremo, uma autoridade tal que pode constituir um precedente para os outros órgãos jurisdicionais nacionais. Ora, para que uma decisão possa «firmar jurisprudência», é necessário que ela se funde numa apreciação aprofundada da causa, realizada em relação à existência do direito invocado pelo demandante. Contudo, como o dissemos anteriormente, o juiz no processo de urgência limita-se a constatar, através de uma simples apreciação «prima facie», se as pretensões do demandante apresentam uma séria probabilidade de fundamento; consequentemente, a decisão pela qual o juiz concede ou rejeita o pedido não pode ter a autoridade de um precedente. Assim é

também, em particular, quanto à interpretação do direito comunitário que este juiz tenha feito, desde que esta se baseie não num exame aprofundado do problema, mas apenas sobre uma apreciação «prima facie», suficiente para alcançar a decisão rápida, que impõe a natureza urgente da providência pedida. Por este facto, ainda que uma tal decisão venha a tornar-se definitiva, por falta de uma iniciativa de uma das partes com vista à propositura de um processo ordinário, ela nunca constituirá, devido à sua natureza, um precedente perigoso para a aplicação uniforme do direito comunitário, ainda que contenha uma interpretação errada deste direito.

Tendo sempre em consideração o carácter sumário da instrução realizada pelo juiz no procedimento cautelar, pode também pensar-se no risco que este juiz não disponha de todos os elementos necessários para a identificação da questão prejudicial de direito comunitário ou para apreciar exactamente a sua importância em relação à decisão a tomar. É preciso não esquecer, a este respeito, que a medida adoptada no âmbito de um processo de natureza sumária do género do «Verfüngungsverfahren», ainda que acolha o pedido do demandante, não decide da existência do direito no qual se baseia o pedido, mas tende antes a salvaguardar provisoriamente a situação do titular aparente do direito, sob reserva de uma futura decisão quanto ao seu fundamento.

Nestas condições, deferir de qualquer modo a questão ao Tribunal no âmbito do processo de natureza sumária — como seria o caso se se admitisse que o juiz está obrigado a fazê-lo neste processo — pode apresentar inconvenientes, os quais é possível evitar, em contrapartida, pospondo-se o reenvio para a fase do processo ordinário.

Por fim, o Governo alemão sublinhou que, em numerosos casos, o atraso resultante de uma obrigação imposta ao juiz do processo de natureza sumária de fazer o reenvio para o Tribunal de Justiça equivaleria a uma espécie de denegação de justiça, atendendo a que esta obrigação poderia reduzir, sensivelmente, a eficácia prática da medida pedida. Na verdade, o problema da compatibilidade ou não da natureza de urgência do procedimento cautelar com o reenvio prejudicial para o Tribunal comunitário foi já por nós discutido e resolvido, no sentido de que não existe incompatibilidade. Observemos, contudo, que quando reconhecemos aos juízes, no âmbito do procedimento cautelar, a *faculdade* de procederem ao reenvio de uma questão para o Tribunal comunitário, não se prejudica o seu poder discricionário de apreciação da oportunidade ou não do reenvio em relação à urgência da medida pedida, enquanto que, se considerarmos que estes juízes são obrigados a fazer o reenvio, a possibilidade de uma tal apreciação discricionária fica reduzida e o risco de que o reenvio para o Tribunal seja incompatível com a urgência na adopção da disposição pedida não pode ser evitado.

7. Entre as objecções que foram levantadas no decurso do presente processo contra a tese que estimamos correcta, existem duas que dizem respeito, em particular, à natureza do processo sumário previsto pelo direito alemão em matéria de propriedade industrial e comercial. Com efeito, foi observado que este processo não reveste um carácter acessório, atendendo a que a propositura de um processo principal é apenas eventual; e, de facto, sucede mesmo muito frequentemente que as partes se abstêm de propor a instância principal. Sublinha-se, por outro lado, que não é necessário demonstrar a urgência para obter uma decisão de providências cautelares no domínio da propriedade industrial. Além disso, afirmou-se que a lei é também aplicada nos processos de natureza sumária e que o género do meio de prova admitido é indiferente. Por fim, sustentou-se que dar sequência a um procedimento cautelar através de um processo ordinário é algo totalmente

diferente de um «recurso judicial» contra a providência decretada no termo do primeiro processo.

Começaremos por responder a esta última objecção, a qual se funda nitidamente numa interpretação literal do terceiro parágrafo do artigo 177.° Já precisámos que, para resolver o problema em apreço, o método de interpretação a seguir não é o método literal; mas, se se entender o contrário, é preciso ser coerente em absoluto com o método literal e considerar, portanto, que apenas estão obrigados ao reenvio prejudicial os órgãos jurisdicionais supremos ou aqueles que, pelo lugar que ocupam na hierarquia dos órgãos jurisdicionais, são os únicos «cujas decisões não são susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno». Consequentemente, nos casos em que o procedimento cautelar não permite que se alcance o nível da «cassation» — como é o caso no sistema alemão — o tribunal do primeiro ou do segundo grau accionado num procedimento cautelar não se deve considerar obrigado a fazer o reenvio a título prejudicial para o Tribunal, nos termos do terceiro parágrafo do artigo 177.°, e isto não tanto porque estatui no âmbito de um procedimento cautelar, mas sim enquanto tribunal que não é um tribunal supremo.

No que diz respeito ao facto de a propositura do processo «principal» ser uma possibilidade que depende da opção das partes, é fácil acentuar o paralelo aqui existente com o carácter puramente eventual do recurso para a instância superior ou do recurso de «cassation» das decisões proferidas, respectivamente, no primeiro grau ou no estádio da apelação no âmbito do processo ordinário; e, manifestamente, não é a incerteza inerente à interposição de todo e qualquer recurso que pode transformar em obrigação a simples faculdade de reenvio prevista no segundo parágrafo do artigo 177.° do Tratado CEE.

Evidentemente, o grau de frequência com que é proposto o processo ordinário após o processo de natureza sumária é um elemento de facto que não desvaloriza os argumentos deduzidos da relação estrutural, fixada pela lei, entre os dois processos. De qualquer modo, e fazendo um parêntesis, convém notar que, no caso em apreço — tal como foi precisado na audiência —, a demandada no processo de natureza sumária socorreu-se de uma possibilidade, que lhe é oferecida pelo direito processual alemão (artigos 926.° e 936.° do ZPO), para pedir e obter do juiz um despacho impondo à demandante a propositura de um processo ordinário (perante o Landgericht de Friburgo), isto enquanto o processo de natureza sumária estava ainda pendente perante o Oberlandesgericht de Karlsruhe na fase de apelação. Isto dá-nos um indício, certamente limitado, mas não desprovido de interesse, de que a passagem para o processo ordinário não é tão excepcional quanto isso; somos tentados a recordar a este propósito o adágio «vigilantibus iura succurrunt».

A propósito do valor que tem a condição prévia da urgência nos processos de natureza sumária, como o do caso em apreço, o Governo alemão afirmou precisamente que, em matéria de protecção da propriedade industrial e comercial, a urgência é presumida. Em todo o caso, o principal argumento que nos pareceu pertinente para sustentar o nosso ponto de vista abstrai o carácter de urgência dos processos de natureza sumária.

A observação segundo a qual o juiz do procedimento cautelar também aplica o direito é em si mesma incontestável; por outro lado, todo o problema aqui debatido perderia a razão de ser se não fosse possível suscitar, também no âmbito de um processo deste género, problemas de direito comunitário e se o juiz não atribuísse a estas questões uma importância decisiva para o desenlace do processo. Contudo, o ponto decisivo é ou-

tro. O que se exclui — a justo título na nossa opinião — é que um juiz ao qual é pedida uma providência cautelar seja chamado a proceder a uma apreciação do processo em matéria de direito tão aprofundada e circunstanciada quanto aquela a que está obrigado o juiz no processo ordinário. Se fosse este o caso, que interesse haveria, na realidade, em prever a possibilidade — e, em algumas ordens jurídicas, a necessidade — de um processo ordinário após o processo de natureza sumária, quando o processo de natureza sumária permite às partes chegarem a vários graus dos órgãos jurisdicionais?

Falta-nos ainda tomar posição, agora, quanto ao ponto de vista sustentado pela Comissão, a qual sugere a utilização de critérios formais e substanciais para dar à questão uma solução diferenciada. Ela considera que é necessário, por um lado, tomar em consideração o grau de autonomia ou de dependência do processo de natureza sumária em relação ao processo ordinário e, por outro lado, verificar em concreto o peso que possui o elemento de urgência em relação ao primeiro e, por isso, o carácter aprofundado ou não da apreciação feita em matéria de direito pelo juiz nacional. Parece-nos que esta solução acabaria por subordinar a existência da obrigação de reenvio a uma apreciação caso a caso por parte do juiz nacional. Não esqueçamos que o juiz nacional tem já o dever de averiguar se a solução de um problema de direito comunitário é necessária para proferir a sua sentença e se existe na realidade um problema de interpretação (no sentido de existir uma margem de dúvida, ainda que mínima, quanto ao sentido e ao alcance de uma regra de direito comunitário). Se a isto acrescentarmos igualmente uma faculdade de apreciação quanto à autonomia do procedimento cautelar, não num sentido formal mas sob o ângulo da aptidão substancial para desempenhar o mesmo papel que o juiz no processo ordinário, o hipotético reconhecimento da obrigação de reenvio para o Tribunal nos termos do terceiro parágrafo do artigo 177.° dificilmente se pode distinguir, na prática, da faculdade normal de fazer o reenvio a título prejudicial. Pensamos que, tratando-se de interpretar uma regra de natureza essencialmente processual, como é a do terceiro parágrafo do artigo 177.°, é conveniente um esforço de definição do seu alcance, tendo por base critérios objectivos e precisos, insusceptíveis de deixarem uma margem discricionária aos órgãos jurisdicionais que a devem aplicar. Trata-se de um imperativo, caso não se pretenda que uma norma concebida com vista a garantir a certeza e a uniformidade da aplicação do direito comunitário se torne ela própria fonte de incerteza e de aplicação divergente deste direito entre os Estados-membros.

8. Será possível, com base nas considerações que desenvolvemos até este momento, dar à primeira questão colocada pelo Oberlandgesgericht de Karlsruhe uma resposta que seja válida para todos os casos nos quais questões do tipo visado no artigo 177.° do Tratado CEE sejam suscitadas, no âmbito de um processo sumário ou de um procedimento cautelar? Pudemos constatar, conforme é nossa convicção, que os elementos comuns aos diversos processos de natureza sumária previstos no respectivo direito dos Estados-membros permitem-nos sustentar validamente a tese aqui defendida e que, no direito processual alemão, o processo de natureza sumária, que foi utilizado no caso em apreço, apresenta, eventualmente, um carácter de mais nítida autonomia, do qual foram deduzidos argumentos em sentido contrário (argumentos, na nossa opinião, não convincentes). Não obstante o que precede, a fim de evitar que o reenvio puro e simples para uma família de processos não inteiramente homógeneos cujo nome não é o mesmo em todos os países seja fonte de equívocos, será oportuno que o Tribunal mencione muito em particular o procedimento cautelar que possui as características do «Verfügungsverfahren» visado nos artigos 935.° a 945.° do Código de Processo Civil alemão.

Para concluir, entendemos consequentemente que se deve responder à primeira questão colocada pelo Oberlandesgericht de Karlsruhe declarando que o órgão jurisdicional que estatui no âmbito de um processo de natureza sumária e, em particular, de um processo que possui as características do «Verfügungsverfahren», previsto nos artigos 935.° a 945.° do Código de Processo Civil da República Federal da Alemanha, não está obrigado a dirigir-se ao Tribunal de Justiça nos termos do terceiro parágrafo do artigo 177.° do Tratado CEE, ainda que a sua decisão não possa ser objecto de um recurso judicial, desde que, em relação às questões que foram objecto do processo de natureza sumária, seja permitido a qualquer uma das partes propor um processo ordinário susceptível de se concluir por uma decisão que substitua aquela que pôs termo ao primeiro processo.