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, ainda que temporariamente, à plena eficácia das normas comunitárias.

A plena eficácia do direito comunitário seria igualmente afectada se uma regra do direito nacional pudesse impedir o juiz a que é submetido um litígio regulado pelo direito comunitário de conceder medidas provisórias para garantir a plena eficácia da decisão jurisdicional a tomar sobre a existência dos direitos invocados com base no direito comunitário. Daqui resulta que o juiz que, nessas circunstâncias, concederia providências cautelares se não encontrasse como obstáculo uma norma do direito nacional é obrigado a não aplicar essa norma.

Esta interpretação é corroborada pelo sistema instituído pelo artigo 177.° do Tratado CEE, cujo efeito útil seria prejudicado se o órgão jurisdicional nacional que suspende a instância até que o Tribunal responda à sua questão prejudicial não pudesse conceder providências cautelares até que seja pronunciada a sua decisão na sequência da resposta do Tribunal.

RELATÓRIO PARA AUDIÊNCIA
apresentado no processo C-213/89 *

I — Antecedentes do processo principal

1. As recorrentes no processo principal, entre os quais a Factortame Ltd, são diversas sociedades que se regem pelo direito do Reino Unido bem como os administradores e os accionistas dessas sociedades, na maioria cidadãos espanhóis. Essas sociedades são proprietárias ou exploram 95 navios de pesca que, até 31 de Março de 1989, estavam matriculados como navios de pesca britânicos, nos termos do Merchant Shipping Act 1894 (lei de 1894 relativa à marinha mercante). Desses navios, 53 estavam originariamente matriculados em Espanha e navegavam com pavilhão espanhol. Esses 53 navios foram inscritos no registo britânico ao abrigo da lei de 1894 em diversas datas, a partir de 1980. Os outros 42 navios foram sempre britânicos; foram comprados pelas recorrentes em diferentes datas, sobretudo a partir de 1983.

2. O regime legal que rege a matrícula dos navios de pesca britânicos foi radicalmente alterado pela parte II do Merchant Shipping Act 1988 (lei sobre a navegação mercante de 1988, a seguir «lei de 1988») e pelos Merchant Shipping (Registration of Fishing Vessels) Regulations 1988 (regulamentos de 1988 relativos à matrícula dos navios de pesca, a seguir «regulamentos de 1988»;

* Língua do processo: inglês.

S. I. 1988, n.° 1926). O Reino Unido procedeu a esta modificação para pôr termo à prática do «quota hopping», ou seja, à prática que, de acordo com o Reino Unido, consiste na «pilhagem» das suas quotas de pesca por navios arvorando o pavilhão britânico, mas que não são verdadeiramente britânicos.

3. A lei de 1988 previu a criação de um novo registo onde deveriam passar a ser matriculados todos os navios de pesca britânicos, incluindo os que já se encontravam matriculados no anterior registo ao abrigo do Merchant Shipping Act 1894. Todavia, apenas os navios de pesca que se encontrem nas condições enunciadas no artigo 14.° da lei de 1988 podem ser matriculados no novo registo.

4. Sumariamente, as condições previstas no artigo 14.° da nova lei, e que se torna necessário satisfazer cumulativamente, são as seguintes:

a) *Nacionalidade*

A propriedade do navio deve pertencer totalmente a cidadãos britânicos ou a sociedades «qualificados».

Pelo menos 75 % do «beneficial ownership» (direitos de fruição) sobre o navio devem pertencer a cidadãos britânicos ou a sociedades «qualificados».

Uma sociedade é «qualificada» se tiver sido constituída no Reino Unido e aí tiver a sua sede e se pelo menos 75 % das suas acções tiverem por «legal owner» (titular da propriedade) e por «beneficial owner» (titular do direito de fruição) cidadãos britânicos; além disso, pelo menos 75 % dos seus administradores devem ser cidadãos britânicos.

A percentagem de 75 % pode ser provisoriamente elevada para 100 % por regulamento adoptado em execução da lei de 1988. O Reino Unido ainda não utilizou esta possibilidade.

Esta mesma condição de nacionalidade impõe-se igualmente para qualquer afretador ou quem explore o navio, quer seja uma pessoa singular ou uma sociedade.

b) *Residência e domicílio*

Impõe-se como condição adicional paralelamente à nacionalidade.

c) *Direcção e controlo*

O navio deve ser gerido e as suas actividades dirigidas e controladas a partir do território britânico.

5. A lei e os regulamentos de 1988 entraram em vigor em 1 de Dezembro de 1988. Todavia, nos termos do artigo 13.° da lei, a validade das matrículas efectuadas ao abrigo do regime anterior foi prorrogada, a título transitório, até 31 de Março de 1989.

6. Aquando da instauração do processo que deu origem à causa principal, os 95 navios de pesca das recorrentes não satisfaziam pelo menos uma das condições de matrícula

previstas no artigo 14.° da lei de 1988 e não podiam, portanto, ser matriculados no novo registo. Como esses navios se encontravam impedidos de pescar a partir de 1 de Abril de 1989, as sociedades em questão contestaram, solicitando a sua fiscalização jurisdicional, a compatibilidade da parte II da lei de 1988 com o direito comunitário.

7. Em especial, através do pedido apresentado em 16 de Dezembro de 1988 à High Court of Justice, Queen's Bench Division, as recorrentes pretendiam obter:

i) uma declaração de que o disposto na parte II da lei de 1988 relativa à navegação comercial não lhes era aplicável, visto a sua aplicação ser contrária ao direito comunitário, em especial aos artigos 7.°, 52.°, 58.° e 221.° do Tratado CEE;

ii) uma proibição de o Secretary of State considerar a matrícula existente dos seus navios (ao abrigo da lei de 1894 relativa à navegação comercial) caduca a partir de 1 de Abril de 1989;

iii) uma indemnização por perdas e danos;

iv) providências cautelares até à decisão final.

8. A Divisional Court da Queen's Bench Division proferiu a sua decisão em 10 de Março de 1989. Através dessa decisão, a Divisional Court:

i) declarava que não estava em condições de se pronunciar sobre as questões de direito comunitário suscitadas no processo sem submeter um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 177.° do Tratado CEE (esse pedido é objecto do processo C-221/89, actualmente pendente); e

ii) determinava que, até decisão final ou até ser proferida nova decisão por esse mesmo órgão jurisdicional, ficava suspensa a aplicação da parte II da lei e dos regulamentos de 1988 e o Secretary of State ficava impedido de a aplicar a qualquer das recorrentes e a qualquer navio pertencente (no todo ou em parte) a uma das recorrentes, bem como a qualquer navio gerido, armado ou afretado por uma das recorrentes, de forma a permitir que continue em vigor a matrícula desses navios nos termos da lei de 1894 relativa à navegação comercial.

9. Em 13 de Março de 1989, o Secretary of State interpôs recurso da decisão proferida pela Divisional Court a propósito das providências cautelares. Por acórdão de 22 de Março de 1989, a Court of Appeal decidiu unanimemente que, nos termos da Constituição britânica, os órgãos jurisdicionais não podiam suspender, a título provisório, a aplicação das leis. Por conseguinte, anulou a decisão da Divisional Court e autorizou o recurso para a House of Lords.

II — O acórdão de 18 de Maio de 1989 da House of Lords (decisão de reenvio)

10. Na sua decisão de 18 de Maio de 1989, a House of Lords declara, antes de mais, que as alegações das recorrentes a propósito do prejuízo irreparável que sofrerão em caso de não concessão das providências cautelares solicitadas e de terem vencimento no recurso principal têm fundamento.

11. Confrontada com a questão de saber se os órgãos jurisdicionais britânicos têm o poder de suspender, a título cautelar, a aplicação de uma lei e dirigir, para esse efeito, uma injunção ao Secretary of State, com o objectivo de salvaguardar os direitos que uma parte declara retirar de normas de direito comunitário com efeito directo, a House of Lords observa, antes de mais, que, nos termos do direito nacional, os órgãos jurisdicionais britânicos não têm o poder de conceder providências cautelares num caso como o do processo principal. As considerações que levaram a House of Lords a esta conclusão podem ser resumidas da seguinte forma.

12. Em primeiro lugar, a presunção de que a lei nacional é compatível com o direito comunitário, a não ser que a sua incompatibilidade seja declarada e enquanto não o for, não autoriza os órgãos jurisdicionais britânicos a conceder providências cautelares que consistam, de facto, na suspensão da aplicação dessa lei. A House of Lords observa, a esse respeito, que uma decisão que conceda às recorrentes as providências cautelares que solicitam apenas servirá o seu objectivo se, nos termos dessa decisão, as disposições que o Parlamento declarou serem lei não tiverem força de lei antes de uma data posterior indeterminada; qualquer decisão nesse sentido decidiria de forma irrevogável em favor das recorrentes, e durante um período aproximado de dois anos, direitos que são necessáriamente incertos enquanto o Tribunal não tiver decidido a título prejudicial.

13. Em segundo lugar, a antiga regra da *common law* de que nenhuma providência cautelar pode ser adoptada contra a Coroa, ou seja, contra o governo, impediria igualmente a concessão de providências cautelares no processo principal. A House of Lords sublinha a este propósito que, no processo Regina/Secretary of State for the Home Department, *ex parte*: Herbage (1987) QB 782, a Divisional Court da Queen's Bench Division entendeu que o artigo 31.° do Supreme Court Act 1981 (norma segundo a qual a High Court of Justice pode decidir da adopção de medidas provisórias, se as considerar justas e adequadas, sempre que seja submetido um pedido de fiscalização jurisdicional) tinha posto termo à imunidade da Coroa em matéria de providências cautelares, medida essa que foi em seguida confirmada pela Court of Appeal, no processo Regina/Licensing Authority, *ex parte*: Smith Kline & French Laboratories Ltd (N.° 2) (1989) 2 W. L. R., 378. Todavia, de acordo com a House of Lords, esta jurisprudência assentava numa interpretação errada do Supreme Court Act 1981. Afastou-a, portanto, no acórdão que proferiu no presente processo, concluindo que na perspectiva do direito inglês, os órgãos jurisdicionais não têm competência para decidir da adopção de medidas provisórias contra a Coroa.

14. A House of Lords questiona-se em seguida sobre se os órgãos jurisdicionais nacionais têm, nos termos do direito comunitário, o poder de conceder providências cautelares como as que são objecto do processo principal, independentemente do que estabelece o seu próprio direito, a fim de proteger direitos, decerto defensáveis de uma forma séria mas cuja existência não se encontra comprovada, que uma parte declara retirar do direito comunitário.

15. Após ter exposto a posição das partes a este propósito, a House of Lords sublinha que «o direito comunitário acolhe um princípio que está muito próximo do princípio do direito inglês de que a legislação delegada se deve presumir válida a menos que, e até que, seja declarada inválida» e remete, a este propósito, para o acórdão de 13 de Fe-

vereiro de 1979, Granaria (101/78, Recueil, p. 623). Refere em seguida o n.° 19 do acórdão de 22 de Outubro de 1977, Foto-/Frost (314/85, Recueil, p. 4199), nos termos do qual «na hipótese do processo de medidas provisórias, e em determinadas condições, podem impor-se alterações à regra segundo a qual os órgãos jurisdicionais nacionais não são competentes para declarar a invalidade dos actos comunitários...»

16. Nestas condições, a House of Lords considerou que o litígio suscitava um problema de interpretação do direito comunitário e decidiu, portanto, nos termos do artigo 177.° do Tratado CEE, suspender a instância até que o Tribunal de Justiça se pronuncie a título prejudicial sobre as seguintes questões:

«1) Quando,

i) um particular invoque perante um tribunal nacional direitos conferidos pelo direito comunitário, com efeito directo no direito nacional («os direitos invocados»),

ii) é claro que uma medida nacional, se aplicada, automaticamente privará esse particular dos direitos invocados,

iii) existam sérios argumentos contra e a favor da existência dos direitos invocados e o tribunal nacional tenha pedido uma decisão prejudicial, nos termos do artigo 177.°, sobre a existência desses direitos,

iv) o direito nacional presuma a medida nacional em questão compatível com o direito comunitário, até ser declarada incompatível,

v) o tribunal nacional não tenha competência para proteger a título cautelar os direitos invocados suspendendo a aplicação da medida nacional na pendência do processo prejudicial,

vi) se a decisão prejudicial for a favor dos direitos invocados, é provável que o particular titular desses direitos sofra danos irreparáveis por não lhe ter sido concedida protecção cautelar,

o direito comunitário

a) obriga o tribunal nacional a proteger a título cautelar os direitos invocados ou

b) autoriza esse tribunal a proteger a título cautelar os direitos invocados?

2) Se à questão 1, alínea a) for respondido negativamente e à questão 1, alínea b) afirmativamente, quais são os critérios a aplicar para decidir sobre a concessão de protecção cautelar dos direitos invocados?»

III — Tramitação do processo

17. A decisão da House of Lords foi registada na Secretaria do Tribunal em 10 de Julho de 1989.

18. Em 4 de Agosto de 1989, ou seja, durante a fase escrita do presente processo, a Comissão intentou no Tribunal de Justiça uma acção nos termos do artigo 169.° do Tratado CEE, visando obter a declaração de que o Reino Unido, ao impor os requisitos de nacionalidade previstos no artigo 14.° da lei de 1988, violou os artigos 7.°, 52.° e 221.° do Tratado CEE (processo 246/89, pendente). Por acto separado, apresentado na Secretaria do Tribunal no mesmo dia, a Comissão solicitou ao Tribunal que ordenasse, a título provisório, a suspensão da aplicação dos requisitos de nacionalidade no que diz respeito aos nacionais de outros Estados-membros e aos navios de pesca que, até 31 de Março de 1989, exerciam actividades piscatórias sob pavilhão britânico e com licença de pesca britânica. Por despacho de 10 de Outubro de 1989, o presidente do Tribunal deu provimento a esse pedido. Em execução deste despacho, o Reino Unido aprovou um decreto real alterando o artigo 14.° da lei de 1988, com efeitos a partir de 2 de Novembro de 1989.

19. Em conformidade com o artigo 20.° do Protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da CEE, foram apresentadas observações escritas: em 26 de Outubro de 1989 pela Comissão das Comunidades Europeias, representada por Götz zur Hausen, consultor jurídico, e Peter Oliver, membro do seu Serviço Jurídico, na qualidade de agentes; em 8 de Novembro de 1989, pelo Governo irlandês, representado por Louis J. Dockery, Chief State Solicitor, na qualidade de agente, assistido por James O'Reilly, Senior Counsel no foro da Irlanda; em 9 de Novembro de 1989, pelo Governo do Reino Unido, representado por T. J. G. Pratt, Treasury Solicitor, na qualidade de agente, assistido por Sir Nicholas Lyell, QC, Solicitor General, Christopher Bellamy, QC, e Christopher Vajda, barrister; e em 9 de Novembro de 1989 por Factortame Ltd e outros, ou seja, pelas recorrentes no processo principal, representadas por David Vaughan, QC, Gerald Barling, barrister, David Anderson, barrister, e Stephen Swabey, solicitor, da sociedade Thomas Cooper & Stibbard.

20. No seu acórdão de reenvio, a House of Lords solicitou ao Tribunal que desse prioridade ao presente processo. O presidente do Tribunal decidiu, em conformidade com o artigo 55.°, n.° 1, segundo parágrafo, do Regulamento Processual, que o processo fosse julgado prioritariamente.

21. Com base no relatório do juiz relator e ouvido o advogado-geral, o Tribunal decidiu iniciar a fase oral do processo sem instrução.

IV — Observações escritas

Sobre a questão 1

22. O *Governo do Reino Unido* procede, antes de mais, a uma apresentação dos meios processuais (remedies) existentes no Reino Unido. Assinala, a este respeito, que, no âmbito de um processo de fiscalização jurisdicional (judicial review), os órgãos jurisdicionais britânicos têm competência para anular os actos dos poderes públicos, designadamente por violação do direito comunitário. A eficácia do exercício desta competência é reforçada pela flexibilidade das regras relativas à legitimidade e pela rapidez da tramitação do processo.

23. No que se refere às leis, os órgãos jurisdicionais não têm, de acordo com a Constituição britânica, o direito de as anular ou de as considerar inconstitucionais. O mesmo não se passa quanto às leis que são contrárias ao direito comunitário, pois o artigo 2.°, n.os 1 e 4, do European Communities Act 1972 atribui competência aos órgãos jurisdicionais para declararem o primado dos direitos decorrentes das disposições comunitárias. Todavia, o Parlamento atribuiu este poder aos órgãos jurisdicionais apenas para quando estes decidam a título definitivo e não para conceder providências cautelares.

24. As regras do direito inglês que no caso em apreço impedem a concessão de providências cautelares, ou seja, a presunção de compatibilidade de uma lei com o direito comunitário e a imunidade da Coroa em matéria de medidas provisórias, não são discriminatórias, pois não estabelecem qualquer distinção entre os direitos que têm a sua origem no direito interno e os que a têm no direito comunitário.

25. Quanto ao argumento das recorrentes no processo principal, de que, caso contra eles fosse instaurado um processo-crime, este processo, e portanto a aplicação da legislação em questão, ficariam suspensos em caso de reenvio prejudicial, o Governo do Reino Unido observa que nesse caso se verificaria apenas a suspensão da instância instaurada perante o órgão jurisdicional nacional e não a suspensão da aplicação da lei.

26. A impossibilidade de obter uma protecção provisória do tipo da que é solicitada no caso em apreço justifica-se por fortes razões de ordem pública, como o respeito dos limites fundamentais da função judicial e da segurança jurídica.

27. Por outro lado, no plano do direito comunitário, os particulares não têm normalmente legitimidade, nos termos do artigo 173.° do Tratado, para impugnar a legislação comunitária e, por conseguinte, não podem obter do Tribunal a suspensão da aplicação de normas legislativas comunitárias, seja qual for a importância das consequências dessas disposições nas suas actividades comerciais. É certo que a legislação comunitária pode ser igualmente impugnada perante os órgãos jurisdicionais nacionais, mas o Tribunal entendeu que todo o regulamento aprovado em conformidade com o Tratado deve beneficiar de uma presunção de validade até que a sua invalidade seja declarada por um órgão jurisdicional competente (acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, Granaria, 101/78, Recueil, p. 623). Embora o Tribunal não tenha afastado a possibilidade de um órgão jurisdicional nacional poder ser considerado competente para suspender, a título provisório, a aplicação de uma disposição da legislação comunitária (acórdão de 22 de Outubro de 1987, Foto-Frost, 314/85, Colect., p. 4199; ver, igualmente, Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG, 143/88, pendente), o Reino Unido tem dúvidas sobre a compatibilidade da atribuição aos órgãos jurisdicionais nacionais de semelhante competência com o princípio da segurança jurídica.

28. Após um breve apanhado das legislações dos Estados-membros em matéria de providências cautelares, o Governo do Reino Unido observa que na maioria dos Estados-membros parece impossível obter, através de um pedido de providências cautelares, a não execução da legislação de base. Na República Federal da Alemanha, nos Países Baixos e em Portugal onde parecem existir determinados processos mais liberais em matéria de impugnação da legislação e de concessão de medidas provisórias de não execução, não é evidente que os órgãos jurisdicionais sejam competentes para proferir uma

decisão como a solicitada no processo principal.

29. O Governo do Reino Unido aborda, em seguida, a jurisprudência do Tribunal em matéria de meios processuais nacionais por violação do direito comunitário. Assinala que, segundo os acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Comet (45/76, Recueil, p. 2043), e Rewe (33/76, Recueil, p. 1989), na falta de uma harmonização comunitária, esses meios processuais relevam da ordem jurídica nacional desde que: a) não sejam menos favoráveis do que os que regulam os litígios internos do mesmo tipo (princípio da não discriminação) e b) que as regras nacionais de processo não tornem, na prática, impossível o exercício de direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais têm a obrigação de salvaguardar (princípio da eficácia). Por outro lado, do acórdão de 12 de Junho de 1980, Express Dairy Foods, Ltd, em especial n.° 12 (130/79, Recueil, p. 1887), resultaria que não compete ao Tribunal aprovar as regras gerais substantivas e as regras processuais que apenas as instituições competentes podem adoptar.

30. Segundo o Governo do Reino Unido, o conceito de efeito directo de determinadas disposições do Tratado não pode dar origem em direito interno a novos meios processuais. Sublinha que esta tese é confirmada pelo acórdão de 7 de Julho de 1981, Rewe, «cruzeiros da manteiga», em especial n.° 44 (158/80, Recueil, p. 1805), segundo o qual o Tratado «não pretendeu criar novos meios processuais a utilizar perante os órgãos jurisdicionais nacionais, com vista à manutenção do direito comunitário, diferentes dos estabelecidos pelo direito nacional» (tradução provisória).

31. O Tribunal reconheceu, portanto, tacitamente que o alcance da protecção de direitos directamente oponíveis será diferente consoante os Estados-membros até à sua harmonização pela legislação comunitária. O direito comunitário exige apenas que os meios processuais existentes não sejam esvaziados do seu conteúdo a ponto de, de facto, deixar de existir qualquer meio processual. Era esse o caso das leis nacionais, designadamente nos processos San Giorgio (acórdão de 9 de Novembro de 1983, 199/82, Recueil, p. 3595) e Jules Bianco (acórdão de 25 de Fevereiro de 1988, 331/85, 376/85 e 378/85, Colect., p. 1099).

32. Por último, o princípio consagrado pelo Tribunal no acórdão de 9 de Março de 1978, Simmenthal (106/77, Recueil, p. 629), segundo o qual os órgãos jurisdicionais nacionais têm a obrigação de garantir o pleno efeito das disposições comunitárias e de proteger os direitos que estas atribuem aos particulares deixando, se necessário, por aplicar, por sua iniciativa, todas as disposições em contrário do ordenamento jurídico nacional, é reconhecido sem reservas pelo Reino Unido: no processo Simmenthal, os direitos em causa não eram teóricos porque a sua existência já tinha sido declarada pelo Tribunal num acórdão anterior (acórdão de 15 de Dezembro de 1976, Simmenthal, 35/76, Recueil, p. 1871); por outro lado, o processo que Simmenthal tinha instaurado perante o órgão jurisdicional italiano era um meio processual reconhecido pela ordem jurídica interna. O contraste com o presente processo é, portanto, evidente.

33. Do que acaba de ser dito resulta que a posição do Reino Unido no que se refere aos meios de processo está em completa concordância com o direito comunitário; nenhum desses meios processuais foi vedado ou bloqueado no caso em apreço. Num caso excepcional, como o que é objecto do processo principal, a protecção dos particulares pode ser garantida pelo poder que o Tribunal possui de rapidamente decidir qualquer pedido prejudicial enviado por um órgão jurisdicional nacional (artigo 55.° do Regula-

mento Processual) e pelo da Comissão de obter medidas provisórias nos termos dos artigos 169.° e 186.° do Tratado CEE, como no caso vertente.

34. Em conclusão, o Governo do Reino Unido propõe que se responda à questão 1, alínea b), declarando que, «o direito comunitário não confere, por si só, a um órgão jurisdicional nacional competência para proferir uma decisão provisória suspendendo a aplicação de disposições legislativas nacionais com base em alegados ou teóricos direitos resultantes de disposições comunitárias com efeito directo, quando o direito interno não o preveja».

35. O *Governo irlandês* observa, a título preliminar, que o que está em causa no presente processo não é a protecção de direitos adquiridos de que os recorrentes no processo principal gozem por força das disposições comunitárias com efeito directo, mas a questão de saber se podem ou devem ser concedidas providências cautelares, antes que o órgão jurisdicional nacional decida se os recorrentes gozam desses direitos e, caso a resposta seja afirmativa, se eles foram violados.

36. Afirma que o Tribunal sempre se mostrou pouco disposto a intervir no domínio dos meios processuais existentes na legislação nacional e susceptíveis de tornar efectivos os direitos atribuídos aos particulares pelo direito comunitário, mesmo quando a existência desses direitos, ou a sua violação, se encontram provadas. O Governo irlandês refere, a este propósito, o citado acórdão de 16 de Dezembro de 1976, Rewe, do qual resulta que, na falta de uma regulamentação comunitária dos meios processuais susceptíveis de serem utilizados perante os órgãos jurisdicionais nacionais, compete ao ordenamento jurídico interno de cada Estado-membro garantir a protecção dos direitos decorrentes das disposições comunitárias directamente aplicáveis.

37. Além disso, o Tribunal considerou no citado acórdão de 7 de Julho de 1981, Rewe, «cruzeiros da manteiga», que o Tratado não pretendeu criar novos meios processuais a utilizar perante os órgãos jurisdicionais nacionais para observância do direito comunitário. O Governo irlandês sublinha que, se assim não fosse, se verificaria uma ingerência abusiva do Tribunal na forma como os órgãos jurisdicionais nacionais aplicam o direito comunitário no âmbito do direito processual interno.

38. Segundo o Governo irlandês, a jurisprudência do Tribunal relativa ao princípio da eficácia (acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Comet, citado; e de 10 de Julho de 1980, Mireco, 826/79, Recueil, p. 2559) não implica o direito a medidas de protecção provisórias.

39. Por último, o Governo irlandês entende que seria completamente inoportuno impor a criação de novos meios processuais em direito nacional. As divergências existentes entre os sistemas nacionais quanto ao direito a providências cautelares só podem ser suprimidas se o Conselho legislar na matéria. Não existindo legislação comunitária nesse sentido, qualquer problema colocado a esse respeito pelo direito nacional pode ser regulado no âmbito de uma acção intentada pela Comissão contra o Estado-membro em causa.

40. Em conclusão, o Governo irlandês propõe que se responda à questão 1 declarando que, no caso equacionado por essa questão, «a) o direito comunitário não obriga os órgãos jurisdicionais nacionais a concederem

medidas de protecção provisórias dos direitos invocados quando o órgão jurisdicional nacional não tem nem a obrigação nem o poder, no âmbito do direito nacional, de conceder semelhante protecção; b) o direito comunitário não atribui ao órgão jurisdicional nacional o poder de conceder medidas de protecção provisórias dos direitos invocados se o direito nacional não atribuir ao órgão jurisdicional nacional competência para conceder semelhantes medidas provisórias».

41. *As recorrentes no processo principal* observam, a título preliminar, que nunca afirmaram que a concessão de uma protecção provisória seja normalmente obrigatória. Não obstante, perante o contexto concreto em que se insere o processo principal, sustentam que no caso em apreço o órgão jurisdicional nacional é obrigado a proferir uma decisão de protecção adequada.

42. Procedem em seguida a uma breve análise da jurisprudência do Tribunal relativa ao «efeito directo» das disposições comunitárias e ao papel dos órgãos jurisdicionais nacionais no que se refere aos direitos atribuídos aos particulares por essas disposições.

43. As recorrentes no processo principal sublinham que, de acordo com esta jurisprudência, as disposições de direito comunitário com «efeito directo» devem ser aplicadas uniformemente em todos os Estados-membros desde a sua entrada em vigor e enquanto permaneçam em vigor (acórdãos de 10 de Julho de 1980, Ariete, 811/79, Recueil, p. 2545) e Mireco, já referido; e de 9 de Março de 1978, Simmenthal, referido). Estas disposições constituem uma fonte directa de direitos e obrigações para todas as pessoas a que sejam aplicáveis (acórdão de 9 de Março de 1978, Simmenthal, citado) e fazem parte do património jurídico do cidadão (acórdão de 5 de Fevereiro de 1963, Van Gend en Loos, 26/62, Recueil, p. 3). Os direitos que daí decorrem para os particulares têm origem nas próprias disposições do direito comunitário e não nos acórdãos do Tribunal que as interpretam (acórdão de 14 de Dezembro de 1982, Waterkeyn, 314/81, 315/81 e 316/81 e 83/82, Recueil, p. 4337).

44. É aos órgãos jurisdicionais nacionais que compete velar pela protecção jurídica dos direitos que os particulares retiram das disposições comunitárias directamente aplicáveis (acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Rewe e Comet, já referidos; de 27 de Março de 1980, Denkavit Italiana, 61/79, Recueil, p. 1205). Esta obrigação dos órgãos jurisdicionais nacionais não pode ser atenuada ou eludida por a Comissão poder actuar contra um Estado-membro em virtude do artigo 169.° do Tratado e poder, no âmbito desse processo, obter medidas provisórias nos termos do artigo 186.° do Tratado. Esta observação resulta do citado acórdão de 5 de Fevereiro de 1963, Van Gend en Loos, e do acórdão de 3 de Abril de 1968, Molkerei (28/67, Recueil, p. 212).

45. As recorrentes no processo principal sublinham que a protecção garantida aos particulares pelos órgãos jurisdicionais nacionais deve ser efectiva (acórdão de 9 de Julho de 1985, Bozetti, em especial n.° 17, 179/84, Recueil, p. 2301) e não apenas simbólica. Deve, igualmente, ser «directa e imediata» (acórdão de 19 de Dezembro de 1968, Salgoil, 13/68, Recueil, p. 662, 675). Um impedimento temporário da plena eficácia do direito comunitário não é permitido (acórdão de 9 de Março de 1978, Simmenthal, referido, em especial n.° 23). Por conseguinte, qualquer disposição de um ordenamento jurídico nacional ou qualquer prática legislativa, administrativa e judicial, que conduza a diminuir a eficácia do direito comunitário, privando os órgãos jurisdicionais nacionais do poder de garantir a protecção adequada, é, por si só, incompatível com o

direito comunitário (acórdãos de 9 de Março de 1978, Simmenthal, referido; de 10 de Abril de 1984, Von Colson e Kamann, 14/83, Recueil, p. 1891; e de 15 de Maio de 1986, Johnston, 222/84, Colect., p. 1651).

46. É este o caso das duas regras de direito inglês que impedem a concessão das providências cautelares solicitadas pelas recorrentes no processo principal.

47. Em especial, a presunção de compatibilidade esvazia de sentido a questão prejudicial relativa ao mérito da causa, porque não permite ao órgão jurisdicional manter a situação inalterada até ao momento de o Tribunal proferir o seu acórdão. Como esta presunção limita a liberdade dos órgãos jurisdicionais nacionais de submeter ao Tribunal qualquer questão de direito comunitário que seja necessário resolver para proferir a sua decisão, ela é incompatível com o princípio da «protecção efectiva» e com o artigo 177.°, n.° 2, do Tratado CEE.

48. A importância capital atribuída pelo direito comunitário à protecção dos direitos atribuídos aos particulares pelas suas disposições durante o período que decorre entre a apresentação do pedido prejudicial e o acórdão do Tribunal é confirmada pelo acórdão de 22 de Outubro de 1977, Foto-Frost, referido, em especial n.° 19.

49. Quanto à regra relativa à imunidade da Coroa em matéria de providências cautelares, as recorrentes no processo principal afirmam que este obstáculo possui um carácter artificial, porque se ignorassem a lei de 1988 e a Coroa procedesse contra elas por violação dessa lei, a Coroa não poderia obter a aplicação da lei em questão, pois o órgão jurisdicional nacional, ao interrogar o Tribunal nos termos do artigo 177.° do Tratado, suspenderia a instância e protegeria os direitos invocados pelas recorrentes.

50. De qualquer forma, a regra da imunidade da Coroa é uma anomalia no que se refere ao exercício dos direitos decorrentes das disposições comunitárias porque: a) é possível obter providências cautelares contra todos os outros demandados, com excepção da Coroa, quando na maior parte dos casos é precisamente contra as autoridades do Estado, ou seja, contra a Coroa, que devem ser invocados os direitos atribuídos pelo direito comunitário, e que b) é possível obter medidas de protecção definitivas contra a Coroa.

51. De acordo com as recorrentes no processo principal, o direito comunitário impede a aplicação das duas regras do direito inglês que excluem a possibilidade de obter medidas provisórias como as solicitadas no processo principal. Sublinham que, se assim não fosse, o Reino Unido poderia violar de forma flagrante o direito comunitário em processos como o presente, ao mesmo tempo que extrairia vantagens do facto de, visto muito provavelmente ter de ser apresentado ao Tribunal um pedido de decisão prejudicial, os titulares dos direitos decorrentes das disposições comunitárias se encontrarem provisoriamente privados da possibilidade de os exercer. Esta privação de direitos é, na prática, permanente em casos em que, como no caso em apreço no processo principal, não é possível uma acção de indemnização [visto, no estado actual do direito inglês, vigorar o precedente estabelecido pelo acórdão da Court of Appeal no processo Bourgoin/Ministry of Agriculture,

Fisheries and Food (1986) QB 716, nos termos do qual nenhuma acção de indemnização pode ser intentada contra a Coroa por violação de uma disposição do Tratado, a não ser que se comprove a má-fé da Coroa] e em que os direitos dos recorrentes nunca são retroactiva e completamente protegidos sob outra forma, seja ela qual for, quando a decisão definitiva é efectivamente proferida. Todas estas observações revelam como é necessário poder obter, em especial em casos como o vertente, uma protecção efectiva, através de providências cautelares.

52. Por último, as recorrentes no processo principal afirmam que é totalmente despropositado invocar o citado acórdão de 7 de Julho de 1981, Rewe, «cruzeiros da manteiga», para justificar a impossibilidade de obter providências cautelares, e isto pelas seguintes razões. Em primeiro lugar, a questão de saber se é necessário criar novos meios processuais a utilizar perante os órgãos jurisdicionais nacionais para ser possível a concessão de medidas provisórias adequadas não se coloca, porque os meios processuais existente na ordem jurídica inglesa são perfeitamente adequados; basta que as duas regras relativas à presunção de compatibilidade e à imunidade da Coroa deixem de ser aplicadas. Em segundo lugar, e de qualquer modo, as considerações contidas naquele acórdão devem ser entendidas com a reserva de, como o Tribunal declarou nos acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Comet e Rewe, e reiterou no acórdão de 9 de Novembro de 1983, San Giorgio, e noutros acórdãos, em nenhum caso as disposições nacionais poderem ser de natureza a tornar impossível na prática ou excessivamente difícil a protecção dos direitos atribuídos aos particulares pelas disposições comunitárias. É inconcebível que o Tribunal aplique esta reserva a processos relativos a regras processuais, a matéria de prova e de prescrição, mas não a uma regra relativa à legitimidade, como a que estava em causa no processo 158/80, Rewe, «cruzeiros da manteiga».

53. Em conclusão, as recorrentes no processo principal propõem que se responda à questão 1 declarando que, nas circunstâncias aí invocadas, «o direito comunitário prevê que os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros têm a obrigação (ou, pelo menos, o poder) de conceder a protecção provisória adequada e de não aplicar, na medida do necessário, todas as disposições legislativas, regras e práticas judiciais nacionais que constituam obstáculos à concessão de uma protecção efectiva a quem, como as recorrentes no caso em apreço, invoque o efeito directo de direitos nos termos do direito comunitário».

54. A *Comissão* procede, a título preliminar, a uma análise comparativa do direito comunitário e das legislações dos Estados-membros em matéria de medidas provisórias.

55. Afirma que, no plano do direito comunitário, o artigo 185.° do Tratado CEE prevê, em caso de recurso de anulação, a possibilidade de suspender a execução de uma medida comunitária, «mesmo decorrente do direito primário».

56. A análise das legislações nacionais conduz a Comissão à conclusão de que os direitos de todos os Estados-membros, com excepção da Dinamarca e do Reino Unido, autorizam os tribunais a suspender a aplicação de disposições que possam ser perante eles impugnadas. Mesmo na Dinamarca, os tribunais têm a possibilidade de conceder essas medidas de protecção provisória em certas categorias bem delimitadas de processos de direito público.

57. Em seguida, a Comissão recorda a jurisprudência do Tribunal no que se refere à protecção pelos órgãos jurisdicionais nacionais dos direitos que o direito comunitário confere aos particulares.

58. Antes de mais, o Tribunal sublinhou a necessidade da existência de uma via de recurso de natureza jurisdicional contra qualquer decisão de uma autoridade nacional que recuse a um particular o benefício de um direito conferido por uma disposição comunitária (acórdãos de 15 de Outubro de 1987, Heylens, 222/86, Colect., p. 4097; e de 15 de Maio de 1986, Johnston, já referido).

59. Além disso, da jurisprudência relativa aos recursos interpostos por particulares para um órgão jurisdicional nacional com vista à protecção dos direitos que lhes são atribuídos pelo direito comunitário (acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Comet e Rewe, referidos) resulta que, na falta de regulamentação comunitária, as modalidades processuais desses recursos são regidas pelo direito interno, desde que se respeitem o princípio da não discriminação e o princípio da eficácia.

60. O princípio da não discriminação não diz directamente respeito ao presente processo, porque os órgãos jurisdicionais britânicos não têm competência para adoptar medidas provisórias contra a Coroa, mesmo quando é apenas o direito inglês que está em causa. Em contrapartida, o princípio da eficácia aplica-se directamente no caso em apreço. Os Estados-membros têm de observar esse princípio independentemente do princípio da não discriminação. Por conseguinte, quando uma regra viola o princípio da eficácia, é inútil sustentar que em situações equivalentes em que só seja aplicável o direito interno a regra se aplica exactamente da mesma forma (acórdão de 9 de Novembro de 1983, San Giorgio, citado).

61. De acordo com a Comissão, o acórdão mais importante sobre o alcance do princípio da eficácia é o citado acórdão de 9 de Março de 1978, Simmenthal, em especial os n.^{os} 15, 16 e 21 a 23. Esse acórdão revela de forma muito clara que o princípio da eficácia é uma consequência imediata e inevitável da noção de aplicabilidade directa. Com efeito, seria um contra-senso dizer que determinadas disposições comunitárias podem ser invocadas perante os órgãos jurisdicionais nacionais se qualquer tentativa nesse sentido pudesse, na verdade, ser posta em causa por disposições nacionais relativas às vias de recurso ou às modalidades processuais.

62. Daqui resulta que os órgãos jurisdicionais nacionais têm de velar para que às partes que invoquem normas comunitárias com efeito directo sejam dados, em direito nacional, meios processuais eficazes a fim de obter a aplicação dos direitos resultantes dessas disposições. De acordo com a Comissão, torna-se necessário que os órgãos jurisdicionais nacionais possam conceder providências cautelares, sem, no entanto, serem obrigados a fazê-lo sempre que um litigante invoque uma disposição de direito comunitário directamente aplicável.

63. O facto de o direito nacional presumir que a disposição nacional em causa é compatível com o direito comunitário enquanto a sua incompatibilidade não for declarada não constitui um obstáculo lógico à concessão de medidas provisórias que suspendam a sua aplicação. A mesma presunção existe em direito comunitário (acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, Granaria, já referido), mas isso não impede o Tribunal de suspender, nos termos do artigo 185.° do Tratado, a aplicação de disposições comunitárias pela

via das medidas provisórias. Por outro lado, em direito inglês, presumem-se válidas as medidas adoptadas pelas autoridades locais, mas isso não impede os tribunais de suspender a sua aplicação através de providências cautelares [nesse sentido: De Falco/Crawley BC (1980) All ER 913 (CA); igualmente Regina/Kensington and Chelsea Royal LBC, *ex parte*: Hammel (1989) All ER 1201 (CA)].

64. A Comissão assinala que, de acordo com o órgão jurisdicional de reenvio, o prejuízo sofrido pelas recorrentes no processo principal seria irreparável em caso de não concessão das providências cautelares solicitadas e de provimento do recurso por elas interposto, visto as recorrentes não terem, provavelmente, a possibilidade de intentar uma acção de indemnização, tendo em vista o acórdão citado da Court of Appeal no processo Bourgoin.

65. Segundo a Comissão, poder-se-ia sustentar que a probabilidade de um prejuízo irreparável implica necessariamente que o único meio processual eficaz seja a providência cautelar. Se uma das partes não puder obter nem medidas de protecção provisória para evitar o prejuízo em questão nem uma indemnização *ex post facto*, poder-se-ia pensar que, de qualquer modo, ela se encontra privada de meios processuais eficazes para obter a aplicação dos seus direitos. O facto de a inexistência de meios processuais ser apenas provisória não pode justificar essa situação, pois, que, de acordo com o n.° 23 do citado acórdão Simmenthal, mesmo a inexistência temporária de um meio processual eficaz é contrária ao princípio da eficácia.

66. Em conclusão, a Comissão propõe que se responda à questão declarando que «a obrigação que têm os órgãos jurisdicionais nacionais de aplicar o direito comunitário com efeito directo e de proteger os direitos que ele atribui aos particulares inclui a obrigação de verificar se deve ser concedida uma protecção provisória dos direitos invocados contra as autoridades de um Estado-membro para evitar um prejuízo irreparável e, eventualmente, conceder essa protecção provisória».

Sobre a questão 2

67. O *Governo do Reino Unido* assinala que, face à resposta que propõe para a questão 1, alínea b), é inútil responder às outras questões colocadas pela House of Lords.

68. No entender do *Governo irlandês*, atendendo à resposta que propõe para a questão 1, não há que responder à questão 2. Todavia, se o Tribunal entender responder a esta questão, o Governo irlandês sugere que declare que «as condições de concessão de uma tal protecção provisória por um órgão jurisdicional nacional relevam exclusivamente do direito nacional, com a única reserva de essas condições não deverem comportar qualquer discriminação do direito comunitário relativamente ao direito nacional e não deverem violar a proibição de qualquer discriminação em razão da nacionalidade, que consta do artigo 7.° do Tratado CEE».

69. As *recorrentes no processo principal* observam que, se o Tribunal responder à primeira questão declarando que os órgãos jurisdicionais nacionais podem conceder providências cautelares, à segunda questão deveria responder que o direito comunitário deixa aos Estados-membros a liberdade de determinar os critérios do exercício desse poder, sendo claro que em caso algum esses

critérios serão definidos ou aplicados: a) menos favoravelmente do que quando não estejam em causa direitos nos termos do direito comunitário, ou, de qualquer modo, b) de forma a tornar a protecção dos direitos impossível na prática ou extremamente difícil de garantir.

70. Por essa razão, os critérios adequados seriam os que os órgãos jurisdicionais ingleses aplicam actualmente em matéria de providências cautelares e que obrigam o órgão jurisdicional a verificar: a) se existe uma questão importante sobre a qual se torna necessário decidir ou, noutros termos, se existe uma «verdadeira possibilidade de ser dado provimento» ao recurso [a este respeito, as recorrentes remetem designadamente para o acórdão da House of Lords no processo American Cyanamid/Ethicon (1975) AC 396]; b) em caso de resposta afirmativa ao ponto a), se é possível obter uma indemnização e, nesse caso, se ela constitui uma reparação satisfatória para uma ou outra das partes; c) em caso de resposta negativa às questões da alínea b), onde se situa o ponto de equilíbrio ideal para as duas partes. No âmbito deste último exame, o órgão jurisdicional deveria, designadamente, pesar as consequências que teria para o requerente a recusa da protecção provisória solicitada e, para o requerido, a sua concessão. Poderia, igualmente, tomar em consideração qualquer outro elemento como, por exemplo, a demora do requerente em solicitar uma protecção provisória ou, o que seria importante no caso em apreço, os nexos de interdependência entre os direitos dos particulares e o interesse geral.

71. As recorrentes no processo principal expõem, em seguida, detalhadamente, as razões que as levam a considerar que satisfazem todos os referidos critérios.

72. A *Comissão* assinala, a título preliminar, que os critérios de concessão de uma medida provisória pelo Tribunal, em conformidade com o artigo 83.°, n.° 2, do Regulamento Processual, tal como é interpretado pelo Tribunal, são os seguintes: o requerente deve demonstrar a procedência do pedido bem como a existência de uma urgência tal que as medidas provisórias sejam necessárias para evitar um prejuízo grave e irreparável. Ainda que, de acordo com o artigo 86.°, n.° 2 do Regulamento Processual, o Tribunal possa condicionar a execução do despacho à prestação de uma caução pelo requerente, é raro o Tribunal impor essa condição.

73. No plano do direito inglês, os critérios a aplicar para a concessão de uma protecção provisória resultam: a) dos citados acórdãos De Falco e Hammel, que dizem respeito à concessão de providências cautelares contra instituições públicas que não a Coroa, como as colectividades locais; b) o citado acórdão da House of Lords no processo American Cyanamid, que diz respeito à concessão de providências cautelares em caso de litígio entre particulares. A Comissão alega que, segundo este último acórdão, o órgão jurisdicional nacional deve, antes de mais, certificar-se de que as pretensões do requerente não são nem inúteis nem vexatórias: se esta condição se verifica, o litígio é decidido ponderando-se os interesses em presença; por último, caso o órgão jurisdicional ordene as medidas provisórias solicitadas, o requerente será obrigado a subscrever um compromisso relativamente a uma eventual indemnização («cross-undertaking in damages»).

74. A Comissão observa em seguida que nada se opõe a que os órgãos jurisdicionais ingleses apliquem o critério já fixado pela sua jurisprudência para a concessão de me-

didas de protecção provisória contra as autoridades locais.

75. De qualquer modo, em conformidade com os princípios gerais, os seguintes elementos devem ser examinados pelos órgãos jurisdicionais nacionais: i) a solidez aparente da argumentação do requerente; não compete ao direito comunitário determinar se se torna necessário que o requerente apresente fundamentos sérios (processo American Cyanamid) ou que estabeleça uma simples presunção da procedência das suas pretensões (artigo 83.°, n.° 2, do Regulamento Processual do Tribunal) ou uma forte probabilidade da sua procedência (processos De Falco e Hammel); ii) o juiz deve igualmente ponderar os interesses em presença, entre os quais as considerações relativas à urgência, ao risco de um prejuízo irreparável e ao interesse geral. Quando, como no caso em apreço, o requerente se encontra privado do seu direito de exercer a sua actividade económica até à decisão da causa principal, deve atribuir-se a esse exame uma importância muito especial. O mesmo se passa *a fortiori* quando, como no caso em apreço, o requerente corre o risco de falência.

76. De acordo com a Comissão, o facto de não ser possível exigir um «cross-undertaking» num caso particular não constitui, necessariamente, um obstáculo à concessão de medidas provisórias.

77. Por último, a Comissão sublinha que em caso algum uma das circunstâncias susceptíveis de militar contra a concessão de medidas provisórias, quer seja considerada isoladamente ou em conjunto com outras circunstâncias, pode agir como impedimento absoluto dessa protecção, pois isso seria privar o interessado de uma via de recurso eficaz. O facto, por exemplo, de a medida impugnada constituir aplicação directa de uma lei não pode levar a excluir automaticamente a sua suspensão.

78. Em conclusão, a Comissão propõe que se responda à segunda questão declarando que, «quando se pronunciam sobre um pedido de providência cautelar, os órgãos jurisdicionais nacionais devem ponderar os interesses em presença em cada caso, sem considerar qualquer circunstância específica ou conjunto de circunstâncias que possam, de um modo geral, constituir um impedimento absoluto dessa protecção. Além disso, os critérios a aplicar pelos órgãos jurisdicionais nacionais não podem ser menos favoráveis ao interesssado do que os que se aplicam em situações análogas em que apenas esteja em causa o direito interno».

C. N. Kakouris
Juiz relator