



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

A Tutela Cautelar no âmbito do Contencioso da União Europeia

Catarina Clemente Marques Baptista

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) - Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito Internacional Público e Europeu sob a orientação do Professor Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado

Coimbra

2016

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Jónatas Machado, pelo apoio e compreensão e pelos momentos em que o importunei ao longo dos últimos meses. Mostro a minha gratidão pela atenção dispensada e pelo contributo na realização desta dissertação.

À Universidade de Viena, Áustria, na pessoa da Professora Doutora Verica Trstenjak e de todos os seus colaboradores no Instituto de Direito Comparado, Internacional e Europeu, pelos 7 meses de partilha de conhecimentos e contributo para o meu desenvolvimento profissional.

Aos meus pais, Graça e Manuel, e à minha irmã Sandra, que respeitam, assumem e vivem as minhas escolhas como se fossem deles. Sem o seu apoio incondicional não poderia perseguir os meus sonhos.

À minha madrinha Maria da Luz Simão, leitora infatigável, pela sua disponibilidade e pelo conforto nos momentos adversos, com a certeza de que dou valor inestimável ao seu conselho e orientação.

Às minhas colegas e amigas, que compartilharam dos meus medos e angústias.

«De tudo, ficaram três coisas:

a certeza de que estamos sempre a começar, a certeza de que é preciso continuar e a certeza de que seremos interrompidos antes de terminar.

Portanto, devemos fazer da interrupção um caminho novo, da queda um passo de dança, do medo uma escada, do sono uma ponte, da procura um encontro...»

Fernando Sabino
in Encontro marcado

SIGLAS E ABREVIATURAS

B

BCE · *Banco Central Europeu*

C

CDFUE · *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*

CdR · *Comité das Regiões*

CECA · *Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*

CEE · *Comunidade Económica Europeia*

CLJ · *Cambridge Law Journal*

CML Rev · *Common Market Law Review*

COM · *Comunicação da Comissão Europeia*

E

ELR · *European Law Review*

Estatuto · *Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia*

J

JO · *Jornal Oficial da União Europeia*

N

NALL · *Netherlands Administrative Law Library*

P

PESC · *Política Externa e de Segurança Comum*

T

TC · *Tribunal de Contas*

TCE · *Tratado que institui a Comunidade Europeia*

TCEEA · *Tratado que institui a Comunidade Europeia de Energia Atómica*

TFUE · *Tratado de Funcionamento da União Europeia*

TG · *Tribunal Geral*

TJUE · *Tribunal de Justiça da União Europeia*

Tribunal · *Tribunal de Justiça da União Europeia*

TUE · *Tratado da União Europeia*

U

UE · *União Europeia*

ÍNDICE

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	A TUTELA CAUTELAR	10
2.1	Caracterização	10
2.1.1	A Tutela Cautelar.....	10
2.1.2	A Tutela Urgente.....	14
2.1.3	Tramitações processuais diferenciadas	15
2.2	A atividade do TJUE – Estatísticas Judiciais	16
3	O CONTENCIOSO EUROPEU E A TUTELA CAUTELAR	20
3.1	Primazia e uniformidade de aplicação do direito da União	20
3.2	A concessão de medidas provisórias no direito da União.....	23
3.2.1	Os Tratados, o Estatuto e o Regulamento de Processo.....	25
3.2.2	Os tipos de medidas provisórias	26
3.2.2.1	Suspensão da Execução ou Medida Provisória Especificada	26
3.2.2.2	Outras Medidas Provisórias ou Medidas Provisórias Não Especificadas.....	28
3.2.3	O Pedido.....	29
3.2.3.1	O juiz das medidas provisórias.....	29
3.2.3.2	A legitimidade	30
3.2.3.3	A apresentação do pedido	32
3.2.4	Os critérios substantivos de procedência da tutela cautelar.....	33
3.2.4.1	Admissibilidade.....	34
3.2.4.2	Fumus Boni Iuris.....	37
3.2.4.3	Urgência	39
3.2.4.4	Ponderação de Interesses.....	43
3.2.5	A decisão judicial.....	45
3.2.6	A execução do despacho	47
3.2.7	As despesas	47
3.2.8	O recurso.....	48
3.3	Os meios processuais junto do TJUE: traços fundamentais e tutela cautelar	49

3.3.1	Ação de Anulação	49
3.3.1.1	Tutela cautelar	55
3.3.2	Ação de Omissão	57
3.3.2.1	Tutela cautelar	60
3.3.3	Ação fundada em Responsabilidade	62
3.3.3.1	Tutela cautelar	68
3.3.4	Ação por Incumprimento	69
3.3.4.1	Tutela cautelar	72
3.3.5	Reenvio Prejudicial	73
3.3.5.1	Tutela cautelar	79
3.4	Os poderes da Comissão	80
4	OS TRIBUNAIS NACIONAIS, O TJUE E A TUTELA CAUTELAR	83
4.1	A cooperação com o TJUE.....	83
4.2	A autonomia processual dos Estados Membros	84
4.2.1	Equivalência.....	86
4.2.2	Efetividade	88
4.2.3	A relação da autonomia processual com o princípio do primado e a tutela jurisdicional efetiva	90
4.3	O papel dos tribunais nacionais na proteção dos direitos concedidos pelo direito da União no contexto da tutela cautelar	95
5	CONCLUSÃO.....	108
6	BIBLIOGRAFIA	117

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação foi elaborada no âmbito dos estudos de 2º ciclo em Direito na Universidade de Coimbra, com vista à obtenção do grau de Mestre com Menção em Direito Internacional Público e Europeu.

O foco deste estudo é a tutela cautelar no seio do ordenamento jurídico europeu, percorrendo as várias fases de concessão de uma medida provisória, passando pela sua relação com os meios contenciosos da União Europeia e terminando com a relevância dos tribunais nacionais dos Estados membros.

Parece-nos evidente a importância prática de uma melhor compreensão da tutela judicial provisória dos direitos concedidos pelo direito da União Europeia, na medida em que o mesmo é parte integrante das nossas vidas enquanto cidadãos europeus e abarca uma variedade de temáticas com efeito contínuo no dia a dia do espaço comunitário.

A função jurisdicional da União Europeia viu-se confrontada com a necessidade de regular um procedimento provisório de proteção urgente de questões jurídicas e, espelhando os ordenamentos nacionais, encontrou na tutela cautelar o mecanismo judicial próprio de combate à lentidão da justiça.

Deste modo, a tutela cautelar assume-se de marcada atualidade, nomeadamente quando a morosidade na resolução de litígios afeta de igual modo os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça da União Europeia, colocando em risco a satisfação dos direitos dos particulares e a efetividade das decisões judiciais.

No contexto do sistema europeu e da proteção cautelar, nas páginas seguintes procuraremos dar resposta a um conjunto de questões com destaque dogmático e prático que foram primordiais na redação desta dissertação:

- O que é a tutela cautelar e como se caracteriza? Como se afirma a tutela cautelar no ordenamento jurídico da União Europeia? Perante que órgão jurisdicional se apresenta um pedido cautelar? Quais os critérios para a concessão de uma medida cautelar? Quais os meios processuais que compõem o contencioso da UE e como se caracterizam? Qual o papel dos tribunais nacionais na concessão de medidas cautelares?

De forma a esquematizar o estudo em apreço, este dividir-se-á em três núcleos essenciais, constituindo, assim, uma análise que consagra o processo de concessão de medidas de natureza cautelar.

Inicialmente, exploraremos as características da tutela cautelar, que se verão refletidas ao longo desta dissertação, e que constituem a base da proteção provisória dos direitos provenientes do direito da União.

Neste esforço inicial distinguiremos, ainda que de forma breve, a tutela cautelar da tutela urgente e das tramitações processuais diferenciadas que têm assento no contencioso da União. Abordaremos ainda a atividade do Tribunal de Justiça da União Europeia no contexto da tutela cautelar, com base no seu Relatório Anual.

De seguida, procuraremos demonstrar o *iter processual* a percorrer pelos agentes com legitimidade processual ativa que pretendam formular um pedido de medidas cautelares ao abrigo do direito da União.

As várias fases processuais prendem-se a considerações relativas ao pedido, aos critérios de procedência do mesmo, à decisão judicial, às despesas com o processo cautelar e ao recurso da decisão procedente proferida pelo órgão jurisdicional competente.

Cabe ainda, no âmbito da tutela cautelar no contexto europeu, referir os traços fundamentais dos diferentes meios contenciosos que o direito da UE estabelece para proteção dos direitos por ele concedidos aos cidadãos europeus.

Como teremos oportunidade de constatar, a tutela cautelar surge associada aos meios contenciosos principais da União e deles depende enquanto meio judicial provisório e instrumental. Neste sentido, atentemos a considerações sobre, por exemplo, a legitimidade processual ou o tribunal competente, aspetos que serão chamadas à atenção num processo de medidas cautelares consoante a ação principal de que decorre.

Por fim, tendo em conta que o sistema jurídico da União engloba também os ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados membros que a compõem e que estes têm um desempenho ativo na aplicação do direito da UE, reservamos lugar a ponderações no contexto da tutela cautelar junto dos tribunais nacionais.

Seguiremos os motivos apontados como determinantes no reconhecimento pelos juízes dos Estados membros da primazia da jurisprudência do TJUE sobre o direito nacional. Interessar-nos-á perceber o que leva o juiz nacional a ser também juiz do direito da União e a cooperar com o seu Tribunal.

A relação dos tribunais nacionais com o TJUE dá o mote para a compreensão da autonomia processual dos Estados membros e, principalmente, abre o caminho para se destacar o seu papel na concessão de medidas cautelares.

Uma vez que este estudo se centra no âmbito europeu, em conta termos sempre a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, enquanto grande impulsionador do desenvolvimento do direito da União, especialmente no que toca à tutela cautelar. Por considerarmos essencial a demonstração prática do que é teórico, o recurso à jurisprudência europeia surge constantemente nesta dissertação e marca todas as explicações dadas.

No que respeita à base legislativa que conferiu a este estudo um precioso suporte, apoiar-nos-emos nas normas presentes no Tratado da União Europeia, no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, no Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia e nos Regulamentos de Processo do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral.

Desejámos uma dissertação de leitura fácil e acessível. No entanto, pretendemos igualmente que esta demonstre, eficazmente, o caminho processual a percorrer para a concessão de medidas cautelares no quadro jurídico da União Europeia e que constitua uma análise coerente de questões pertinentes neste contexto.

* Esta dissertação foi elaborada nos termos do acordo ortográfico em vigor. No entanto, atenção deve ser prestada ao facto das citações bibliográficas ou de jurisprudência anteriores ao mesmo se manterem na sua versão original.

2 A TUTELA CAUTELAR

2.1 Caracterização

2.1.1 A Tutela Cautelar

A tutela cautelar é uma modalidade especial de proteção jurisdicional, de carácter simples e acelerado, que pretende responder às preocupações com a lentidão da justiça nos vários ordenamentos jurídicos¹.

A proteção cautelar tem como fim garantir a efetividade e utilidade da decisão proferida num processo declarativo ou executivo do qual está dependente, atuando na sua pendência.

Este meio processual, sob a designação de tutela cautelar, provisória ou interina², enquadra-se no âmbito da tutela urgente e assenta num juízo de similitude e probabilidade do direito, com o objetivo de evitar uma absoluta impossibilidade de reparação de um prejuízo resultante do atraso da via jurisdicional.

Neste sentido, afirmam-se as medidas cautelares enquanto meios de que o detentor de um direito pode lançar mão de forma a acautelar o efeito útil da ação principal. Em mente temos o facto de que as ações que decorrem junto de um órgão jurisdicional, nacional ou europeu, tendem a ser morosas, de tal modo que, entre a propositura da ação e a decisão judicial definitiva, passa um longo período de tempo³.

Qualquer atividade jurisdicional deve satisfazer requisitos de segurança e certeza jurídica, garantindo igualmente o princípio da tutela jurisdicional efetiva. A proteção judicial é apenas dotada de efetividade se for atribuída em “*tempo útil*”, uma vez que *tempus est optimus judex rerum omnium*.

¹ Vide ISABEL FONSECA (2002), p. 17: «(...) ainda que a lentidão da justiça seja “quase originária” do seu processo e a morosidade constitua um “fenómeno tão antigo que se confunde com a sua própria história”, a situação de entorpecimento e de demora processual tem vindo a adquirir uma dimensão assustadora em vários sistemas processuais europeus.»

² A título de exemplo, em França “*mesures provisoires*”, na Alemanha “*Einstweilige Verfügung*”, em Itália “*misura provvisoria*”, em Portugal “*providências cautelares*”, nos sistemas anglo saxónicos “*interim measures*” ou “*interlocutory injunctions*”.

³ Neste sentido, *inter alia*, MARCO GONÇALVES (2015), p. 79: «(...) pode suceder que, por motivos relacionados com a excessiva litigância judicial ou com a própria complexidade da causa, o período de tempo que medeia entre a propositura da ação e o trânsito em julgado da sentença que ponha termo definitivo ao litígio não se compadeça com a necessidade de acautelar a satisfação do direito do autor. Na verdade, a demora constitui um “defeito constitucional, um custo inevitável” do processo judicial.»

Diremos que elemento integrante da tutela jurisdicional efetiva é a preocupação com a adequada proteção dos direitos em bom tempo⁴, ou seja, pretende-se que a aplicação do direito se realize “*num prazo razoável*”⁵.

A tempestividade é tida como elemento essencial no contexto de pendência de uma ação⁶, «(...) “*o tempo é um factor de corrosão dos direitos*”, pelo que se torna necessário oferecer “*meios de combate à força corrosiva do tempo-inimigo*” (...)»⁷.

O risco do tempo reside numa alteração do *status quo* que, previsivelmente, conduz a um dano, com carácter de gravidade e irreparável, na esfera jurídica de uma das partes do litígio, retirando a eficácia à decisão proferida em julgamento⁸.

Neste contexto vejamos ISABEL FONSECA (2002):

*«O tempo perdido é naturalmente apto a causar danos a quem tem necessidade de iniciar o processo, pois, é o demandante que não só corre o risco da sentença chegar tarde, e por isso, ser infrutuosa, como também sofre imediatamente o prejuízo causado pelo retardamento da sentença, visto que, durante o tempo de espera, há uma insatisfação do direito.»*⁹

Assim, de modo a assegurar a efetividade da decisão judicial e a proteção dos direitos das partes, as medidas cautelares consistem em meios de tutela dos direitos capazes de afastar os perigos que, no decorrer da pendência da ação, possam pôr em causa o seu resultado¹⁰.

⁴ Neste sentido vide PAIS DO AMARAL (2015), p. 36: «(...) a ação demora um período de tempo mais ou menos longo, mesmo que todos os prazos sejam respeitados. Esse tempo de demora é suscetível de acarretar consequências tais que a decisão que vier a ser proferida já não tenha qualquer efeito útil. Dito de outro modo, o reconhecimento da existência de um direito pode demorar tanto tempo que a decisão, quando proferida, acaba por perder o efeito prático, tornando-se meramente platónica.»

⁵ Artigo 47º da CDFUE : «(...) Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável (...)». [Sublinhado nosso]

⁶ Nas palavras de MARIA FERNANDA MAÇÃS (2005) in *Studia Iuridica* 86 – Colloquia 15, p. 212: «Trata-se de instrumentos processuais que não visam propriamente realizar a justiça mas dar tempo a que a justiça se faça.»

⁷ Vide MARCO GONÇALVES (2015), p. 82.

⁸ Vejamos MENDONÇA et al. (2011), p. 35: «Apesar de o tempo ser um elemento essencial para permitir que sejam proporcionadas aos litigantes as faculdades inerentes às garantias constitucionais do processo (como o contraditório e a ampla defesa), em excesso pode trazer prejuízos irreparáveis para o próprio processo ou para o seu objeto.»

⁹ Vide ISABEL FONSECA (2002), p. 37.

¹⁰ Definindo providências cautelares, ANTUNES VARELA et al. (1989), p. 23: «As denominadas providências cautelares visam precisamente impedir que, durante a pendência de qualquer acção declarativa ou executiva, a situação de facto se altere de modo a que a sentença nela proferida, sendo favorável, perca toda a sua eficácia ou parte dela. Pretende-se deste modo combater o *periculum in mora* (o prejuízo da demora inevitável do processo), a fim de que a sentença se não torne numa decisão puramente platónica.»

De modo a melhor se compreender a noção de medidas cautelares há que ter em conta um conjunto de características, típicas da tutela cautelar, que lhes conferem contornos distintivos de outros meios processuais.

Apresentamos dois traços da tutela cautelar: a instrumentalidade e a provisoriedade. Porquanto o primeiro, de cariz teleológico, revela a necessidade de proteção da efetividade do processo de que depende; o segundo, estrutural, destaca a sua precariedade, vigorando até à decisão sobre o mérito¹¹.

Com efeito, as medidas cautelares são instrumentais perante outro processo ou auxiliares da ação principal, ou seja, refletem um vínculo de acessoriedade em relação ao processo principal.

Elas visam a salvaguarda dos direitos do requerente, de modo que, aquando da decisão definitiva do processo principal, se assegure que ela esteja ainda dotada de efetividade junto da esfera jurídica das partes¹².

Deste modo, reiteramos que as medidas cautelares são dependentes de uma ação principal, pretendem garantir o acautelamento do direito de uma das partes por haver, previsivelmente, um risco de dano durante o decorrer da ação principal¹³.

Não é no processo de medidas cautelares que decorre a apreciação do mérito da causa, por ocorrer na ação principal. O primeiro depende indubitavelmente do segundo, sendo um meio de proteção dos direitos do requerente enquanto este aguarda a resolução, no processo principal, do litígio que o levou junto de um órgão jurisdicional.

Portanto, a instrumentalidade pretende evitar a produção de prejuízos que afetem o objeto do processo principal, apresentando-se, assim, a tutela cautelar igualmente como defensora da ação principal.

Assim, tendo em mente a relação que existe entre o processo principal e o processo de medidas provisórias, de notar é que a tutela cautelar apresenta um fim próprio, diverso do da ação principal e seu auxiliar, procurando defendê-lo da sua inefetividade causada por um dano à esfera jurídica do requerente pela passagem do tempo¹⁴.

¹¹ Do mesmo modo *vide* ISABEL FONSECA (2002), p. 82.

¹² Sigamos MARCO GONÇALVES (2015), p. 122: «(...) *pela sua natureza instrumental, as providências cautelares têm como finalidade essencial assegurar que a relação factual controvertida se mantenha inalterada até que seja proferida uma decisão de mérito na ação principal, isto é, as providências cautelares não constituem um fim em si mesmas, mas antes um meio para se acautelar um determinado efeito jurídico.*» [Sublinhado nosso]

¹³ *Vide* ANTUNES VARELA *et al.* (1989), p. 24-25.

¹⁴ Neste sentido *vide* MENDONÇA *et al.* (2011), p. 41: «*Sem embargo de sua natureza instrumental, de seu caráter de dependência em relação ao processo principal, o processo cautelar tem fim próprio, exatamente o de*

Seguimos, mais uma vez, ISABEL FONSECA (2002) que nos apresenta ainda neste contexto uma “*instrumentalidade hipotética*”:

«Instrumentalidade, porque a medida é concedida com o fim de assegurar a efectividade da sentença do processo principal; hipotética porque a medida cautelar se funda num juízo de probabilidade quanto à existência do direito que é protegido antecipadamente, e que é o objecto do processo principal.» [Sublinhado nosso]

As medidas, de carácter cautelar, são ainda provisórias¹⁵. Elas deixam de produzir efeitos jurídicos após o julgamento relativo ao litígio principal, ou seja, perduram apenas enquanto a ação principal se encontra pendente e cessam após a decisão definitiva do mesmo.

A provisoriedade das medidas cautelares sustenta que as mesmas se esgotem aquando do julgamento da ação principal, uma vez que, apresentando um limite temporal, o da pendência da ação principal, não se pretende de um meio cautelar a criação de um juízo antecipado sobre o mérito da causa nem que este sobreviva à decisão final.

Desta forma¹⁶, entendemos que a provisoriedade da tutela cautelar não termina com a definição de precariedade, mas deve igualmente ter subjacente a caracterização da decisão proferida pelo juiz cautelar.

O juiz que concede uma medida cautelar realiza uma apreciação com base em critérios de probabilidade ou aparência da existência do direito, não se pronunciando de modo definitivo em relação ao processo principal. Este juízo, apoiado apenas em verosimilhança, tem base numa situação de urgência, e assim, não se pode esperar do juiz cautelar um conhecimento profundo do mérito da causa¹⁷.

Em nosso entender, não é de toda intenção da tutela cautelar uma seguinte passagem à tutela definitiva, ela tem como fim o seu desaparecimento, por falta de objeto, após o juízo da

proporcionar proteção ao processo principal, visando prevenir a ocorrência de danos a este, assegurando a sua viabilidade e idoneidade.»

¹⁵ Neste contexto, *inter alia*, CASTILLO DE LA TORRE (2007) in CML Rev. 44, p. 276: «(...) they must in principle cease to produce their effects as soon as final judgment is given in the main case and must not prejudge the point of law or fact in issue or neutralize in advance the effects of the decision subsequently to be given in the main action.»; MARCO GONÇALVES (2015), p. 128: « (...) a vigência temporal da tutela cautelar encontra-se subordinada à pendência do processo de que aquela, em regra, depende.»

¹⁶ E seguindo a opinião da Doutrina: P. CALAMANDREI; ISABEL CELESTE M. FONSECA; S. BARONA VILAR; M. TEIXEIRA DE SOUSA *inter alia*.

¹⁷ Reafirmando *vide* ISABEL FONSECA (2002), p. 84: «(...) a natureza sumária da decisão, já que é baseada na aparência do direito de quem o alega, impede o juízo cautelar de ser “decisório” perante o juiz da causa, pelo que os efeitos da decisão da decisão cautelar, ainda que sejam definitivos de facto, jamais serão definitivos de direito, pois, ao juiz cautelar falta o poder de “dire le droit” para o objecto da causa principal.»

causa¹⁸. Do mesmo modo, considerando a provisoriedade não apenas temporal mas material, extravasa a finalidade da tutela cautelar a antecipação dos efeitos da decisão da ação principal¹⁹.

A título de exemplo, em contexto europeu atentemos ao caso trazido junto do TJUE, *Comissão/Atlantic Container* [1995]²⁰:

« (...) *devem ser provisórias no sentido de que não prejudiquem as questões de direito ou de facto em litígio nem neutralizem por antecipação as consequências da decisão a proferir posteriormente no processo principal.*²¹» [Sublinhado nosso]

Tendo as medidas uma vigência precária, esta sua natureza permite que sejam igualmente dotadas de livre modificabilidade ou revogabilidade²². O despacho que concede medidas provisórias pode, a qualquer momento e a pedido das partes, ser alterado ou revogado quando haja fundamento numa alteração das circunstâncias.

Em suma, quer o critério teleológico, quer o estrutural, não satisfazem definitivamente a ação principal de que depende a tutela cautelar. No entanto, têm a importante tarefa de garantir a efetividade da decisão e a proteção dos direitos presumivelmente em perigo de dano grave e irreparável.

2.1.2 A Tutela Urgente

Cabe uma importante distinção entre a tutela cautelar, provisória e instrumental, da tutela urgente, de natureza definitiva. É exatamente assim que elas se distinguem, enquanto a primeira depende da ação principal garantindo os direitos do requerente e a efetividade da decisão definitiva; a segunda é por si só autónoma, concedendo uma resposta célere sobre o mérito da causa.

¹⁸ Vide MARIA FERNANDA MAÇÃS (2005) in *Studia Iuridica* 86 – Colloquia 15, p. 212: «(...) *uma vez que a sua finalidade se esgota em garantir a integridade do objecto litigioso durante o tempo necessário à obtenção da sentença definitiva, não tem idoneidade para ditar uma disciplina definitiva da relação controvertida. Assim sendo, a prolação da sentença principal determina a perda da eficácia da providência cautelar.*»

¹⁹ Vide ISABEL FONSECA (2002), p. 96.

²⁰ TJUE C- 149/95 P(R), *Comissão das Comunidades Europeias/Atlantic Container Line AB e outros* [1995] in <http://curia.europa.eu>.

²¹ Despacho do Presidente do Tribunal de 19 de julho de 1995, proc. C-149/95 P(R), parág. 22.

²² Assim MARCO GONÇALVES (2015), p. 130: «*Com efeito, a livre modificabilidade ou revogabilidade das providências cautelares encontra essencialmente justificação no facto de as mesmas serem decretadas com recurso a um juízo de mera probabilidade ou de verosimilhança (...).*»

A tutela urgente, com base na própria natureza do processo, consiste na resolução do litígio de forma mais rápida do que a tramitação normal, possibilitando a efetividade do direito pela pronúncia da decisão sobre o mérito em tempo útil²³.

Neste contexto atentemos à explicação de MARIA FERNANDA MAÇÃS (2005):

«Os processos urgentes (...) distinguem-se das providências cautelares porque, ao contrário destas, constituem processos principais, autónomos e independentes de outro processo. Por outro lado, são processos de cognição plena, cujo denominador comum reside na urgência de obtenção da sentença de mérito, o que exige celeridade e simplicidade na tramitação.»²⁴

Contrariamente à tutela urgente, a tutela cautelar, sendo preventiva, não tem capacidade de formar caso julgado, mantendo-se apenas a uma ação principal.

2.1.3 Tramitações processuais diferenciadas

No contexto do direito da União, a legislação europeia quanto aos meios processuais existentes junto do Tribunal distingue a proteção cautelar das chamadas “*Tramitações processuais diferenciadas*”.

O artigo 23º-A do Estatuto do Tribunal de Justiça, apoiado pelo Regulamento de Processo²⁵, apresenta duas formas de tramitação: a tramitação acelerada para processos prejudiciais e nas ações e recursos diretos e a tramitação urgente apenas para processos prejudiciais no âmbito de matérias relativas ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da União²⁶.

No que toca aos processos prejudiciais, a tramitação acelerada é uma forma de tramitação diferenciada que se distingue da urgente por implicar menos limitações que a segunda.

Nos termos dos artigos 105º e 106º do Regulamento de Processo, a tramitação acelerada fixa um prazo célere para apresentação das alegações ou observações (em oposição

²³ Vide MARCO GONÇALVES (2015), p. 104: «(...) estas formas de processo, em “razão da natureza urgente do respetivo objecto”, exigem a “obtenção de uma pronúncia sobre o mérito da causa por forma mais célere do que a que resulta da tramitação normal”.»

²⁴ MARIA FERNANDA MAÇÃS (2005) in *Studia Iuridica* 86 – *Colloquia* 15, p. 211

²⁵ Artigos 105º a 114º e 133º a 136º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça da União Europeia.

²⁶ Questões relativas ao título V da parte III do TFUE, artigos 67º a 100º.

ao prazo de 2 meses presente no artigo 23º do Estatuto do Tribunal) e pode prosseguir para a fase de julgamento sem as conclusões do Advogado Geral.

A tramitação urgente apresenta os mesmos limites da acelerada e acrescenta a possibilidade de limitação das partes e a supressão da fase escrita do processo em casos de extrema urgência, tal como previsto nos artigos 107º a 114º do Regulamento de Processo.

Quanto às ações e recursos diretos, os artigos 133º a 136º do Regulamento de Processo apenas permitem uma tramitação acelerada que prevê limitações à fase escrita, à fase oral e aos intervenientes.

2.2 A atividade do TJUE – Estatísticas Judiciais

A informação apresentada neste ponto é proveniente de uma análise do Relatório Anual do Tribunal de Justiça da União Europeia de 2015²⁷. O Relatório Anual contém uma síntese do trabalho do Tribunal de Justiça, do Tribunal Geral e do Tribunal da Função Pública.

De seguida apresentamos as estatísticas judiciais presentes no Relatório Anual de 2015 relevantes no contexto da tutela cautelar²⁸.

PROCESSOS ENTRADOS — NATUREZA DOS PROCESSOS

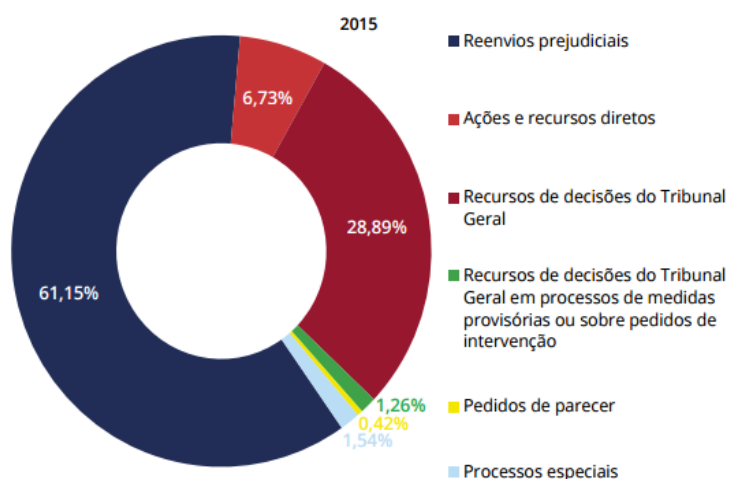


Figura 1. Processos entrados no Tribunal de Justiça em 2015 *in* Relatório Anual 2015 do Tribunal de Justiça da União Europeia <http://curia.europa.eu/>.

²⁷ Relatório Anual 2015, Atividade judicial - Estatísticas Judiciárias do Tribunal de Justiça, p. 80-110 *in* http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/201604/rapport_annuel_2015_activite_judiciaire_pt.pdf (Consultado em 06.05.2016, 17:28h).

²⁸ Tal como referido no Relatório Anual 2015, os números referidos são *números brutos* que indicam o número total de processos independentemente das apenações por conexão (um número de processo = um processo).

PROCESSOS ENTRADOS — NATUREZA DOS PROCESSOS (2011-2015)

	2011	2012	2013	2014	2015
Reenvios prejudiciais	423	404	450	428	436
Ações e recursos diretos	81	73	72	74	48
Recursos de decisões do Tribunal Geral	162	136	161	111	206
Recursos de decisões do Tribunal Geral em processos de medidas provisórias ou sobre pedidos de intervenção	13	3	5		9
Pedidos de parecer		1	2	1	3
Processos especiais	9	15	9	8	11
Total	688	632	699	622	713
Pedidos de medidas provisórias	3		1	3	2

Figura 2. Processos entrados no Tribunal de Justiça de 2011-2015 *in* Relatório Anual 2015 do Tribunal de Justiça da União Europeia <http://curia.europa.eu/>.

Da Figura 1. constata-se que de entre os processos entrados no Tribunal de Justiça da União Europeia em 2015, 1,26% são recursos de decisões do Tribunal Geral em processos de medidas provisórias ou sobre pedidos de intervenção. Esta informação, refletida na Figura 2., indica que em 2015 deram entrada no Tribunal 9 recursos do Tribunal Geral e 2 pedidos de medidas provisórias.

DIVERSOS — PROCESSOS DE MEDIDAS PROVISÓRIAS (2015)

	Processos de medidas provisórias entrados	Recursos de decisões do Tribunal Geral em processos de medidas provisórias ou sobre pedidos de intervenção	Sentido da decisão	
			Indeferida	Deferida
Acesso aos documentos		1		
Auxílios de Estado		4	4	
Concorrência	2	2	1	
Contratos públicos		2	2	
TOTAL GERAL	2	9	7	

Figura 3. Processos de medidas provisórias entrados no Tribunal de Justiça em 2015, com indicação do sentido da decisão *in* Relatório Anual 2015 do Tribunal de Justiça da União Europeia <http://curia.europa.eu/>.

Tal como demonstra a Figura 3., dos 9 recursos do Tribunal Geral, indica o Relatório Anual que: um diz respeito a matéria relativa ao acesso a documentos, quatro são no âmbito de auxílios de Estado, dois pertencem a matéria de concorrência e os últimos dois a contratos públicos. Os 2 pedidos de medidas provisórias em 2015 foram relativos a concorrência²⁹. De notar que dos 9 processos relativos a medidas provisórias, 7 foram já indeferidos, e apenas 1 se encontra em aberto.

O Relatório Anual apresenta ainda a evolução geral da atividade judicial do Tribunal de Justiça desde a sua criação, em 1952, até à mais recente contagem, 2015. No que se prende com pedidos de medidas provisórias, o Relatório apresenta um total de 361³⁰ em 63 anos de atividade do Tribunal³¹.

No que concerne os recursos de decisões do Tribunal Geral em processos de medidas provisórias, o Relatório Anual refere apenas a contagem de 1990 a 2015, apresentando um total de 115 processos³². Tenhamos em consideração a atividade do Tribunal Geral a partir do mesmo Relatório Anual que apresenta os processos de medidas provisórias entrados e findos entre 2011 e 2015, tal como surge representado na Figura 4.

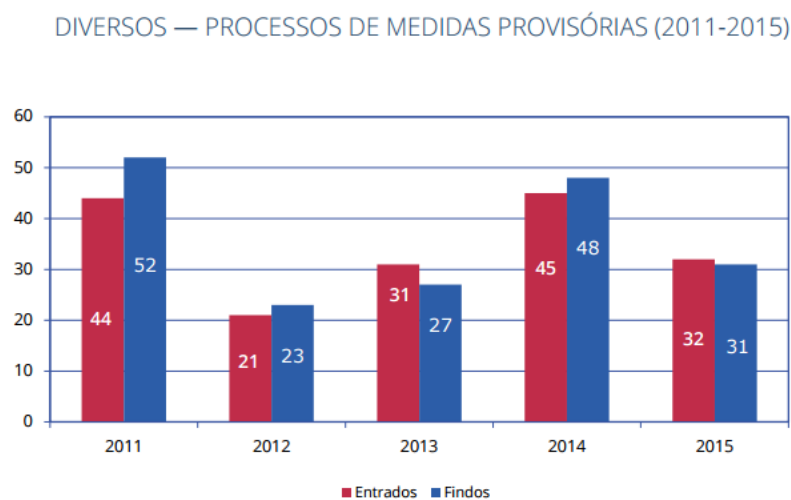


Figura 4. Processos de medidas provisórias entrados e findos no Tribunal Geral de 2011 a 2015 *in* Relatório Anual 2015 do Tribunal de Justiça da União Europeia <http://curia.europa.eu/>.

²⁹ Relatório Anual 2015, Atividade judicial - Estatísticas Judiciárias do Tribunal de Justiça, p. 83 e 98 *in* http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/201604/rapport_annuel_2015_activite_judiciaire_pt.pdf

³⁰ Relatório Anual 2015, Atividade judicial - Estatísticas Judiciárias do Tribunal de Justiça, p. 99-100 *in* http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/201604/rapport_annuel_2015_activite_judiciaire_pt.pdf

³¹ A título de curiosidade, os dois pedidos de medidas provisórias que contam como iniciais nas estatísticas do TJUE por terem dado entrada em 1955, dizem ambos respeito ao processo TJUE C-2/55, *Luxemburgo/Alta Autoridade* [1955] *in* <http://curia.europa.eu/>.

³² Relatório Anual 2015, Atividade judicial - Estatísticas Judiciárias do Tribunal de Justiça, p. 99-100 *in* http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/201604/rapport_annuel_2015_activite_judiciaire_pt.pdf

Como podemos verificar na Figura 5., dos 32 processos entrados e dos 31 processos findos no Tribunal Geral em 2015 a maioria diz respeito a matéria de agricultura, contratos públicos, acesso a documentos e medidas restritivas no âmbito da ação externa da UE. Dos findos, em 2015, apenas 3 foram deferidos, 4 foram cancelados e 24 indeferidos.

	Repartição em 2015		Sentido da decisão		
	Processos de medidas provisórias entrados	Processos de medidas provisórias findos	Provimento	Cancelamento/ Não conhecimento do mérito	Indeferimento
Acesso aos documentos	4	2	2		
Agricultura	6	4			4
Ambiente	2	1			1
Auxílios de Estado		2			2
Concorrência	2	2	1		1
Contratos públicos	5	7		3	4
Direito institucional	2	2		1	1
Energia	1	1			1
Livre circulação de capitais	1	1			1
Medidas restritivas (Ação externa)	4	4			4
Política económica e monetária	1	1			1
Proteção dos consumidores	1	1			1
Registo, avaliação, autorização e restrições aplicáveis às substâncias químicas (Regulamento REACH)	3	3			3
Total	32	31	3	4	24

Figura 5. Repartição em 2015 dos processos de medidas provisórias entrados e findos, com a indicação do sentido da decisão *in* Relatório Anual 2015 do Tribunal de Justiça da União Europeia <http://curia.europa.eu/>.

Contrariamente à síntese do Tribunal de Justiça, as páginas do Relatório Anual de 2015, relativas ao Tribunal Geral, não referem a evolução dos processos desde a sua criação até aos dias de hoje, não sendo por isso possível averiguar, ainda que de modo estimado, o número de processos de medidas provisórias entrados ao longo dos anos no Tribunal Geral.

3 O CONTENCIOSO EUROPEU E A TUTELA CAUTELAR

3.1 Primazia e uniformidade de aplicação do direito da União

A União Europeia é uma comunidade de direito, apoiada por instrumentos jurídicos, supranacionais, que lhe permitem prosseguir os objetivos presentes nos Tratados e que garantem a sua observância pelas instituições, órgãos e organismos da UE, assim como pelos Estados membros.

Desde cedo o processo de integração europeia mostrou necessária a criação de um sistema jurisdicional de garantia e de controlo, que assegurasse a conformidade da atuação dos órgãos e instituições da UE, que impusesse a supremacia do direito da União sobre o direito nacional dos Estados membros, de modo a uniformizar a interpretação e aplicação do direito e que responsabilizasse a UE e os Estados por violações ao direito da União.

A jurisprudência do TJUE apresentou enorme importância para a densificação do direito da União. É através dela que o direito da UE tem alargado o seu âmbito de aplicação aos mais variados temas relacionados com os diversos campos de interação dentro da comunidade de países que constituem a União.

Nenhum dos Tratados aponta o que se deve fazer em caso de conflito entre o direito da União e os direitos nacionais. Como aponta RALPH FOLSOM (2008), a omissão dos Tratados foi necessária para assegurar a sua aprovação pelos parlamentos nacionais³³.

Coube ao TJUE assegurar a transformação da ordem jurídica da União através da sua jurisprudência, reconhecendo o princípio do primado, considerado basilar do direito da União³⁴.

Através da decisão *Costa/ENEL* [1964]³⁵, o Tribunal declarou que em caso de conflito o direito da União prevalece sobre o direito nacional dos Estados membros.

A 6 de dezembro de 1962 entrou em vigor a lei italiana de nacionalização da energia elétrica. Flaminio Costa, cidadão italiano, que tinha sido acionista de uma empresa do setor da eletricidade, impugnou junto de um tribunal nacional (o Giudice Conciliatore de Milão) a

³³ R. FOLSOM (2008), p. 84: «*Its omission from the treaties was perhaps necessary to secure their passage through various national parliaments. But the issue did not disappear, it was merely left to the European Court to resolve.*»

³⁴ O princípio do primado não está presente nos Tratados mas surge na *Declaração Sobre o Primado do Direito Comunitário* anexa ao Tratado de Lisboa: «*A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adoptado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência.*»

³⁵ TJUE C-6/64, *Flaminio Costa / E.N.E.L.* [1964] in <http://curia.europa.eu/>.

decisão administrativa de cobrança da sua conta de eletricidade (no valor de 1,925 libras) à nova empresa ENEL, por considerar a lei italiana incompatível com disposições do Tratado da CEE.

O tribunal de Milão remeteu a questão primeiro ao Tribunal Constitucional Italiano e depois ao TJUE, com base no atual artigo 267º do TFUE. As questões prejudiciais diziam respeito aos artigos 37º, 53º, 93º e 102º do TCEE³⁶.

Inicialmente, tendo por base o 267º TFUE, o Tribunal viu-se na posição de corrigir a forma como a questão lhe tinha sido colocada, deixando claro que não avalia a validade das normas nacionais mas a interpretação das disposições indicadas pelo tribunal nacional³⁷.

Em *Costa/ENEL* [1964] o Tribunal determinou que os Tratados constituíam uma ordem jurídica autónoma que era parte integrante dos ordenamentos nacionais, de modo a permitir a concretização dos objetivos da União³⁸:

« Esta integração, no direito de cada Estado-membro, de disposições provenientes de fonte comunitária e, mais geralmente, os termos e o espírito do Tratado têm por corolário a impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior (...)» [Sublinhado nosso]

Quanto ao seu alcance, o princípio do primado estende-se a todas as normas e atos do direito da União, originário ou derivado. Todo o direito da União prevalece sobre o direito interno dos Estados membros, independentemente do seu nível hierárquico.

No entanto, a primazia do direito da União apresenta-se com um âmbito material limitado, uma vez que diz respeito às normas emanadas da UE no exercício das suas competências. Tendo em conta que a UE se rege pelo princípio da atribuição de competências (a UE só atua dentro das competências que os Estados membros lhe tenham atribuído),

³⁶ Os artigos referidos são respetivamente os atuais 37º, 49º, 108º e 117º do TFUE.

³⁷ Acórdão do Tribunal de 15 de julho de 1964, proc. 6/64, p. 554: «(...) o Tribunal não pode aplicar o Tratado a uma situação determinada, nem decidir sobre a validade de uma medida de direito interno face ao disposto no Tratado, como lhe é possível fazer no âmbito do artigo 169.º Contudo, pode extrair da formulação imperfeita da questão submetida pelo órgão jurisdicional nacional as questões relativas à interpretação do Tratado. Impõe-se, portanto, decidir não sobre a validade de uma lei italiana face ao Tratado, mas apenas interpretar os artigos atrás mencionados (...)

³⁸ Escreve SOFIA PAIS (2013), p. 55: «(...) a ordem jurídica da União é, em função das suas características próprias, uma ordem jurídica especial, diferente, e por isso independente quer dos ordenamentos nacionais dos Estados-membros, quer do direito internacional geral.»

³⁹ Acórdão do Tribunal de 15 de julho de 1964, proc. 6/64, p. 556.

parece óbvio que não se pode falar de princípio do primado fora das competências atribuídas à UE⁴⁰.

Do princípio do primado decorrem duas consequências: em primeiro lugar, compreende-se que ao se afirmar a supremacia do direito da União a validade desse mesmo direito não pode ser determinada tendo por base o direito nacional dos Estados membros⁴¹; em segundo, para garantir o primado, cabe aos tribunais nacionais assegurar a aplicação do direito da União e, nesse sentido, desaplicar ou ignorar o direito nacional que possa comprometer essa aplicação⁴².

A uniformização da aplicação do direito da União torna-se necessária à primazia do mesmo, de forma a que se garanta a efetiva proteção dos direitos dos particulares. Nesse sentido igualmente *Costa/ENEL* [1964]:

«(...) a eficácia do direito comunitário não pode variar de um Estado para outro em função de legislação interna posterior, sem colocar em perigo a realização dos objetivos do Tratado (...).⁴³»

Se os direitos concedidos pelo direito da União são os mesmos no seio de todo o espaço europeu e dentro dos Estados membros que o compõem, então certa será a consideração de que a regulamentação e aplicação desses direitos seja também dotada de harmonização e uniformidade.

Neste contexto cabe referência à Resolução do Parlamento Europeu sobre a responsabilidade dos Estados membros em aplicar o direito da União⁴⁴:

«(...) the uniform, complete and simultaneous application of Community law in all Member States is a fundamental prerequisite for the existence of a Community governed by the rule of law (...).»

Seguimos C. HIMSWORTH (1997)⁴⁵ que apresenta dois interesses para a uniformização na aplicação do direito da União: por um lado, um interesse público, por outro, um interesse privado⁴⁶. O primeiro pertence aos Estados membros e à própria União e visa

⁴⁰ Vide artigos 4º e 5º do TUE.

⁴¹ Neste sentido devemos ter em conta a importância do caso TJUE C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] in <http://curia.europa.eu/>.

⁴² Vide TJUE C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Simmenthal* [1978] in <http://curia.europa.eu/>

⁴³ Acórdão do Tribunal de 15 de julho de 1964, proc. 6/64, p. 555.

⁴⁴ Resolução do Parlamento Europeu de 9 de fevereiro de 1983 sobre a responsabilidade dos Estados membros em aplicar o direito da União (JO C 68 de 14/03/1983, p. 32-34).

⁴⁵ C. HIMSWORTH (1997) in ELR 22, p. 291-311.

⁴⁶ Neste sentido, C. HIMSWORTH (1997) in ELR 22, p. 295.

assegurar o mesmo nível de aplicação do direito europeu, garantindo aos indivíduos e às organizações o recurso às instituições da UE e impondo a certeza de que as normas e obrigações comunitárias são respeitadas. O segundo abrange todos os cidadãos da União e diz respeito à intenção de que lhes sejam conferidos os mesmos direitos e obrigações, de modo a salvaguardar a sua proteção.

De notar que a exigência de uniformização na aplicação do direito, tal como entendida pelo Tribunal, não acarreta a necessidade de exclusão de todas as nuances trazidas pelo direito nacional que possam diferir de Estado para Estado.

Como veremos mais à frente, a uniformidade não se sobrepõe, em virtude do sistema de descentralização judicial e em caso de ausência de norma no direito da União para regular determinada matéria, a uma certa autonomia processual dos Estados membros⁴⁷. A mesma revelar-se-á marcadamente importante no contexto do decretamento de medidas cautelares pelos tribunais nacionais para proteção de direitos concedidos pelo direito da União Europeia.

3.2 A concessão de medidas provisórias no direito da União

No contencioso europeu, a tutela cautelar apresenta as mesmas características das presentes nos ordenamentos jurídicos dos Estados membros. As medidas de carácter cautelar, tidas pelo direito da União sob a designação de “*medidas provisórias*”, são igualmente dotadas de instrumentalidade e provisoriedade.

A instrumentalidade⁴⁸ surge claramente no TFUE ao dispor que o Tribunal pode ordenar medidas provisórias em relação às «(...) *causas submetidas à sua apreciação* (...)». Deste modo se determina que a tutela cautelar no contexto europeu está dependente ao processo principal, tal como reforça o 160º do Regulamento de Processo ao determinar a necessidade de o requerente ter inicialmente «(...) *impugnado o ato perante o Tribunal*⁴⁹».

⁴⁷ Neste sentido VAN GERVEN (2000) in CML Rev. 37, p. 505: « (...) it is clear that the Court does not regard the requirement of uniform application (...) as an all-embracing principle which does not allow for national differences. Indeed, the mere fact that, in the absence of uniform Community rules, the EC Treaty, as interpreted by the Court, permits some matters of a remedial or procedural nature to be taken care of by the Member States, indicates that the requirement is only applicable within certain limits.»

⁴⁸ Vide MARIANA DE SOUSA E ALVIM (2008), p. 62: «A instrumentalidade tem, como elemento central, a garantia de efectividade da sentença do litígio principal, pretendendo, desta forma, assegurar que os direitos invocados pelo requerente, no litígio de fundo, sejam devidamente acautelados garantindo-se, deste modo, o pleno respeito pelo direito fundamental a uma tutela judicial efectiva.»

⁴⁹ Vide e.g. TG T-310/03, *Kreuzer Medien GmbH / Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia* [2006] in <http://curia.europa.eu/>.

Reiteramos que o pedido de medidas provisórias encontra a sua admissibilidade num processo pendente⁵⁰, existindo uma clara conexão entre eles, na procura de assegurar o efeito útil da decisão⁵¹. No entanto, vejamos *Gutmann/Comissão* [1967]⁵², onde, apesar desta característica de instrumentalidade, o Tribunal determinou que o objeto do pedido de medidas provisórias não tem necessariamente que ser idêntico ao objeto da ação principal, basta um vínculo de causa-efeito⁵³:

« (...) when the facts of the case show that the subject-matter of the main application and of the application for the adoption of the interim measure are so linked as cause and effect that the second appears as the inevitable consequence of the first (...)»⁵⁴ [Sublinhado nosso]

Cabe ainda notar que as medidas provisórias, tal como o nome indica, são dotadas de provisoriedade. Isto mesmo indica o artigo 162º número 3 do Regulamento de Processo do Tribunal quanto à eficácia da medida cautelar concedida em despacho fundamentado:

«O despacho pode fixar uma data a partir da qual a medida deixa de ser aplicável. Se o não fizer, a eficácia da medida cessa quando for proferido o acórdão que põe termo à instância.»

Relembramos que a provisoriedade da tutela cautelar apresenta duas vertentes: por um lado, a medida cautelar vigora até à decisão sobre o mérito da causa na ação principal, por outro, implica que o seu decretamento não prejudique a decisão sobre o fundo.

⁵⁰ Vide MARIANA DE SOUSA E ALVIM (2008), p. 60: «(...) a função de garantia que ocupa as medidas cautelares encontra-se sempre conexas, face a uma ação ou litígio principal, na qual o denominado requerente faz valer um direito que pretende acautelar, ou antecipar provisoriamente, através da proposição do pedido de aplicação de providências cautelares. Consideramos a teoria de CALAMANDREI extremamente interessante, quando sustenta que as medidas cautelares são um instrumento do instrumento, que é o próprio processo.»

⁵¹ Vide ISABEL FONSECA (2002), p. 147: «No contencioso comunitário, a proibição de existência isolada ou autónoma do processo cautelar é clara. Por isso, não há qualquer possibilidade do processo cautelar se apresentar só, isto é, desacompanhado de um processo principal. (...) Portanto, uma das condições de admissibilidade do pedido de medida cautelar é a existência de um processo pendente, cujo efeito prático ou útil será assegurado pelo primeiro, existindo assim uma forte conexão/vínculo entre os dois meios.»

⁵² TJUE C-18/65, *Max Gutmann / Comissão da CEEA* [1967] in <http://curia.europa.eu/>.

⁵³ Vide MARIANA DE SOUSA E ALVIM (2008), p. 63: «A instrumentalidade tem pois como função estabelecer limites ao conteúdo dos artigos 242º CE e 243º CE [atuais 278º e 179º do TFUE] afastando-se, desta forma, o risco de o juíz comunitário, através do processo cautelar, ir além do próprio objecto do litígio principal, alterando-o ou descaracterizando-o.»

⁵⁴ Despacho do presidente da Primeira Secção do Tribunal de 8 de abril de 1965, proc. T-18/65, p. 137.

A provisoriedade resulta do fator tempo, digamos que as medidas cautelares surgem para dar resposta a uma situação que pode ser afetada pelo decorrer do tempo e por isso, apresenta uma natureza precária⁵⁵.

Esta breve reflexão sobre instrumentalidade e provisoriedade dá o mote para as próximas considerações sobre medidas provisórias no contencioso europeu, daí que, deixemos a sua incontestável influência refletir-se nas páginas seguintes.

3.2.1 Os Tratados, o Estatuto e o Regulamento de Processo

No âmbito do direito da União Europeia, as medidas cautelares encontram base legal nos artigos 278º e 279º do TFUE⁵⁶, no artigo 39º do Estatuto do Tribunal de Justiça⁵⁷, nos artigos 160º a 166º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça⁵⁸ e nos artigos 156º a 161º do Regulamento do Processo do Tribunal Geral⁵⁹.

Os artigos 278º e 279º do TFUE apresentam-nos as medidas cautelares do direito da União, enquanto parte clara da jurisdição comunitária e tarefa própria do Tribunal. Nos termos do artigo 278º, o Tribunal pode ordenar a suspensão da execução de um ato impugnado, enquanto que ao abrigo do 279º pode ordenar as medidas provisórias necessárias. Mais à frente especificaremos de forma mais detalhada o conteúdo destes dois artigos.

O artigo 39º do Estatuto do Tribunal atribui a aplicação de medidas provisórias, nos termos do 278º e 279º do TFUE, ao Presidente do Tribunal de Justiça, mesmo em casos de derrogação do Estatuto ou do Regulamento de Processo⁶⁰.

O Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça dispõe, no Capítulo X, as questões de processo relativas à suspensão da execução e de outras medidas provisórias. O artigo 160º do mesmo incide sobre o pedido de medidas provisórias, definindo a admissibilidade e os

⁵⁵ Vide MARIANA DE SOUSA E ALVIM (2008), p. 67: «Em regra, a aplicação de determinada medida provisória durará até ao momento em que a decisão judicial definitiva seja adoptada, momento no qual a medida cautelar de duas uma, ou perde totalmente a sua eficácia enquanto tal, ou a sentença vem confirmar a medida cautelar, substituindo-a em pleno.»

⁵⁶ Posteriormente artigos 242º e 243º do TCE.

⁵⁷ O Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia está previsto no artigo 281º do TFUE e é fixado no Protocolo nº3 anexo ao Tratado de Lisboa.

⁵⁸ Encontra-se no sítio oficial do TJUE, sob a designação de “Tramitação Processual” relativamente ao Tribunal de Justiça: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/ [consultado em 02.11.2015, 16h45m].

⁵⁹ Encontra-se no sítio oficial do TJUE, sob a designação de “Tramitação Processual” relativamente ao Tribunal Geral: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7040/ [consultado em 02.11.2015, 16h46m].

⁶⁰ Vide artigo 39º do Estatuto do Tribunal de Justiça: «O Presidente do Tribunal pode decidir, em processo sumário, que derogue, se necessário, certas disposições deste Estatuto e que é estabelecido no Regulamento de Processo, sobre o pedidos tendentes a obter a suspensão prevista no artigo 278º do Tratado (...), a aplicação de medidas provisórias nos termos do artigo 279º (...).»

requisitos de concessão, assim como a tramitação processual. O artigo 161º diz respeito à fase de decisão sobre o pedido, enquanto que o artigo 162º fixa as características do despacho resultante do deferimento do pedido.

Ainda no contexto das normas do Regulamento de Processo, o artigo 163º dispõe a modificabilidade ou a revogabilidade do despacho de medidas cautelares, tal como provém da natureza provisória das mesmas, nos casos de fundamentada alteração de circunstâncias. Do mesmo modo, em caso de surgimento de factos novos, permite o artigo 164º a dedução de novo pedido de medidas provisórias.

Por fim, o Capítulo X do Regulamento incide sobre pedidos no contexto do 280º e 299º do TFUE e 81º do TCEEA, remetendo a sua regulamentação para as disposições acima referidas.

No que diz respeito ao Tribunal Geral, o seu Regulamento de Processo dispõe as regras sobre a suspensão e outras medidas provisórias aos artigos 156º a 161º, na secção 2 do Capítulo XVI com a epígrafe “*Da tramitação Urgente dos Processos.*”

3.2.2 Os tipos de medidas provisórias

Antes de iniciarmos a apreciação da concessão de medidas provisórias no âmbito do direito da União, cabe um entendimento do tipo de medidas que podem ser requeridas num pedido. Estas podem ser distinguidas entre medidas provisórias especificadas e medidas provisórias não especificadas.

Tal como o TJUE determinou, *e.g.* em *Atlanta* [1995]⁶¹, a proteção assegurada aos direitos concedidos pelo direito da União, pelo Tribunal ou pelos órgãos jurisdicionais nacionais, não pode variar nem tem repercussões mais importantes, quer se trate da suspensão da execução de um ato ou da concessão de outra medida provisória.

3.2.2.1. Suspensão da Execução ou Medida Provisória Especificada

Dispõe o artigo 278º do TFUE⁶²:

⁶¹ TJUE processos apensos C-465/93 e C-466/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e outros / Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* [1995] in <http://curia.europa.eu/>.

⁶² Atenção deve ser dada, ainda no contexto de medidas provisórias especificadas, ao artigo 299º número 4 do TFUE, em relação à suspensão de atos que imponham uma obrigação pecuniária.

«Os recursos interpostos para o Tribunal de Justiça da União Europeia não têm efeito suspensivo. Todavia, o Tribunal pode ordenar a suspensão da execução do ato impugnado, se considerar que as circunstâncias o exigem.» [Sublinhado nosso]

No que diz respeito à primeira parte do artigo 278º guiamo-nos pelas palavras de LÚCIO FETEIRA⁶³ que relembra que os recursos interpostos para o Tribunal «(...) *têm um efeitos meramente devolutivo*» e por isso, esses atos objeto de recurso gozam de eficácia e exequibilidade até serem anulados.

Apesar de os recursos para o Tribunal não terem efeito suspensivo e através do artigo 278º do TFUE e do 160º número 1 do Regulamento de Processo, o Tribunal pode ordenar a suspensão da execução do ato impugnado.

Assim se entende que a suspensão da execução deve incidir sobre um “*ato impugnado*”, ou seja, pelo ato suscetível de ser alvo de uma ação no contexto de um recurso de anulação, ao abrigo do artigo 263º do TFUE⁶⁴. A suspensão da execução pode ainda ter lugar numa ação por incumprimento⁶⁵, nos termos do 258º do TFUE.

No que diz respeito ao requerente de um pedido de suspensão da execução, este só pode partir da parte que se opõe ao ato impugnado no processo principal. A mais nenhum outro ator é garantida esta legitimidade processual⁶⁶.

De notar que a suspensão da execução de um ato pode ser total ou parcial. Neste sentido vejamos *Aristrain/Comissão* [1999]⁶⁷, onde o Tribunal determinou a suspensão parcial no contexto de uma decisão da Comissão impondo uma coima relativamente à participação de certos produtores europeus de vigas em acordos e práticas concertadas proibidas pelo Tratado CECA:

« Tendo em conta estes elementos, convém, conseqüentemente, ordenar a suspensão parcial da obrigação de constituir uma garantia, na medida em que a coima aplicada

⁶³ LÚCIO FETEIRA (2012) in *Tratado de Lisboa: anotado e comentado*, p. 998-1001.

⁶⁴ Neste sentido vide MARIANA DE SOUSA E ALVIM (2008), p. 71.

⁶⁵ Vide MARIANA DE SOUSA E ALVIM (2008), p. 72: «*Ora, o argumento invocado no sentido de que o juiz comunitário se estaria a imiscuir nas competências do Estado-Membro incumpridor não procede; isto, atendendo à própria natureza declarativa da sentença que resulta obrigatória apenas para o Estado prevaricador, seu directo e imediato destinatário e a quem cumpre pôr um fim às disposições incompatíveis com o Direito Comunitário.*»

⁶⁶ Neste sentido vejamos LENAERTS *et al.* (2014), p. 575 e artigo 160º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

⁶⁷ TG T-156/94, *Siderúrgica Aristrain Madrid SL / Comissão das Comunidades Europeias* [1999] in <http://curia.europa.eu/>.

*ultrapassa a importância da posição da requerente no grupo Aristrain, enquanto se aguarda que se clarifique a situação jurídica relativa à imputação da coima.*⁶⁸» [Sublinhado nosso]

3.2.2.2. Outras Medidas Provisórias ou Medidas Provisórias Não Especificadas

Os pedidos de medidas provisórias podem consistir num pedido de suspensão da execução do ato ou, por vezes, quando a suspensão por si só não é suficiente para garantir que um dano grave e irreparável não ocorra ou quando a suspensão não é adequada à satisfação do requerente, nos termos do 279º do TFUE, o Tribunal «(...) *pode ordenar as medidas provisórias necessárias*».

Estas medidas provisórias necessárias, tidas como não especificadas ou inominadas, não se encontram previamente definidas, ou seja, não existe uma lista taxativa nem exemplificativa de medidas a adotar pelo Tribunal.

Desta forma se conclui que a determinação de medidas provisórias desta natureza depende da apreciação casuística realizada pelo juiz. A título de exemplo, e demonstrando a diversidade dos pedidos tendo em conta o caso concreto, em *Comissão/Rusal Armenal* [2015]⁶⁹, a Rusal Armenal pediu ao Tribunal a proibição de as autoridades aduaneiras dos Estados membros da União Europeia de cobrarem os direitos antidumping sobre as importações do seu produto. Diferentemente, em *Espanha/Conselho* [2006]⁷⁰, o Reino de Espanha pediu a manutenção da vigência do regime de ajudas à produção de algodão.

Nas palavras de LÚCIO FETEIRA⁷¹ vemos as aplicações das medidas provisórias não especificadas:

«Sem prejuízo da possibilidade de cumulação do pedido de suspensão (...) com uma medida provisória não tipificada, a aplicação isolada do art. 279º está particularmente vocacionada para a ação de incumprimento (art. 260º), para a ação declarativa de omissão (art. 265º) e para a ação de responsabilidade civil extra-contratual (art. 340º).⁷²»
[Sublinhado nosso]

Uma vez que na concessão das medidas provisórias no âmbito do artigo 279º do TFUE não se impõe a existência de um ato impugnado, o artigo 160º número 2 do

⁶⁸ Despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 25 de agosto de 1994, proc. T-156/94, parág. 32.

⁶⁹ TJUE C-21/14, *Comissão Europeia/Rusal Armenal ZAO* [2015] in <http://curia.europa.eu/>.

⁷⁰ TJUE C-310/04, *Reino de Espanha/Conselho da União Europeia* [2006] in <http://curia.europa.eu/>.

⁷¹ LÚCIO FETEIRA (2012) in *Tratado de Lisboa: anotado e comentado*, p. 1003-1005.

⁷² Os artigos referidos dizem respeito ao TFUE.

Regulamento de Processo do Tribunal requiere uma “*conexão direta*” com a ação principal, isto é, só são admissíveis se o pedido for formulado por uma parte no processo pendente e se se referir a esse processo. Desta forma, no que toca a um pedido medidas provisórias não especificadas, este pode ser formulado por qualquer das partes no processo, desde que, respeite o especificado no artigo referido.

3.2.3 O Pedido

3.2.3.1 O juiz das medidas provisórias

O juiz competente para se pronunciar sobre um processo de medidas provisórias é diverso do juiz que decide sobre o litígio principal, sendo, nos termos do artigo 39º do Estatuto do Tribunal e dos artigos 160º e 161º do Regulamento de Processo do Tribunal, o Presidente do Tribunal de Justiça. No que se refere ao Tribunal Geral, os artigos 155º a 157º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral dispõem a mesma competência ao respetivo Presidente.

Devemos prestar atenção às alterações trazidas em 2012, pela Decisão do Tribunal de Justiça de 23 de outubro de 2012⁷³, que atribui ao Vice Presidente do Tribunal⁷⁴ as funções do Presidente no que diz respeito aos seus deveres judiciais presentes no artigo 39º do Estatuto do Tribunal e nos artigos 160º a 166º do Regulamento de Processo. Atenção deve ser prestada ao facto que, no que toca ao Tribunal Geral, as funções relativas aos pedidos de medidas provisórias continuam a fazer parte das tarefas do Presidente.

O artigo 13º do Regulamento de Processo do Tribunal regula a substituição do Presidente ou Vice Presidente em caso de impedimento⁷⁵:

«(...) a presidência é assegurada por um dos presidentes de secção de cinco juízes, ou, na falta deste, por um dos presidentes de secção de três juízes ou, na falta deste, por um dos outros juízes, segundo ordem estabelecida no artigo 7º⁷⁶.»

⁷³ Decisão 2012/671/UE do Tribunal de Justiça de 23 de outubro de 2012 relativa às funções jurisdicionais do vice-presidente do Tribunal de Justiça (JO L 300).

⁷⁴ Neste trabalho usamos a designação de Presidente, uma vez que a terminologia permanece inalterada nas normas relativas a medidas provisórias.

⁷⁵ No que diz respeito ao Tribunal Geral o artigo em foco é o artigo 12º do Regulamento de Processo.

⁷⁶ Artigo 7º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça com a epígrafe “*Ordem de precedência por antiguidade*”: «1. A antiguidade dos juízes e dos advogados-gerais é indistintamente calculada a partir da sua entrada em funções. 2. Em caso de igual antiguidade de funções, a ordem de precedência por antiguidade determina-se pela idade. (...)»

A atribuição de competência ao Presidente do Tribunal para a apreciação de um pedido de medidas provisórias tem por base a necessidade de resolução célere e eficaz, tendo ele total discricionariedade de decisão.

No entanto, vejamos *Connolly/Comissão* [1999]⁷⁷ onde, apesar da sua liberdade de apreciação, se entende que o juiz das medidas provisórias pode recorrer, se assim considerar apropriado, às opiniões do Advogado Geral ou do Juiz Relator:

« (...) o juiz das medidas provisórias pode recorrer não apenas a diferentes formas de intervenção para enfrentar as exigências específicas de cada caso concreto, mas igualmente ao simples convite ao respeito das disposições existentes. Um tal convite pode, de facto, ser um instrumento apropriado, correspondente aos princípios que regem o processo de medidas provisórias e capaz de garantir provisoriamente uma protecção adequada dos direitos do requerente. »

3.2.3.2 A legitimidade

Nos casos em que o recorrente formula um pedido de suspensão da execução do ato ou de medida provisória não especificada, devido à natureza acessória/instrumental das medidas provisórias o pedido corre em apenso em relação ao processo principal.

Desta forma se entende igualmente que as questões processuais relativas à competência do tribunal ou à legitimidade das partes não são determinadas no processo de medidas provisórias mas na ação principal⁷⁸.

No entanto, relevante é a intervenção de terceiros no contexto de um pedido de medidas provisórias.

LENAERTS *et al.* (2014) apontam para apenas um caso onde a jurisprudência do Tribunal impôs uma medida provisória a um terceiro. Em *Reino Unido/Parlamento* [1986]⁷⁹, o Reino Unido formulou um pedido de medidas provisórias relativamente à aplicação do Orçamento Geral das Comunidades Europeias para o exercício de 1986, tal como foi aprovado pelo Parlamento. Estando em causa a taxa anual máxima de despesas fixada pela Comissão, o Parlamento argumentou pela inadmissibilidade do pedido de medidas provisórias. No entanto, por Despacho do Presidente do Tribunal⁸⁰ o pedido foi considerado

⁷⁷ TG T-203/95, *Bernard Connolly / Comissão das Comunidades Europeias* [1999] in <http://curia.europa.eu/>.

⁷⁸ Neste sentido vide LÚCIO FETEIRA (2012) in *Tratado de Lisboa: anotado e comentado*, p. 999.

⁷⁹ TJUE C-23/86, *Reino Unido/Parlamento Europeu* [1986] in <http://curia.europa.eu/>.

⁸⁰ Despacho do Presidente do Tribunal de 17 de março de 1986, proc. C-23/86R.

admissível e a pronúncia realizou-se no sentido de atribuir à Comissão certas medidas provisórias.

O artigo 40º do Estatuto do TJUE apresenta-nos outros atores processuais com legitimidade de intervir nas causas submetidas ao Tribunal: os intervenientes. Estes podem formular um pedido de intervenção e, assim, obter uma posição no processo junto de uma das partes, sem, no entanto, serem por si só partes no processo⁸¹.

A intervenção tem natureza acessória ao processo principal e tem por objeto apoiar o pedido de uma das partes. Desta forma, a intervenção não confere os mesmos direitos processuais que de são dotadas as partes no litígio⁸².

Deste modo, podem intervir, segundo o artigo 40º do Estatuto, os Estados membros e as instituições da União, sem necessidade de demonstrar um interesse em agir, sendo um direito que lhes assiste. No que toca aos órgãos e organismos da União e qualquer pessoa singular ou colectiva⁸³, a intervenção está limitada aos casos em que «(...) *demonstrem interesse na resolução da causa submetida ao Tribunal.*»

Apreciado o interesse e sendo deferido o pedido de intervenção, é discutido doutrinamente a legitimidade destes intervenientes de formular um pedido de medidas provisórias. Seguimos a opinião de rejeição desta capacidade presente em LENAERTS *et al.* (2014)⁸⁴:

*«It is arguably preferable not to grant interveners a right of their own to apply for interim measures, since if they were given such a right they might obtain the initiative in the litigation, something which Art. 40 of the Statute sought specifically to avoid by allowing them only to intervene in support of the submissions of one of the parties.*⁸⁵» [Sublinhado nosso]

⁸¹ Quanto a estes atores processuais LENAERTS *et al.* (2014), p. 824-836.

⁸² Neste sentido o Capítulo IV [DA INTERVENÇÃO] do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, artigos 129º a 132º.

⁸³ No que toca à intervenção de pessoas singulares ou colectivas cabe atenção ao segundo parágrafo do artigo 40º do Estatuto do TJUE: «*As pessoas singulares ou colectivas não podem intervir nas causas entre Estados membros, entre instituições da União ou entre Estados membros, de um lado, e instituições da União, do outro.*»

⁸⁴ Vide LENAERTS *et al.* (2014), p. 575.

⁸⁵ Tenhamos em atenção o parágrafo final do artigo 40º do Estatuto do Tribunal de Justiça: «*As conclusões do pedido de intervenção devem limitar-se a sustentar as conclusões de uma das partes.*».

3.2.3.3 A apresentação do pedido

Seguimos agora a tramitação processual de um pedido de medidas provisórias junto do TJUE. O processo cautelar não tem um momento preciso para se iniciar, no entanto, certo é que ele depende do processo principal devido à sua característica de instrumentalidade e, por isso, iniciar-se-à apenas após a dedução da ação principal⁸⁶.

O pedido de medidas provisórias é apresentado por escrito, num requerimento separado⁸⁷, que deve ser entregue na Secretaria do Tribunal, e segue as regras processuais previstas nos artigos 120º a 122º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça e 76º a 78º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral⁸⁸.

Desta forma, o pedido cautelar deve conter o nome e o domicílio do requerente; a identificação do requerido; o objeto do litígio, os fundamentos e os argumentos invocados, expostos de forma sumária; e as provas⁸⁹.

Quanto à língua do pedido, de notar é que o artigo 36º do Regulamento de Processo do Tribunal define como línguas de processo as mesmas que constituem as línguas oficiais da União e dos Estados membros, sendo escolhida pelo demandante da ação.

Obvio será que pedido de medidas provisórias, instrumental da ação principal, será apresentado na mesma língua do processo principal. Contudo, nada obsta a que as partes requeiram a utilização de outra língua no todo ou em parte⁹⁰.

O pedido é notificado à outra parte, que dispõe de um prazo, fixado pelo Presidente do Tribunal, para apresentar as suas observações. Todavia, o Presidente, por decisão própria ou a pedido do requerente, pode deferir preliminarmente o pedido, mesmo antes de a outra parte apresentar as suas observações escritas ou orais⁹¹.

⁸⁶ Vide ISABEL FONSECA (2002), p. 151: «*Quanto ao prazo para interposição do procedimento cautelar, não há um momento certo, mas, como é jurisprudência certa, a solicitação de uma medida cautelar num momento avançado do processo principal traduz um indício contrário à urgência do mesmo.*»

⁸⁷ Vide MARIANA DE SOUSA E ALVIM (2008), p. 102: «*A separação dos pedidos tem sido considerada pelo Tribunal do Luxemburgo um requisito de forma, na medida em que o litígio principal e o procedimento de medidas cautelares estão sujeitos a regras específicas, ao nível quer da competência, quer das condições de fundo.*»

⁸⁸ Os artigos 120º a 122º do Regulamento de Processo do Tribunal e 76º a 78º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral dizem respeito, respetivamente, a: “*Conteúdo da Petição*”, “*Informações relativas a notificações*” e “*Anexos da petição*”.

⁸⁹ A apresentação de prova segue as disposições presentes nos artigos 127º e 128º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça e 24º a 29º do Estatuto do Tribunal de Justiça. No que diz respeito ao Tribunal Geral as mesmas normas encontram-se nos artigos 84º a 86º do seu Regulamento de Processo.

⁹⁰ Vide artigo 37º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça sobre a determinação da língua do processo.

⁹¹ Vide artigo 160º números 5 a 7 do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

Cabe ao juiz cautelar, se assim avaliar necessário, ao abrigo do artigo 161º do Regulamento de Processo do Tribunal, submeter o pedido a decisão do Tribunal que, ouvido o Advogado Geral, deve decidir sem demora.

3.2.4 Os critérios substantivos de procedência da tutela cautelar

Dispõe a legislação europeia que o juiz cautelar pode ordenar a suspensão da execução de um ato ou de outra medida provisória quando se encontrem especificados dois requisitos: «(...) *as razões da urgência, bem como os fundamentos de facto e de direito que, à primeira vista, justificam a adopção da medida provisória requerida.*⁹²»

Coube à jurisprudência do Tribunal o desenvolvimento dos critérios condicionantes do decretamento de medidas provisórias, sendo eles a aparência do direito (*fumus boni iuris*) e a ameaça de perigo grave e irreparável (urgência).

As duas condições apresentadas são pressupostos de procedência do pedido cautelar e encontram-se apoiados por um terceiro critério, considerado parte da apreciação e discricionariedade da função do juiz cautelar, a ponderação de interesses (interesses das partes, de terceiros e o interesse geral da União Europeia).

A urgência e a aparência do direito surgem como requisitos de igual peso na concessão de medidas provisórias, no entanto, alguma Doutrina⁹³ defende que o juiz cautelar deve apreciar em primeiro lugar a existência de urgência e, apenas se verificada, prosseguir então para a averiguação do *fumus boni iuris*. Entende que só após a prova de prejuízo grave e irreparável deve o juiz cautelar apreciar, de mais perto, o fundo da questão⁹⁴.

Antes de realizarmos uma análise de cada um dos critérios, cumpre fazer referência a um requisito formal sem o qual o pedido de medidas provisórias não procede e a apreciação da urgência e do *fumus boni iuris* não tem lugar: a admissibilidade da ação principal.

Não devendo imiscuir-se na apreciação do processo principal, é hoje certo que, na determinação da admissibilidade do pedido, pode o juiz cautelar analisar se o alegado pelo

⁹² Artigo 160º número 3 do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

⁹³ ISABEL FONSECA (2002), p. 155 aponta neste sentido para os seguintes autores: PIERRE PESCATORE, PASTOR BORGONONE e VAN GINDERACHTER.

⁹⁴ Vide ISABEL FONSECA (2002), p. 155-156: «A doutrina tem vindo a defender que a análise do requisito relativo à urgência deve ser prévia à análise do *fumus boni iuris*, e, de um modo geral (na década de 90), tem sido neste sentido que o juiz cautelar tem vindo a actuar, precedendo a averiguação do *fumus boni iuris* pela confirmação do *periculum in mora*. Todavia, de vez em quando, o juiz cautelar resolve averiguar o *fumus boni iuris* em primeiro lugar.» [Sublinhado nosso]

requerente tem fundamento, e assim, verificar a admissibilidade da ação principal. Seguimos, então, com considerações acerca deste requisito.

3.2.4.1 Admissibilidade

Na avaliação dos critérios para o decretamento de uma medida provisória é estabelecida uma importante relação entre o processo principal e o pedido cautelar: sem a admissibilidade do primeiro, o segundo não tem fundamento e por isso sofre igualmente de inadmissibilidade e deve ser indeferido.

Decorre dos artigos 278º do TFUE e 160º do Regulamento de Processo do Tribunal que um pedido de suspensão da execução, sendo um pedido de medidas provisórias, «(...) só é admissível se o requerente tiver impugnado o ato perante o Tribunal.»

Cabe ao juiz, que avalia o fundamento de uma medida provisória, a tarefa de examinar a relação com o litígio principal, pois, para que um pedido de medidas provisórias proceda é necessário que perante o Tribunal exista uma ação pendente.

Vejamos, *inter alia*⁹⁵, *Johnson & Firth Brown/Comissão* [1975]⁹⁶, onde aparentemente, “ao primeiro exame”, a ação principal surge como admissível, sendo, por isso, igualmente admissível o pedido de medidas provisórias:

*«Although certain of the grounds on which the substantive application is made appear, on first examination, not to be manifestly without foundation and thus make it impossible to dismiss the present application for the adoption of interim measures (...)»*⁹⁷
[Sublinhado nosso]

No mesmo sentido, *inter alia*⁹⁸, *Donatab* [1993]⁹⁹, onde o pedido de medidas provisórias é tido como inadmissível por se considerar de igual modo inadmissível a ação principal, associando a admissibilidade do litígio principal como característica essencial para a própria admissibilidade do pedido de medidas provisórias:

⁹⁵ Vide e.g. TJUE C-792/79, *Camera Care/Comissão* [1980]; TJUE C-232/81, *Agricola commerciale olio Srl e outros/Comissão* [1981]; TJUE C-270/84, *Assunta Licata/Comité Económico e Social* [1984]; TJUE C-272/91, *Comissão das Comunidades Europeias/República Italiana* [1994]; TG T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd/Comissão das Comunidades Europeias* [2003] in <http://curia.europa.eu/>

⁹⁶ TJUE C-3/75, *Johnson & Firth Brown/Comissão* [1975] in <http://curia.europa.eu/>.

⁹⁷ Despacho do Presidente do Tribunal de 16 de janeiro de 1975, proc. C-3/75, parág. 1.

⁹⁸ Vide e.g. TJUE C-25/62, *Plaumann/Comissão* [1963]; TJUE C-68/90, *Blot e Front National/Parlamento* [1990]; TJUE C-117/91, *Bosman/Comissão* [1991]; TJUE C-107/93, *AEFMA/Comissão* [1993] in <http://curia.europa.eu/>.

⁹⁹ TJUE C-64/93, *Donatab/Comissão* [1993] in <http://curia.europa.eu/>.

«(...) *um pedido de suspensão de um acto de uma instituição ou de outras medidas provisórias só é admissível se estiver pendente no Tribunal um recurso em que o demandante impugne o acto cuja suspensão pede ou um processo a que se refiram as medidas provisórias. Um pedido de suspensão ou de outras medidas provisórias não pode, por conseguinte, ser admitido se o recurso principal a que aquele pedido se liga for inadmissível.*¹⁰⁰» [Sublinhado nosso]

No entanto, no que respeita à análise da admissibilidade da ação principal, o juiz que avalia a concessão das medidas provisórias foi colocado perante a objeção assente na sua incompetência para efetuar esse exame. Não esqueçamos que a discricionariedade do juiz cautelar não pode, em momento algum, prejudicar o processo principal ou a decisão que o Tribunal venha a proferir.

Vejam os casos *Perinciolo/Conselho*¹⁰¹ [1972], no qual se infere do Despacho de medidas provisórias que não cabe dentro da competência do juiz cautelar realizar essa análise:

«*In examining the admissibility of an application for a suspension of the operation of a measure, the judge in the interim proceedings must not prejudge questions relating to the admissibility of the main action which are within the jurisdiction of the court hearing the main action.*¹⁰²» [Sublinhado nosso]

A evolução da jurisprudência do Tribunal¹⁰³ depressa permitiu a apreciação pelo juiz das medidas provisórias da admissibilidade da ação principal, uma vez que essa é condição essencial para a própria admissibilidade da medida cautelar, nos casos em que a ação principal revela fundamentos suficientes para, *à primeira vista*, estabelecer a admissibilidade.

Tenhamos em atenção *CMC/Comissão* [1985]¹⁰⁴, onde a Comissão argumentou que o Tribunal era igualmente incompetente para julgar o pedido principal e para conceder medidas provisórias. A esta alegação respondeu o Tribunal que sendo a admissibilidade do pedido principal um requisito para a aplicação de medidas provisórias, ao juiz que concede essas

¹⁰⁰ Despacho do Presidente do Tribunal de 9 de julho de 1993, proc. C-64/93, parág. 4.

¹⁰¹ TJUE C-75/72, *Letizia Perinciolo/ Conselho das Comunidades Europeias* [1972] in <http://curia.europa.eu/>

¹⁰² Despacho do Presidente da Primeira Secção do Tribunal de 30 de novembro de 1972, proc. C-75/72, parág. 7.

¹⁰³ Vide e.g. TJUE C-186/80, *Suss/Comissão* [1981]; TJUE C-351/85, *Fabrique de fer de Charleroi/Comissão* [1987]; TJUE C-65/87, *Pfizer/Comissão* [1987]; TJUE C-160/88, *Fedesa/Conselho* [1988]; TJUE processos apensos T-10/92, T-11/92, T-12/92 e T-15/92, *Cimenteries CBR SA/Comissão* [1992]; TJUE T-96/92, *CCE de la Société générale des grandes sources/Comissão* [1995] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁰⁴ TJUE C-118/83, *CMC Cooperativa muratori e cementisti/Comissão das Comunidades Europeias* [1985] in <http://curia.europa.eu/>.

medidas bastará apenas um “*grau suficiente de probabilidade*” relativo à admissibilidade da ação principal:

« (...) since the preliminary objections raised by the Commission regarding the jurisdiction of the Court and the admissibility of the main application constitute a prerequisite for the decision on the admissibility of the application for the adoption of interim measures, the judge hearing that application cannot escape the necessity of resolving provisionally the various problems raised. From his point of view, it is sufficient if he can establish, with a sufficient degree of probability, that there is a basis, albeit partial, on which the Court may found its jurisdiction in order to enable him to acknowledge the existence of a legitimate interest in the adoption of interim measures designed to preserve the existing position pending a decision on the substance of the case.¹⁰⁵ » [Sublinhado nosso]

Neste sentido prosseguiu o Tribunal, afirmando a competência do juiz das medidas cautelares na determinação da admissibilidade da ação principal assente na apreciação da “*inadmissibilidade manifesta da ação suscitada*”¹⁰⁶.

Neste contexto temos em atenção *Bosman/Comissão* [1991]¹⁰⁷, no qual a Comissão apresentou alegações sobre o pedido de medidas provisórias e suscitou uma questão de inadmissibilidade no âmbito do processo principal, requerendo ao Tribunal que julgasse a questão antes de se pronunciar sobre o mérito da causa.

Relembrando que um pedido de suspensão da execução ou de outras medidas provisórias não pode ser acolhido se o processo principal for inadmissível, o Tribunal pronunciou-se em *Bosman/Comissão* no sentido de atribuir a competência da avaliação dos elementos prováveis de admissibilidade ao juiz cautelar:

«Embora (...) o problema da admissibilidade do recurso ou da acção no processo principal não deve, em princípio, ser apreciado no âmbito de um processo de medidas provisórias, sob pena de se julgar antecipadamente a questão de fundo (...) a verdade é que também resulta dessa jurisprudência que, no caso de ser a inadmissibilidade manifesta da acção ou do recurso que é suscitada, compete ao juiz que se pronuncia sobre as medidas provisórias determinar se, à primeira vista, a acção ou o recurso apresentam elementos que permitam concluir, com uma certa probabilidade, que são admissíveis.¹⁰⁸ » [Sublinhado nosso]

¹⁰⁵ Despacho do Presidente do Tribunal de 5 de agosto de 1983, proc. C-118/83, parág. 37.

¹⁰⁶ TJUE C-117/91, *Bosman /Comissão* [1991] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁰⁷ TJUE C-117/91, *Jean-Marc Bosman /Comissão das Comunidades Europeias* [1991] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁰⁸ Despacho do Presidente do Tribunal de 27 de junho de 1991, proc. C-117/91, parág. 7.

Concluimos, assim, que ao examinar a admissibilidade do processo principal, cabe ao juiz das medidas provisórias rejeitar a concessão das medidas requeridas quando o pedido principal é, *à primeira vista*, inadmissível.

Uma ação pode ser “*manifestamente inadmissível*” em várias situações, das quais damos como exemplo¹⁰⁹ a prescrição do prazo para iniciar o procedimento, a falta de representação adequada na ação principal ou quando está em causa um ato não vinculativo¹¹⁰.

3.2.4.2 *Fumus Boni Iuris*

Dispõe o artigo 160º do Regulamento do Processo do Tribunal que o pedido de medidas provisórias deve «(...) *especificar (...) os fundamentos de facto e de direito que, à primeira vista, justificam a adoção da medida provisória requerida.*». A esta exigência de “*aparência do direito*” que justifica a medida provisória, a Doutrina chama de *fumus boni iuris*.

Este critério de decretamento de medidas provisórias baseia-se numa análise, no processo cautelar, da seriedade dos fundamentos apresentados pelo requerente, de tal modo que, através de um juízo de probabilidade, o juiz cautelar seja convencido que o mesmo sairá vencedor no processo principal¹¹¹.

Devido ao carácter provisório das medidas cautelares, os fundamentos apresentados não necessitam do mesmo grau de certeza do requerido no processo principal. O juiz das medidas provisórias basta-se-á com a presunção de que a ação é bem fundada ou pelo menos que o é “*à primeira vista*”.

Este critério vai ao encontro com a característica de instrumentalidade da tutela cautelar, uma vez que, dependendo de uma ação principal à qual pretende garantir a efetividade, não se pode exigir do juiz cautelar, nestas situações de marcada urgência, um profundo conhecimento do mérito da causa nem da existência do direito. Assim, a averiguação do requisito de aparência do direito baseia-se num exame “*à primeira vista*”, de verosimilhança ou probabilidade de existência do direito tutelado.

¹⁰⁹ Seguimos aqui os exemplos presentes em SINANIOTIS (2006), p. 20-21.

¹¹⁰ Vide e.g. TJUE C-50/84, *Srl Bensider e outros/Comissão das Comunidades Europeias* [1984]; TJUE C-10/81, *Farrall/Comissão* [1981]; TG T-75/96, *Söktas/Comissão* [1996] in <http://curia.europa.eu/>.

¹¹¹ Neste contexto vide ISABEL FONSECA (2002), p. 158.

Devemos ter em mente que o juízo cautelar não é marcadamente definitivo mas assente na provisoriedade, reforçamos a explicação com ISABEL FONSECA (2002):

«(...) o objectivo deste é assegurar o direito provável e não declará-lo como existente. Como esse direito será objecto de uma cognição profunda no processo de cognição principal, faz apenas sentido que, aos olhos do juiz cautelar, ele pareça como existente, apenas hipoteticamente¹¹².» [Sublinhado nosso]

De forma a determinar a existência de *fumus boni iuris* é necessário levar a cabo um exame dos fundamentos apresentados na ação principal e, considerar se, pelo menos um desses fundamentos, tem substância para não ser ignorado, mesmo após um juízo de mera probabilidade. A instrumentalidade das medidas cautelares faz com que a apreciação com maior detalhe seja reservada à decisão sobre o mérito da causa no litígio principal.

Neste contexto recorreremos a *França/Comissão* [2011]¹¹³ relativamente à verificação do requisito de *fumus boni iuris*:

«Para determinar se, no caso em apreço, se verifica a condição relativa ao *fumus boni iuris*, há que proceder a um exame prima facie da justeza do fundamento invocado pela requerente em apoio do recurso no processo principal e, assim, verificar se os argumentos quanto à pretensa violação, no caso concreto (...) apresentam um carácter de tal modo sério que não devam ser desatendidos, no quadro do presente processo de medidas provisórias (...)¹¹⁴» [Sublinhado nosso]

Se o Tribunal parece basear a sua interpretação de *fumus boni iuris* na consideração da pretensão apresentada no processo principal enquanto presumivelmente bem fundada ou com um carácter de seriedade, a Doutrina parece apontar ainda para a existência de um *fumus non mali iuris*.

Seguindo a explicação presente em *LENAERTS et al.* (2014)¹¹⁵, através da qual se percebe que cabe ao requerente demonstrar que as alegações apresentadas na ação principal não são óbvia ou manifestamente infundadas.

Com o critério de *fumus non mali iuris*, o juiz das medidas provisórias não tem de determinar se as pretensões têm fundamento de forma a garantir a admissibilidade da ação

¹¹² Vide ISABEL FONSECA (2002), p. 119.

¹¹³ TG T-257/07, *República Francesa /Comissão Europeia* [2011] in <http://curia.europa.eu/>.

¹¹⁴ Despacho do Tribunal de Primeira Instância de 28 de setembro de 2007, proc. T-257/07, parág. 59.

¹¹⁵ *LENAERTS et al.* (2014), p. 597-599.

principal, mas, por outro lado, apenas tem de ser “*persuadido*” de que a ação principal é dotada de razoabilidade.

Vejam, por exemplo, *Harrison/Comissão* [1991]¹¹⁶ no qual o pedido de medidas provisórias foi indeferido por não se verificar *fumus non mali iuris*:

«Resulta de quanto precede que o recorrente não forneceu elementos que permitam, à primeira vista, demonstrar a procedência do seu recurso. Por conseguinte, e sem necessidade de analisar os requisitos relativos à urgência e à existência de um prejuízo irreparável, indefere-se o presente pedido de medidas provisórias.»¹¹⁷ [Sublinhado nosso]

Assim se denotam diferentes graus de determinação do *fumus boni iuris* ou da aparência do direito. ISABEL FONSECA (2002) refere a diversificação dos pedidos, nomeadamente no que diz respeito às Instituições europeias:

«(...) o tribunal tem exigido um maior grau de probabilidade quanto ao sucesso da lide principal por parte do requerente nas causas em que este em sede cautelar solicita uma antecipação da prestação de uma quantia por parte de uma Instituição, ou quando é pedida uma actuação do tribunal em substituição de uma Instituição comunitária.» [Sublinhado nosso]

3.2.4.3 Urgência

Relembramos novamente o artigo 160º, número 3, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça que dispõe que para a aplicação de uma medida provisória o pedido deve conter “(...) *as razões da urgência (...) que justificam a adoção da medida* (...)”.

O *periculum in mora*¹¹⁸ surge como característica essencial no decretamento de uma medida cautelar, cabendo ao requerente demonstrar a urgência da medida de forma a evitar um possível dano ao seu direito, sendo por isso motivo da natureza excepcional dos artigos 278º e 279º do TFUE¹¹⁹.

¹¹⁶ TG T-13/91, *Michael Harrison/Comissão das Comunidades Europeias* [1991] in <http://curia.europa.eu/>.

¹¹⁷ Despacho do Presidente do Tribunal de Primeira Instância de 15 de abril de 1991, proc. T-13/91, parág. 26.

¹¹⁸ Vide ISABEL FONSECA (2002), p. 162: «A jurisprudência comunitária não recorre à expressão *periculum in mora*, utilizando, numa primeira fase, o conceito de “urgência” associada a necessidade e depois a expressão “prejuízo grave e irreparável”.

¹¹⁹ Vide SINANIOTIS (2006), p. 25: «It is actually the justification of the mere existence of the exceptional procedure of Articles 242 and 243 EC Treaty, as there should be no reason for granting interim relief if the case does not show urgency. The proof of urgency is essential as it justifies the jurisdiction and the power of the judge to order a suspension of a measure or grant other interim measures according to the relevant provisions. Therefore, even if the main Treaty provisions make no reference to urgency as a condition of admissibility, it

Desta forma, o critério da urgência vai além da resolução atempada do caso concreto, ela baseia-se na necessidade demonstrada pelo requerente de garantir a proteção dos seus interesses. Vejamos *Aldinger/Parlamento* [1987]¹²⁰:

« (...) a urgência não consiste na celeridade com que uma medida pode ser solicitada e tomada, mas na necessidade em que uma pessoa se pode encontrar de ver ser tomada uma medida actualmente necessária para evitar um prejuízo certo (...)»¹²¹ [Sublinhado nosso]

*Inter alia*¹²², em *Pfizer Animal Health/Conselho* [1999]¹²³, a urgência da medida provisória surge associada à possibilidade de existência de um dano grave e irreparável:

«O carácter urgente de um pedido de medidas provisórias deve, portanto, ser apreciado tendo em conta a urgência que há em prover a título provisório a fim de evitar que um dano grave e irreparável seja causado à parte que solicita a medida provisória (...)»¹²⁴ [Sublinhado nosso]

O ónus da prova da existência de circunstâncias geradoras de um dano, circunstâncias essas que justificam o carácter de urgência na concessão de uma medida provisória, recai sobre o requerente. A medida será rejeitada nos casos em que a prova não seja devidamente apresentada, isto é, quando o requerente não reúne indícios suficientes da necessidade da medida para a prevenção de certo dano provável¹²⁵.

O requerente deve provar a ameaça ao *status quo*¹²⁶ aquando da apresentação do ato que deu início ao pedido de medidas provisórias¹²⁷. Em alguns casos, pode ainda o requerente formular um pedido de medidas provisórias em ordem a reconstituir o *status quo ante*, ou

has been accepted that it forms the primary condition, which determines the nature and the exceptional character of the application for interim relief.»

¹²⁰ TJUE C-23/87, *Mareile Aldinger Tziovas e Gabriella Virgili Schettini/Parlamento Europeu* [1987] in <http://curia.europa.eu/>.

¹²¹ Despacho do Presidente da Primeira Secção do Tribunal de 22 de junho de 1987, proc. C-23/87, parág. 13.

¹²² Vide e.g. TJUE C-20/81, *Arbed/Comissão* [1981]; TJUE C-310/85, *Deufil* [1987]; TG T-246/08, *Melli Bank/Conselho* [2009]; TJUE C-60/08, *Cheminova A/S e outros/Comissão das Comunidades Europeias* [2009]; TJUE C-656/11, *Reino Unido/Conselho* [2014] in <http://curia.europa.eu/>.

¹²³ TJUE C-329/99, *Pfizer Animal Health SA/Comissão das Comunidades Europeias e o Conselho* [1999] in <http://curia.europa.eu/>.

¹²⁴ Despacho do Presidente do Tribunal de 18 de novembro de 1999, proc. C-329/99, parág. 94.

¹²⁵ Vide e.g. TJUE C-61/76, *Jean-Jacques Geist/Comissão das Comunidades Europeias* [1976]; TJUE C-2/65, *Ferriera Ernesto Preo e Figli/Alta Autoridade da CECA* [1981]; TJUE C-57/89, *Comissão/Alemanha* [1991].

¹²⁶ Vide e.g. TJUE C-160,161/73, *Miles Druce/Comissão* [1973]; TJUE C-318/81, *Comissão/CO.DE.MI.* [1985]; TJUE C-171/83, *Comissão/França* [1983] in <http://curia.europa.eu/>.

¹²⁷ Neste sentido tomemos em atenção SINANIOTIS (2006), p. 27: «*The nature and purpose of the application of interim relief justify the power of the judge to protect and maintain the status quo on a temporary basis until final judgment is given. In principle, for purpose of interim relief, the status quo should be considered to be the situation existing at the time the application for granting interim relief is lodged before the Court.*»

seja, requerer o regresso a uma situação jurídica verificada antes da data do pedido. Vejamos *Comissão/Itália* [1987]¹²⁸:

*«In those circumstances the Court considers that interim measures may be accorded in order to re-establish the status quo ante and that the Italian Republic must take the measures necessary to ensure that no requirement is imposed on parallel importers which is more strict than those which existed before July 1984.»*¹²⁹ [Sublinhado nosso]

Relevante no contexto da determinação da urgência da medida provisória é apenas o prejuízo, dotado de uma natureza grave e irreparável, que afete os interesses do requerente de forma iminente. A ele cabe a prova de que um prejuízo real e não hipotético, com um nexo de causalidade com o ato posto em causa na ação principal¹³⁰, ocorrerá num futuro próximo, ou seja, antes da pronúncia da decisão relativa à ação principal.

A fundamentação da urgência também não se basta com a mera constatação, de modo abstrato, de um prejuízo que afete a «*esfera das liberdades fundamentais*»¹³¹, pois daí nada indica que necessariamente advém um prejuízo irreparável.

A natureza grave e irreparável do dano provém da consequência de render sem sentido ou tornar supérfluo o julgamento da ação principal. É grave e irreparável o dano que inviabiliza a satisfação dos interesses do requerente em caso de indeferimento do seu pedido. Denota-se que um dano é irreparável quando não pode ser eliminado pela decisão proferida em julgamento da ação principal, mesmo sendo esta no sentido favorável ao requerente¹³².

Neste contexto apresentamos a opinião do Advogado Geral CAPOTORTI, em relação ao acórdão *Comissão/França* [1980]¹³³, que apresentou como irreparável o dano que não tem possibilidade de reparação e que retira o objeto à decisão sobre o processo principal:

«This irreparable nature may be understood in two senses: in the sense that the nature of the damage rules out any possibility of compensation or in the sense, which in my opinion is more precise, that the damage would be such as to make the ultimate judgment

¹²⁸ TJUE C-154/85, *Comissão das Comunidades Europeias/República Italiana* [1987] in <http://curia.europa.eu/>.

¹²⁹ Despacho do Presidente do Tribunal de 7 de junho de 1985, proc. C-154/85, parág. 21.

¹³⁰ Vide e.g. TJUE C-149/95 P(R), *Comissão/Atlantic Container Line* [1995] in <http://curia.europa.eu/>.

¹³¹ Vide Despacho do Presidente do Tribunal de 15 de abril de 1998, proc. C-43/98 P (R), parág. 46 e 47: «(...) o argumento da recorrente segundo o qual o prejuízo invocado seria, por definição, irreparável «porque atinge a esfera das liberdades fundamentais» também não pode ser acolhido. Com efeito, não basta alegar, de modo abstracto, que há ofensa aos direitos fundamentais, neste caso, do direito de propriedade e do direito ao livre exercício de actividades profissionais, para fazer prova de que o dano que daí pode advir teria necessariamente um carácter irreparável.»

¹³² Neste sentido LENAERTS *et al.* (2014), p. 599.

¹³³ TJUE processos apensos C-24/80 e C-97/80, *Comissão das Comunidades Europeias/República Francesa* [1980] in <http://curia.europa.eu/>.

pointless, so that in the absence of interim measures there would be no purpose in the ultimate judgment.» [Sublinhado nosso]

Ainda relevante é o facto de um dano puramente financeiro não ser tido, inicialmente, pelo TJUE como prejuízo grave e irreparável, uma vez que, na ótica do Tribunal, o dano financeiro poderia ser recuperado e por isso não era irreversível¹³⁴.

Todavia, a jurisprudência do Tribunal passou a reconhecer o dano financeiro como um prejuízo capaz de preencher o requisito da urgência nos casos em que este «(...) *não for susceptível de ser inteiramente compensado no caso de os demandantes obterem vencimento no processo principal.*»¹³⁵»

Ora, basta tomarmos como exemplo que um pretensão prejuízo pode ameaçar a existência de uma empresa e, quando efetivamente verificado, pode ter tamanha proporção que não possa ser reparável ao ponto de salvar a mesma, quer seja uma empresa de pequena dimensão, quer seja uma multinacional¹³⁶. Do mesmo modo, em se tratando de uma pessoa singular, parece evidente poder-se afirmar que o dano é irreparável quando o requerente se encontra em situação de não prover à satisfação das suas necessidades básicas, assim como da sua família¹³⁷.

No que diz respeito aos litígios que envolvem um requerente com a qualidade de Estado membro, a jurisprudência do Tribunal chama a atenção que o exame sobre o prejuízo alegado pode assentar igualmente nos prejuízos ao próprio Estado e à sua economia. Em contrário, não pode o Estado membro fazer-se valer do prejuízo de uma só pessoa, individual ou coletiva, para alegar prejuízo próprio¹³⁸.

Neste contexto, vejamos a título de exemplo¹³⁹ *Portugal/Comissão* [2011]¹⁴⁰ onde o Tribunal remete a prejuízos com relevância de interesse público nacional:

¹³⁴ Vide e.g. TJUE C-120/83, *Raznoimport/Comissão* [1983]; TG T-45/90, *Alicia Speybrouck/Parlamento Europeu* [1992]; TG T-185/94R, *Geotronics SA/Comissão das Comunidades Europeias* [1995] in <http://curia.europa.eu/>.

¹³⁵ Despacho do Presidente do Tribunal de 23 de maio de 1990, proc. C-51/90R, parág. 24.

¹³⁶ Vide e.g. TJUE C-51/90R e C-59/90 R, *Comos-Tank BV, Matex Nederland BV e Mobil Oil BV/Comissão das Comunidades Europeias* [1990] in <http://curia.europa.eu/>.

¹³⁷ Vide e.g. TG T-306/01R, *Aden and Others/Conselho e Comissão* [2002]; TG T-18/10R, *Inuit Tapiriit Kanatami e outros contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia* [2010] in <http://curia.europa.eu/>.

¹³⁸ Vide TJUE C-142/87R, *Reino da Bélgica/Comissão das Comunidades Europeias* [1990] in <http://curia.europa.eu/>.

¹³⁹ Do mesmo modo podíamos ter referido TJUE C-280/93R, *República Federal da Alemanha/ Conselho da União Europeia* [1993]; TG T-183/07, *República da Polónia/Comissão das Comunidades Europeias* [2007]; TG T-312/07R, *Dimos Peramatos/Comissão Europeia* [2011] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁴⁰ TG T-387/07, *República Portuguesa/Comissão Europeia* [2011] in <http://curia.europa.eu/>.

«(...) é jurisprudência assente que um Estado-Membro é responsável pelos interesses, designadamente económicos e sociais, considerados gerais no plano nacional, pelo que pode, no âmbito do processo de medidas provisórias, invocar prejuízos que afectem todo um sector da sua economia, especialmente quando a medida comunitária contestada seja susceptível de ter repercussões desfavoráveis no nível do emprego e no custo de vida (...)¹⁴¹» [Sublinhado nosso]

Por fim, no que toca aos casos em que a Comissão é requerente de um pedido de medidas provisórias, o prejuízo por ela invocado pode englobar o interesse da União¹⁴², o interesse dos Estados membros¹⁴³ ou até o interesse de nacionais do Estado membro requerido no processo cautelar¹⁴⁴.

3.2.4.4 Ponderação de Interesses

Em algumas situações o juiz das medidas provisórias não fica satisfeito apenas com a aparência do direito ou com a urgência provada pelo requerente, e, nesses casos, ele realiza uma ponderação dos interesses envolvidos, tendo em conta as partes do processo e ainda, se for caso disso, os interesses de terceiro. Neste juízo ponderativo, o juiz cautelar procura ainda realizar sempre a ponderação do interesse geral da União Europeia.

O equilíbrio de interesses não é por si só uma condição na atribuição de medidas provisórias, apresenta-se como um suporte ao *fumus boni iuris* e à urgência da medida e é obra da jurisprudência do Tribunal. Este elemento processual não está presente em nenhuma norma do Regulamento de Processo do Tribunal.

SINANOTIS (2006) põe em evidência duas características da ponderação de interesses, por um lado não é por si só uma condição e, por outro, é expressão do princípio da proporcionalidade:

«On one hand (...) the balance of interests is not a condition for the award of interim relief. This opinion is based on the fact that, following the relevant provisions of the Rules of Procedure, nothing indicates that the judge has to take in consideration the harm that may

¹⁴¹ Despacho do Presidente do Tribunal de Primeira Instância de 14 de dezembro de 2007, proc. T-387/07, parág. 34.

¹⁴² Vide e.g. TJUE C-76/08, *Comissão das Comunidades Europeias/República de Malta* [2009] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁴³ Vide e.g. TJUE C-293/85R, *Comissão das Comunidades Europeias/Reino da Bélgica* [1988] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁴⁴ Vide e.g. TJUE C-154/85R, *Comissão das Comunidades Europeias/ República de Itália* [1985] in <http://curia.europa.eu/>.

occur to the defendant or third party in order to reach the decision of granting or refusing interim relief.

On the other hand, the balance of interest, as an expression of the principle of proportionality, must be examined in order for the judge to decide on the form of the appropriate interim measure to avoid any damage to both parties and any third party.¹⁴⁵ »
[Sublinhado nosso]

O juízo ponderativo baseia-se na apreciação entre os prejuízos alegados pelo requerente na eventualidade da não concessão da medida provisória e os prejuízos causados à outra parte e a terceiros se a mesma medida for decretada.

Nos casos em que o juiz das medidas provisórias estabelece a existência de *fumus boni iuris* e o requerente prova o risco real de prejuízo grave e irreparável, de modo a alcançar uma decisão sobre o pedido de medidas provisórias, o juiz pode determinar que não necessita de recorrer à ponderação de interesses. No entanto, se ambas as partes demonstrarem um prejuízo grave e irreparável, o recurso à ponderação pode revelar-se determinante na decisão do juiz.

De forma a demonstrarmos a relevância da ponderação de interesses vejamos, *inter alia*¹⁴⁶, *Espanha/Comissão* [2008]¹⁴⁷ onde a ponderação levou o Tribunal a indeferir o pedido de medidas provisórias por este causar maior prejuízo junto da esfera jurídica de terceiro do que o alegado pelo requerente e a concluir que este último só se poderia fazer valer de um prejuízo tão grave e irreparável que ameaçasse a sua própria existência:

«(...) en una situación como la del caso de autos, en la que las medidas solicitadas al juez de medidas provisionales pueden tener una grave repercusión sobre los derechos e intereses de terceros (...) tales medidas sólo podrían resultar justificadas en circunstancias excepcionales. (...) la jurisprudencia ha precisado que tales medidas sólo podrían justificarse si resultara que, de no adoptarse, las demandantes se verían expuestas a una situación que podría poner en peligro su propia existencia (...)»¹⁴⁸» [Sublinhado nosso]

¹⁴⁵ Vide SINANIOTIS (2006), p. 35.

¹⁴⁶ Vide e.g. TJUE C-3/75, *Johnson & Firth Brown Ltd/Comissão das Comunidades Europeias* [1975]; TJUE C-92/78, *SpA Simmenthal/Comissão das Comunidades Europeias* [1979]; TJUE C-56/89R, *Publishers Association/Comissão das Comunidades Europeias* [1989]; TG T-12/93, *Comité central d'entreprise de la société anonyme Vittel e Comité d'établissement de Pierval e Fédération générale agroalimentaire/Comissão das Comunidades Europeias*; TG T-257/07, *República Francesa/Comissão Europeia* [2011] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁴⁷ TG T-65/08R, *Reino de Espanha/Comissão das Comunidades Europeias* [2008] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁴⁸ Despacho do Presidente do Tribunal de Primeira Instância de 30 de abril de 2008, proc. T-65/08, parág. 86.

No que toca à ponderação dos interesses da União, estes podem prevalecer sobre os interesses da outra parte e até levar a que o juiz cautelar acabe por decretar uma medida diferente da requerida no pedido de medidas provisórias¹⁴⁹. Todavia, mesmo que o interesse da União seja mais preponderante que o do requerido, nada obriga o juiz cautelar a garantir o deferimento da medida¹⁵⁰.

3.2.5 A decisão judicial

Ao juiz competente cabe a pronúncia sobre a decisão acerca do pedido de medidas provisórias, contando que se verifica o preenchimento dos critérios substantivos determinantes para a concessão de uma medida provisória.

Relembremos que a provisoriedade das medidas cautelares faz com que as mesmas se esgotem com a decisão sobre o mérito na ação principal e implica que estas não se imiscuam na resolução do mesmo.

Assim, ao juiz cautelar cabe a tarefa de assegurar que a sua apreciação na concessão de medidas provisórias não interfira com a decisão do litígio principal, nem a antecipe. O processo cautelar dura apenas o tempo necessário até à resolução da ação principal, garantindo o seu efeito útil.

O pedido de medidas provisórias decide-se por meio de despacho fundamentado, com forma escrita, de natureza provisória, notificado às partes, fixando ainda a data a partir da qual a medida deixa de ser aplicável. Caso contrário, o proferimento do acórdão relativo ao processo principal põe termo à mesma¹⁵¹.

O deferimento do pedido pode ser total ou parcial e, do despacho de medidas provisórias, não se espera a resposta a todos os aspetos de facto e de direito. Neste contexto atentemos, *inter alia*¹⁵², a *Chaves Fonseca Ferrão/IHMI* [1997]¹⁵³:

« Quanto à exigência de fundamentação de um despacho de medidas provisórias, há que observar que não pode ser exigido ao juiz das medidas provisórias que responda

¹⁴⁹ Vide e.g. TG Processos apensos T-24 e 28/92R, *Langnese Iglo GmbH e Schöller Lebensmittel/Comissão das Comunidades Europeias* [1992] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁵⁰ Vide TJUE C-45/87, *Comissão das Comunidades Europeias/Irlanda* [1988] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁵¹ Vide artigos 161º e 162º do Regulamento de Processo do Tribunal e 158º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral.

¹⁵² Vide TJUE C-149/95, *Comissão das Comunidades Europeias / Atlantic Container Line AB e outros* [1995]; TJUE C-268/96, *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf e Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven / Comissão das Comunidades Europeias* [1996] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁵³ TJUE C-248/97, *Luis Manuel Chaves Fonseca Ferrão / Instituto de Harmonização do Mercado Interno* [1997] in <http://curia.europa.eu/>.

expressamente a todas as questões de facto ou de direito que tenham sido discutidas no decurso do processo de medidas provisórias. É suficiente que os fundamentos por ele invocados justifiquem validamente, em relação às circunstâncias do caso em apreço, o seu despacho e permitam ao Tribunal de Justiça exercer a sua fiscalização jurisdicional.¹⁵⁴» [Sublinhado nosso]

Quanto aos efeitos da decisão, atentemos no artigo 162º do Regulamento de Processo do Tribunal que dispõe que o despacho é meramente provisório e «(...) em nada prejudica a decisão que o Tribunal venha a proferir no processo principal.» Vejamos ainda MARIANA DE SOUSA E ALVIM (2008) que a apresenta com efeito de “*caso julgado limitado*”:

« (...) tornando-se vinculativa para as partes na medida em que estas gozam da faculdade de solicitar ao órgão competente a eventual execução forçosa do mesmo¹⁵⁵. (...) o facto de estes despachos assumirem a forma de caso julgado limitado, não obsta a que, caso os pressupostos em que se baseou se alterem, venha a ser modificado; uma vez que as medidas provisórias só poderão subsistir enquanto os pressupostos, em virtude dos quais foram decretadas, se mantiverem.¹⁵⁶» [Sublinhado nosso]

No que se prende com a alteração de circunstâncias, o despacho pode, ao abrigo do 163º do Regulamento de Processo do Tribunal, ser alterado ou revogado, desde que devidamente fundamentado¹⁵⁷. Parece-nos que pode o requerente solicitar ao juiz cautelar que reduza ou aumente o âmbito das medidas deferidas, mas fá-lo-á acompanhado de prova suficiente de que o risco alegado se alterou de tal modo que seja necessária uma modificação das medidas provisórias concedidas¹⁵⁸.

Por fim, cabe referência ao disposto no artigo 164º do Regulamento de Processo do Tribunal que determina a possibilidade de, mesmo quando o pedido de medidas provisórias

¹⁵⁴ Despacho do presidente do Tribunal de 10 de setembro de 1997, proc. C-248/97, parág. 20.

¹⁵⁵ Neste contexto escreve a autora citada, MARIANA DE SOUSA E ALVIM (2008), p. 165: «*Refira, neste âmbito, que toda a decisão provisória que imponha obrigações de carácter pecuniário ganhará a forma de título executivo, na medida que a parte, a favor da qual seja aplicada esta medida, poderá pedir a execução forçada desta decisão, junto dos órgãos jurisdicionais nacionais competentes.*»

¹⁵⁶ Vide MARIANA DE SOUSA E ALVIM (2008), p. 163.

¹⁵⁷ Vide TG T-74/00, *Artogodan GmbH e outros / Comissão das Comunidades Europeias* [2002]; TG T-198/01, *Technische Glaswerke Ilmenau GmbH / Comissão das Comunidades Europeias* [2004]; TG T-245/03, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) e outros / Comissão das Comunidades Europeias* [2006] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁵⁸ Neste sentido igualmente MARIANA DE SOUSA E ALVIM (2008), p. 163.

seja indeferido, a parte apresentar outro pedido fundado em *factos novos*. Aqui recorremos, entre outros¹⁵⁹, a *Evropaiki Dynamiki/Comissão* [2006]¹⁶⁰:

«Por «*factos novos*» na acepção do artigo 109.º do Regulamento de Processo [atual 164º], devem entender-se *factos ocorridos após ter sido proferido o despacho que indefere o primeiro pedido de medidas provisórias ou que o requerente não pode invocar no seu primeiro pedido ou durante o processo relativo ao primeiro despacho e que são pertinentes para apreciar o caso em questão.*¹⁶¹» [Sublinhado nosso]

3.2.6 A execução do despacho

Dispõe o artigo 162º número 2 do Regulamento de Processo¹⁶² que o despacho fundamentado de medidas provisórias possa ser executado mediante a constituição de uma caução cujo montante e modalidades surgem fixadas nesse despacho¹⁶³.

Quanto à aplicação da caução, diz-nos MARIANA DE SOUSA E ALVIM (2008):

«(...) esta medida só é aplicada, normalmente naqueles casos em que se constate existirem *montantes avultados em dívida, cuja caução vem garantir o pagamento, e sempre no caso em que se verifique a existência de um risco de a parte devedora, quando de uma decisão no litígio principi*l se vir a revelar insolvente.» [Sublinhado nosso]

3.2.7 As despesas

A regra é que as despesas resultantes de um pedido de medidas provisórias são reservadas para a decisão sobre o mérito, ou seja, são definidas aquando do julgamento da ação principal e surgem num cômputo geral.

¹⁵⁹ Vide TG T-236/00, *Gabriele Stauner e outros / Parlamento Europeu e Comissão das Comunidades Europeias* [2002]; TG T-171/05, *Bart Nijis / Tribunal de Contas das Comunidades Europeias* [2006] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁶⁰ TG T-303/04, *European Dynamics SA contra Comissão das Comunidades Europeias* [2006] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁶¹ Despacho do Presidente do Tribunal de Primeira Instância de 22 de dezembro de 2004, proc. T-303/04, parág. 60.

¹⁶² De igual modo o artigo 158º número 2 do Regulamento de Processo do Tribunal Geral.

¹⁶³ No contexto de uma caução fixada em despacho fundamentado *vide e.g.* TJUE C-234/82, *Ferriere di Roè Volciano SpA / Comissão das Comunidades Europeias* [1983]; TG processos apensos T-231/94, T-232/94 e T-234/94, *Transacciones Maritimas SA, Recursos Marinos SA e Makuspesca SA / Comissão das Comunidades Europeias* [1994] in <http://curia.europa.eu/>.

No entanto, casos há em que uma das partes pode requerer a repartição das despesas entre o processo de medidas provisórias e o processo principal¹⁶⁴. Vejamos *Sparr/Comissão* [1990]¹⁶⁵:

«(...)há que ter presente que o Tribunal de Primeira Instância [atual Tribunal Geral] se pronunciou sobre as despesas (...) devendo entender-se que a condenação aí proferida abrange a totalidade das despesas. Se a Comissão pretendesse opor-se à sua condenação nas despesas do processo de medidas provisórias, deveria ter formulado um pedido nesse sentido. Embora seja verdade que durante o processo perante o Tribunal de Primeira Instância cada uma das partes requereu que a outra parte fosse condenada nas despesas, o certo é que nenhuma delas suscitou a questão de uma repartição das despesas entre o processo de medidas provisórias e o processo principal. Por conseguinte, o Tribunal de Primeira Instância aplicou o artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento Processual [atual 134º do Regulamento de Processo do TG], nos termos do qual «a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido¹⁶⁶». [Sublinhado nosso]

3.2.8 O recurso

A decisão cautelar, quando proferida pelo Tribunal Geral, pode ser objeto de recurso para o Tribunal de Justiça, no entanto, a mesma quando proferida por este último é irrecurável¹⁶⁷.

Ao abrigo do artigo 57º segundo parágrafo do Estatuto do Tribunal de Justiça, as partes podem interpor recurso para o Tribunal das decisões do Tribunal Geral no âmbito dos artigos 278º e 279º do TFUE. O recurso deve ser interposto no prazo de 2 meses a contar da sua notificação¹⁶⁸.

Vale igualmente no contexto de procedência do recurso de medidas provisórias o disposto no artigo 61º do Estatuto, ou seja, atentemos a *EDF/Comissão* [2013]¹⁶⁹:

¹⁶⁴ Vide LENAERTS *et al.* (2014), p. 617: «Unless one of the parties raises the issue of the distribution of cost as between the proceedings for interim relief and the main proceedings (in which case, the Court of Justice or the General Court, as the case may be, will have to rule thereon), the order to pay the costs covers both the costs of the proceedings for interim measures and of the main proceedings.»

¹⁶⁵ TG T-50/89, *Jürgen Sparr / Comissão das Comunidades Europeias* [1990] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁶⁶ Despacho do Tribunal de Primeira Instância de 11 de outubro de 1990, proc. T-50/89, parág. 9.

¹⁶⁷ Vide artigo 162º do Regulamento de Processo do Tribunal.

Atentemos nas palavras de LÚCIO FETEIRA (2012) in *Tratado de Lisboa: anotado e comentado*, p. 1001: «O despacho do presidente do TJ é irrecurável, sendo o do presidente do TG recorrível apenas no que à matéria de direito diz respeito, no prazo de dois meses seguintes à notificação da decisão (...) e sem que o recurso tenha efeito suspensivo.»

¹⁶⁸ Vide LENAERTS *et al.* (2014), p. 618.

¹⁶⁹ TJUE C-551/12, *Électricité de France SA (EDF) / Comissão Europeia* [2013] in <http://curia.europa.eu/>.

«(...) o despacho recorrido deve conseqüentemente ser anulado (...) Em conformidade com o disposto no artigo 61.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, quando o recurso for julgado procedente, o Tribunal de Justiça pode decidir definitivamente o litígio, se estiver em condições de ser julgado, ou remeter o processo ao Tribunal Geral, para julgamento. A disposição acima referida aplica-se igualmente aos recursos de decisões do Tribunal Geral interpostos em conformidade com o artigo 57.º, segundo parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça.» [Sublinhado nosso]

Nos termos do artigo 184.º número 2 do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, se o recurso for julgado procedente e o Tribunal de Justiça decidir definitivamente o litígio, decidirá igualmente sobre as despesas.

3.3 Os meios processuais junto do TJUE: traços fundamentais e tutela cautelar

3.3.1 Ação de Anulação

O recurso de anulação é um meio contencioso destinado à fiscalização da legalidade dos atos das instituições, órgãos e organismos da União¹⁷⁰, associado fortemente com o princípio da tutela jurisdicional efetiva e da primazia do direito da União.

A ação de anulação pretende o controlo da legalidade dos atos da União de direito primário, secundário ou terciário, visando assim a proteção dos cidadãos europeus. Este recurso de anulação encontra-se interligado ao controlo das omissões das instituições, órgãos e organismos da União.

Inicialmente consideramos quais os atos que podem ser alvo de uma ação de anulação e segundo o artigo 263º do TFUE primeiro parágrafo são suscetíveis os atos «(...) que não sejam recomendações ou pareceres (...)». Parece então que o 263º se aplica a regulamentos, diretivas e decisões¹⁷¹.

¹⁷⁰ Neste contexto vide JÓNATAS MACHADO (2010), p. 520: «Do ponto de vista teórico, podemos dizer que se trata de um meio processual com uma dupla natureza, de matriz constitucional e administrativa, na medida em que opera um controlo da juridicidade dos actos próximo do da jurisdição constitucional e administrativa. (...) A acção de anulação tem um fundamento objectivo, de defesa da legalidade, e subjectivo, de defesa de posições jurídicas individuais.»

¹⁷¹ Os atos jurídicos da União encontram-se elencados no artigo 288º número 1 do TFUE: «Para exercerem as competências da União, as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres.»

Todavia, o Tribunal tem considerado como objeto de uma ação de anulação uma lista não exaustiva de atos desde que eles apresentem força vinculativa ou produzam efeitos jurídicos¹⁷². Vejamos, *inter alia*¹⁷³, *IBM/Comissão* [1981]¹⁷⁴:

«*In order to ascertain whether the measures in question are acts within the meaning of Article 173 [atual 263º] it is necessary, therefore, to look to their substance. (...) any measure the legal effects of which are binding on, and capable of affecting the interests of, the applicant by bringing about a distinct change in his legal position is an act or decision which may be the subject of an action under Article 173 for a declaration that it is void (...)»*
[Sublinhado nosso]

Os recursos de anulação interpostos assentam em fundamentos de incompetência, violação de formalidades essenciais, violação dos Tratados ou de qualquer norma relativa à sua aplicação e desvio de poder¹⁷⁵.

A jurisprudência tem desenvolvido os fundamentos da ação de anulação. A título de exemplo, a violação de formalidades, de carácter processual, consiste numa lista não exaustiva que pode incluir violação ao direito de ser ouvido nos termos do artigo 41º número 2 da CDFUE ou violação do dever de fundamentação presente no artigo 296º do TFUE. Da mesma forma, a violação do Tratados ou de outra norma pode implicar os princípios da atribuição de competências, da proporcionalidade e da subsidiariedade, artigo 5º do TUE ou violação de uma norma da CDFUE. Quanto ao desvio de poder, pode estar em causa uma situação em que uma instituição da UE recorre a um processo de *decision-making* diverso do estabelecido nos Tratados para uma área específica.

A ação de anulação encontra-se regulada no artigo 263º do TFUE e diz respeito à fiscalização dos atos legislativos e vinculativos do Conselho, da Comissão e do Banco Central Europeu. Esta fiscalização de legalidade inclui ainda os atos do Parlamento e do Conselho Europeu com efeitos em relação a terceiros. Estes são os atores com legitimidade passiva numa ação de anulação.

No que toca à legitimidade ativa, a Doutrina divide-a em privilegiada, semi-privilegiada e restrita¹⁷⁶. Apoiar-nos-emos no artigo 263º para a determinar.

¹⁷² Neste sentido *vide* CRAIG & DE BÚRCA (2015), p. 511: «*The ECJ has, however, also held that this list is not exhaustive, and that other acts which are sui generis can also be reviewed, provided that they have binding force or produce legal effects.*»

¹⁷³ *Vide* e.g. TJUE C-57/95, *República Francesa/Comissão das Comunidades Europeias* [1997]; TJUE C-370/07, *Comissão das Comunidades Europeias /Conselho da União Europeia* [2009] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁷⁴ TJUE C-60/81, *International Business Machines Corporation /Comissão das Comunidades Europeias* [1981] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁷⁵ *Vide* artigo 263º do TFUE.

Dotados de legitimidade ativa privilegiada encontram-se os Estados membros¹⁷⁷, o Parlamento¹⁷⁸, o Conselho e a Comissão, tal como previsto no 263º segundo parágrafo¹⁷⁹. Estes dizem-se privilegiados por não terem de apresentar um interesse específico para interpor recurso¹⁸⁰, ou seja, têm o direito de impugnar a legalidade de certos atos sem fazer depender o exercício desse direito da demonstração de um interesse em agir¹⁸¹.

Por outro lado, detêm legitimidade ativa semi-privilegiada o Tribunal de Contas, o Banco Central Europeu e o Comité das Regiões¹⁸², «(...) com o objetivo de salvaguardar as respetivas prerrogativas», tal como disposto no 263º terceiro parágrafo. Desta forma, ao TC, ao BCE e ao CdR é permitido interpor recurso mas apenas quando é claro que o seu interesse repousa nas suas próprias faculdades.

Por fim, com legitimidade restrita encontra-se qualquer pessoa singular ou coletiva. Neste contexto cabem considerações, ainda que breves, relacionadas com a natureza da pessoa singular ou coletiva que pode interpor uma ação de anulação.

¹⁷⁶ Alguns autores apontam para a distinção apenas entre legitimidade privilegiada, total ou parcial, e legitimidade restrita.

¹⁷⁷ Vide CRAIG & DE BÚRCA (2015), p. 514: «EU law does not oblige a Member State to bring an action under Article 263 or 265 TFEU for the benefit of one of its citizens, although EU law does not preclude national law from containing such an obligation.»

¹⁷⁸ A Doutrina descreve que, inicialmente, ao Parlamento não foi atribuída nenhuma posição quanto à ação de anulação. Com o caso TJUE C-302/87, *Parlamento/Conselho* [1988] o Parlamento argumentou que deveria ser tido em consideração como ator privilegiado, porém, foi rejeitado pelo Tribunal. Mais tarde, no caso TJUE C-70/88, *Parlamento/Conselho* [1990], o Tribunal atribuiu ao Parlamento legitimidade ativa semi-privilegiada de forma à proteção das suas prerrogativas. Apenas com o Tratado de Nice (2000) a alteração ao Tratado acrescentou o Parlamento à lista de atores privilegiados.

¹⁷⁹ Quanto à legitimidade passiva de regiões autónomas e outras autoridades vide LENAERTS *et al.* (2014), p. 310: «Regional and devolved authorities (municipalities, federal states, etc.) are not equated to a Member State and are therefore not privileged applicants. If they have legal personality under national law, they may be regarded as legal persons within the meaning of the fourth paragraph of Art. 263 TFEU and bring an action for annulment (...).»

¹⁸⁰ Neste sentido, JÓNATAS MACHADO (2010), p. 523: «O privilégio total (...) traduzindo-se na desnecessidade de invocar qualquer interesse específico em agir, ou qualquer carência de tutela, para intentar uma ação de anulação. O privilégio total encontra-se ao serviço do interesse objetivo da defesa da juridicidade e da legalidade, material e formal.»

¹⁸¹ Vide e.g. TJUE C-45/86, *Comissão das Comunidades Europeias/Conselho das Comunidades Europeias* [1987]; TJUE C-208/99, *República Portuguesa/ Comissão das Comunidades Europeias* [2001]; TG processos apensos T-309/04, T-317/04, T-329/04 e T-336/04, *TV 2, Danmark e outros /Comissão das Comunidades Europeias* [2008] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁸² Destaca LENAERTS *et al.* (2014), p. 312, que quando em causa o princípio da subsidiariedade o Comité das Regiões pode interpor recurso mesmo se o objetivo não for a proteção das suas prerrogativas: «(...) where the Committee of the Regions considers that a legislative act infringes the principle of subsidiarity, it will be entitled to bring an action for annulment even if the action is not brought for the purpose of protecting the Committee's prerogatives. Under Protocol (No.2) on the application of the principles of subsidiarity and proportionality, the Union judicature is to have jurisdiction in actions for annulment brought by the Committee of the Regions on the grounds of infringement of the principle of subsidiarity (...).»

Diremos que a nacionalidade não é relevante, podemos estar perante um nacional de um Estado membro ou de um nacional de um qualquer Estado terceiro¹⁸³, desde que dotado de personalidade jurídica¹⁸⁴.

Quanto às pessoas coletivas, a jurisprudência do Tribunal tem-nas reconhecido com uma maior abrangência que o direito interno dos Estados membros¹⁸⁵. Vejamos, por exemplo, *Syndicat général du personnel/Comissão* [1974]¹⁸⁶, onde se constata que o Tribunal considera a pessoa coletiva desde que ela tenha sido reconhecida pela outra parte antes de se ter despoletado o litígio:

«*The Commission officially recognizes it as a negotiating body on questions involving the collective interests of the staff. It is, therefore, impossible to deny the applicant union's capacity to institute proceedings.*» [Sublinhado nosso]

Qualquer pessoa coletiva ou singular pode interpor recurso de anulação mediante o preenchimento de condições específicas relativas à sua conexão com o ato em causa. Para melhor compreensão das condições previstas no artigo 263º, quarto parágrafo, faz sentido enunciá-las claramente:

- a) Recursos contra atos de que sejam destinatários;
- b) Ou que lhes digam direta e individualmente respeito;
- c) Ou atos regulamentares que lhes digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução.

A primeira condição é clara, uma vez que, obviamente o destinatário de um ato tem poderes de o impugnar. Já no contexto da segunda condição, em que estamos perante um ato com diferente destinatário daquele que impugna, cabe a distinção entre um ato que diga *diretamente* respeito a uma pessoa e um ato que lhe diga *individualmente* respeito.

¹⁸³ Ações de anulação interposta por um nacional de um Estado terceiro *vide* e.g. TG T-122/09, *Zhejiang Xinshiji Foods Co. Ltd e Hubei Xinshiji Foods Co. Ltd/Conselho da União Europeia* [2011]; TG T-262/10, *Microban International Ltd e Microban (Europe) Ltd/Comissão Europeia* [2011] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁸⁴ *Vide* LENAERTS *et al.* (2014), p. 313: «*In principle, national law determines whether the applicant has legal personality. Sometimes lack of legal personality precludes access to the General Court (or to the Court of Justice on appeal). Often, however, entities without legal personality may nevertheless be admitted to bring an action for annulment.*» Neste contexto o mesmo autor dá como exemplo de uma ação de anulação trazida por um ator processual sem personalidade jurídica o processo TG T-50/05, *Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis/Comissão Europeia* [2010], parág. 40.

¹⁸⁵ *Vide* LENAERTS *et al.* (2014), p. 315.

¹⁸⁶ TJUE C-18/74, *Syndicat général du personnel des organismes européens /Comissão das Comunidades Europeias* [1974] in <http://curia.europa.eu/>.

De modo simplificado, um ato diz *diretamente* respeito a alguém quando produz efeitos jurídicos sobre a sua esfera jurídica. Diversamente, diz *individualmente* respeito quando, no meio de outras pessoas, o ato afeta especificamente uma pessoa, singular ou coletiva, devido a certos atributos que a distinguem das restantes.

No que toca ao interesse *direto*, seguimos a explicação presente em LENAERTS *et al.* (2014) que apresenta dois critérios cumulativos para a sua determinação:

«(...) *in order for an individual to be regarded as directly concern by a Union measure for the purposes of Art. 263 TFEU, that measure must first directly affect the legal situation of the person concerned; and second, there must be no discretion left to the person to whom that measure is addressed and who are responsible for its implementation, such implementation being purely automatic and resulting from Union rules without the application of other intermediate rules.*¹⁸⁷» [Sublinhado nosso]

A distinção entre interesse *direto* e *individual* é desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal, nomeadamente no que concerne ao célebre caso *Plaumann/Comissão* [1963]¹⁸⁸ que define o conceito de “*individual concern*” e estabelece o chamado *PLAUMANN TEST*:

« *Persons other than those to whom a decision is addressed may only claim to be individually concerned if that decision affects them by reason of certain attributes which are peculiar to them or by reason of circumstances in which they are differentiated from all other persons and by virtue of these factors distinguishes them individually (...)*¹⁸⁹» [Sublinhado nosso]

Desta forma se compreende que a pessoa que alega o interesse *individual* deva provar que o ato, do qual não é destinatário, o afeta pelas suas características específicas, como se, de facto, a ele fosse dirigido. Este teste, o *PLAUMANN TEST*, é particularmente difícil de ultrapassar¹⁹⁰.

Tecemos ainda breve consideração em relação à terceira condição presente no artigo 263º, quarto parágrafo, do TFUE para a interposição de recurso de anulação por pessoa

¹⁸⁷ Vide LENAERTS *et al.* (2014), p. 318.

¹⁸⁸ TJUE C-25/62, *Plaumann & Co./Comissão da Comunidade Económica Europeia* [1963] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁸⁹ Acórdão do Tribunal de 15 de julho de 1963, proc. C-25/62, p. 107.

¹⁹⁰ Exemplos de processos em que o *PLAUMANN TEST* não foi satisfeito: TG T-585/93, *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) e outros/Comissão das Comunidades Europeias* [1995]; TJUE C-321/95P, *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) e outros/Comissão das Comunidades Europeias* [1998]; TG processos apensos T-236/04 e T-241/04, *European Environmental Bureau (EEB) e Stichting Natuur en Milieu/Comissão das Comunidades Europeias* [2005]; TG T-37/04, *Região autónoma dos Açores /Conselho da União Europeia* [2008] in <http://curia.europa.eu/>.

singular ou coletiva: «(...) atos regulamentares que lhes digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução.»

Uma vez que o artigo 288º do TFUE designa os atos jurídicos da União mas não define atos regulamentares, coube ao Tribunal essa determinação¹⁹¹. Vejamos *Inuit/Parlamento* [2011]¹⁹²:

«(...) há que concluir que o conceito de «acto regulamentar» na acepção do quarto parágrafo do artigo 263.º TFUE deve ser entendido no sentido de que abrange todos os actos de alcance geral, com excepção dos actos legislativos.¹⁹³» [Sublinhado nosso]

Assim, um ato regulamentar é um ato de alcance geral (abstrato, não indicando destinatários), não legislativo (não segue o processo legislativo ordinário nem o processo legislativo especial nos termos do artigo 289º do TFUE) e sem necessidade de atos de execução.

Talvez de modo a evitar as dificuldades de prova do *PLAUMANN TEST*, no contexto de impugnação de um ato regulamentar, o direito da União impõe apenas a existência de um interesse *direto* e não *individual*.

De acordo com o artigo 256º do TFUE, encontram-se dentro da competência do Tribunal Geral uma variedade de recursos, em especial os relativos à ação de anulação. Este tribunal é competente para conhecer das ações em primeira instância, podendo as suas decisões ser objeto de recurso para o Tribunal de Justiça.

Todavia, dispõe o artigo 51º do Estatuto do Tribunal de Justiça, que, em derrogação da norma do 256º do TFUE, certos recursos podem estar reservados à competência exclusiva do Tribunal de Justiça.

Assim, o Tribunal é competente em primeira instância relativamente a recursos de anulação quando interpostos por um Estado membro (contra um ato do Parlamento e do Conselho¹⁹⁴ ou contra estes atuando conjuntamente e da Comissão¹⁹⁵) e por uma instituição

¹⁹¹ Vide e.g. TG T-262/10, *Microban International Ltd e Microban (Europe) Ltd /Comissão Europeia* [2011]; TG T-526/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e outros /Comissão Europeia* [2013] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁹² TG T-18/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e outros /Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia* [2011] in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁹³ Despacho do Tribunal Geral de 6 de setembro de 2011, proc. T-18/10, parág. 56.

¹⁹⁴ Artigo 51º do Estatuto, com a exclusão «(...) - das decisões tomadas pelo Conselho nos termos do terceiro parágrafo do nº2 do artigo 108º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, - dos atos do Conselho adotados por força de um regulamento do Conselho relativo a medidas de proteção do comércio na aceção do artigo 207º do Tratado de Funcionamento (...), - dos atos do Conselho mediante os quais este último exerce competências de execução nos termos do nº2 do artigo 291º do Tratado de Funcionamento (...)».

¹⁹⁵ Artigo 51º do Estatuto, «(...) Contra um ato ou uma abstenção da Comissão de tomar uma decisão nos termos do nº1 do artigo 331º do Tratado de Funcionamento (...).

da União (contra um ato do Parlamento, do Conselho ou contra estes atuando conjuntamente, da Comissão e do Banco Central Europeu)¹⁹⁶.

Em suma, enquadram-se apenas na competência do Tribunal Geral os atos do Conselho excluídos da competência do Tribunal de Justiça¹⁹⁷ e as ações interpostas por pessoas singulares ou coletivas.

Por fim, no que toca ao prazo para interposição de uma ação de anulação, segundo o artigo 263º sexto parágrafo, é de 2 meses a contar da publicação do ato, da notificação ao recorrente ou do dia em que o recorrente tenha tomado conhecimento do ato¹⁹⁸.

3.3.1.1 Tutela cautelar

A ação de anulação é o local de excelência para a concessão de medidas provisórias no âmbito do 278º do TFUE, ou seja, para a suspensão da execução de um ato impugnado.

No entanto, a suspensão apresenta alguns limites impostos pela jurisprudência do Tribunal no que toca à necessidade de o ato em causa se apresentar como suscetível de ser anulado através de um recurso de anulação¹⁹⁹. Vejamos *Vichy/Comissão* [1991]²⁰⁰ no que toca a uma opinião da Comissão:

«Conclui-se do que precede que, pela sua própria natureza, uma decisão adoptada pela Comissão (...) não contém, em si mesma, qualquer intimação nem exige qualquer execução. Limita-se a dar a conhecer à empresa destinatária da decisão a opinião provisória da Comissão (...) Em consequência, tal decisão não só não é susceptível de gerar para o seu

¹⁹⁶ Vide artigo 51º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia.

¹⁹⁷ Vide nota 194.

¹⁹⁸ Neste contexto vejamos e.g. Despacho do Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção) de 21 de novembro de 2005, proc. T-426/04, parág. 48-49: « (...) o critério da data de tomada de conhecimento do acto impugnado como início do decurso do prazo de recurso tem carácter subsidiário relativamente às datas da publicação ou da notificação do acto (...) na falta de publicação ou de notificação, incumbe a quem tem conhecimento da existência de um acto que lhe diz respeito solicitar o respectivo texto integral num prazo razoável e que, com essa reserva, o prazo de recurso apenas pode começar a correr a partir do momento em que o terceiro interessado tenha exacto conhecimento do conteúdo e dos fundamentos do acto em causa, por forma a poder exercer o seu direito de recurso (...) no que se refere aos actos que, segundo prática constante da instituição em causa, são objecto de publicação no Jornal Oficial, se bem que esta publicação não seja uma condição da sua aplicabilidade, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância admitiram que o critério da data da tomada de conhecimento não é aplicável e que é a data da publicação que faz começar a correr o prazo de recurso (...).»

¹⁹⁹ Artigo 263º do TFUE: «O Tribunal (...) fiscaliza a legalidade dos atos legislativos, dos atos do Conselho, da Comissão e do Banco Central Europeu, que não sejam recomendações ou pareceres, e dos atos do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros. O Tribunal fiscaliza também a legalidade dos atos dos órgãos ou organismos da União destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros. (...)».

²⁰⁰ TG T-19/91R, *Société d'hygiène dermatologique de Vichy/Comissão das Comunidades Europeias* [1991] in <http://curia.europa.eu/>.

destinatário qualquer prejuízo grave e irreparável como também não é susceptível de ser objecto de uma medida da suspensão da execução.²⁰¹ » [Sublinhado nosso]

LENAERTS *et al.* (2014)²⁰² alertam para o facto que, apesar de o ato impugnado ser um ato suscetível de recurso de anulação, não implica necessariamente dizer que os atos administrativos de recusa de um pedido, no âmbito das funções próprias do executivo, possam ser suspensos, a não ser que, esses atos, alterem a posição legal do requerente de forma irreparável²⁰³.

Atentemos em *Alemanha/Comissão* [1969]²⁰⁴ onde a República Federal Alemã pediu a suspensão de uma decisão da Comissão que lhe permitia tomar certas medidas protetivas no setor agrícola enquanto restringia a adoção de outras medidas:

« (...) *the application for the adoption of an interim measure cannot attain the object desired by (...) Germany, since suspension of the operation of a decision of refusal cannot be equivalent to the grant of the authorization refused by the Commission. The Court has no authority to substitute itself for the Commission in order to take (...) decisions instead and in place of the executive. Consequently, the application for suspension of the operation of the decision (...) must be dismissed.*²⁰⁵ » [Sublinhado nosso]

No que diz respeito à legitimidade para formular um pedido de medidas provisórias, esta segue o definido para o estabelecimento de legitimidade na ação principal, e, neste caso, para a ação de anulação. O requerente do pedido será a parte que no litígio principal impugna o ato.

No contexto da legitimidade vemos *Danielsson e o./Comissão* [1995]²⁰⁶, onde três habitantes do Taiti (Polinésia Francesa), que interpuseram uma ação de anulação da decisão da Comissão em levar a cabo testes nucleares entre 1995 e 1996 nos territórios franceses, viram o seu pedido de suspensão da decisão indeferido por falta de demonstrado interesse individual:

²⁰¹ Despacho do Presidente do Tribunal de Primeira Instância de 7 de junho de 1991, proc. T-19/91 parág. 20.

²⁰² Vide LENAERTS *et al.* (2014), p. 564-565.

²⁰³ No contexto escreve LENAERTS *et al.* (2014), p. 565: «*The Judge dealing with the applications for interim relief must not encroach upon the domain of the 'executive'. If he or she did so, suspension of the operation of the rejection of a request would be tantamount to performing the act requested, which would entail the Judge acting in place of the administrative authority. At the same time, the purpose of the main action would disappear.*»

²⁰⁴ TJUE C-50/69R, *República Federal da Alemanha/Comissão das Comunidades Europeias* [1969] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁰⁵ Despacho do Presidente do Tribunal de 5 de outubro de 1969, proc. C-50/69R.

²⁰⁶ TG T-219/95, *Marie-Thérèse Danielsson, Pierre Largeteau e Edwin Haa / Comissão das Comunidades Europeias* [1995] in <http://curia.europa.eu/>.

«(...) há que salientar que os requerentes não fornecem qualquer elemento susceptível de demonstrar, *prima facie*, que a decisão recorrida lhes diz respeito em função de determinadas qualidades ou circunstâncias de facto que lhes são específicas (...) Ao levar a cabo essas acções, a Comissão não pode ser obrigada a tomar em consideração a situação particular de cada um dos residentes e trabalhadores da zona geográfica abrangida por determinada experiência, na falta de elementos específicos susceptíveis de justificar uma tomada em consideração individual, tendo em conta os objectivos prosseguidos (...)»²⁰⁷»
[Sublinhado nosso]

Contudo, apesar de a suspensão da execução do ato impugnado ser tida como a medida provisória mais frequente, no contexto de uma ação de anulação pode ainda surgir um pedido de medidas provisórias relativo ao artigo 279º do TFUE²⁰⁸. Nestes casos a legitimidade ativa, nos termos do 160º número 2 do Regulamento de Processo do Tribunal²⁰⁹, é reconhecida amplamente às partes do processo principal.

3.3.2 Ação de Omissão

A ação por omissão, prevista no artigo 265º do TFUE, consiste no controlo das omissões em violação dos Tratados, das instituições, órgãos e organismos da União. Este controlo, de carácter declarativo e não condenatório, consagra a abstenção de pronúncia e permite a qualquer pessoa singular ou coletiva, aos Estados membros e às restantes instituições da União recorrerem ao Tribunal.

Sigamos a explicação de JÓNATAS MACHADO (2010)²¹⁰ que aponta para a natureza dupla de uma ação de controlo das omissões: « (...) *objectiva, de defesa da legalidade da UE e de resolução de conflitos orgânicos* (...) e *subjectiva, enquanto meio processual de acesso individual*.²¹¹»

²⁰⁷ Despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 22 de dezembro de 1995, proc. T-219/95, parág. 73-74.

²⁰⁸ Neste sentido, TJUE C-65/87, *Pfizer/Comissão* [1987], onde a Pfizer International Inc., a título cautelar, no âmbito de uma ação de anulação, requereu que a Comissão propusesse ao Comité Permanente dos Alimentos para Animais, que o produto, inventado, produzido e distribuído por si, fosse incluído no anexo de uma directiva do Conselho.

²⁰⁹ De igual modo o artigo 156º número 2 do Regulamento de Processo do Tribunal Geral.

²¹⁰ Vide JÓNATAS MACHADO (2010), p. 562.

²¹¹ Prossegue JÓNATAS MACHADO (2010), p. 562: «(...) *ele deve ser interpretado em conformidade com os princípios da legalidade positiva, da conformidade funcional e da protecção jurisdicional efectiva. Este controlo das omissões tem carácter meramente declarativo, pelo que não se traduz na condenação das instituições, órgãos ou organismos da UE à prática dos actos devidos ilegalmente omitidos.*»

De acordo com o 265º do TFUE, se uma instituição, órgão ou organismo da União falhar na adoção de uma decisão ou medida devida, os Estados membros, qualquer pessoa singular ou coletiva ou as outras instituições, órgãos e organismos podem recorrer ao TJUE.

No entanto, o recurso ao Tribunal ocorre apenas após terem previamente convidado a instituição, órgão ou organismo em falta a agir e, se passado 2 meses da data do convite a omissão persistir, é introduzido novo prazo de 2 meses para interposição do recurso.

O convite a agir, em forma de carta formal de aviso, é um pressuposto pré-litigioso²¹², o que significa que, ao ator com legitimidade processual ativa, cabe a obrigação de chamar a atenção da instituição, órgão ou organismo, identificando a intenção de prosseguir com uma ação por omissão no prazo de 2 meses.

De modo a estar dentro do conteúdo do 265º, a omissão deve ser de ato devido, ou seja, a instituição, órgão ou organismo deve estar sob uma obrigação de agir. Atentemos em *Dumez/Comissão* [1995]²¹³ para seguirmos os passos do Tribunal no contexto de uma ação por omissão:

«(...) o Tribunal recorda que a acção por omissão prevista no artigo 175.º do Tratado [atual 265º do TFUE] está sujeita à existência de uma obrigação de agir que impende sobre a instituição em causa, que faz com que a abstenção alegada seja contrária ao Tratado. Ora, resulta da economia do artigo 169.º do Tratado [atual 258º do TFUE], que a Comissão não é obrigada a dar início a um processo na acepção dessa disposição, mas que, a esse respeito, dispõe de um poder de apreciação discricionário que exclui o direito de os particulares exigirem dessa instituição que tome posição num determinado sentido (...)²¹⁴»
[Sublinhado nosso]

No que diz respeito à legitimidade processual passiva, o 265º indica que a ação visa abstenções das seguintes instituições da União: do Parlamento Europeu, do Conselho Europeu, da Comissão e do Banco Central Europeu. Todavia, atenção deve ser prestada à parte final do número 1 do mesmo artigo: «*O presente artigo é aplicável, nas mesmas condições, aos órgãos e organismos da União que se abstenham de se pronunciar.*²¹⁵»

²¹² JÓNATAS MACHADO (2010) aponta para 3 funções subjacentes ao convite a agir: uma função de aviso (*notifica e clarifica a existência de uma omissão ilegal*); uma função de filtro (*previne a subsidiariedade e complementaridade da intervenção jurisdicional*) e uma função de identificação (*determina o responsável pela omissão e delimita o objecto do processo*).

²¹³ TG T-126/95, *Dumez/Comissão das Comunidades Europeias* [1995] in <http://curia.europa.eu/>.

²¹⁴ Despacho do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 13 de novembro de 1995, proc. T-126/95, parág. 44.

²¹⁵ Vide LENAERTS *et al.* (2014), p. 428: «*Moreover, pursuant to the changes introduced by the Lisbon Treaty (...) Since the action for annulment and the action for failure to act are envisaged to provide for one and the same means of recourse, the wording of Art. 265 TFEU has been brought in line with that of Art. 263 TFEU.*»

LENAERTS *et al.* (2014) refere que uma ação por omissão pode ser trazida apenas contra instituições, órgãos e organismos da União, uma vez que o 265º não refere a União em si mesma nem os Estados membros, sendo por isso inadmissível uma ação contra os mesmos²¹⁶. Neste contexto, *Mugraby/Conselho e Comissão* [2011]²¹⁷:

« *As regards the action for failure to act, it must be held that, in the present case, it is brought exclusively against the Council and the Commission. (...) In any event, it is clear from the wording of Article 232 EC [atual 265º do TFUE] that an action founded on that provision may be brought only if one of the institutions referred to therein has failed to act, in infringement of an obligation in the Treaty. Since the Community is not referred to by that provision, it follows that a failure to act brought against it would be inadmissible.*²¹⁸»
[Sublinhado nosso]

O 265º atribui legitimidade processual ativa aos Estados membros e às instituições. Não a concede aos órgãos e organismos da União apesar destes poderem ser demandados pelas suas abstenções.

O TFUE permite ainda que uma ação por omissão seja interposta por qualquer pessoa singular ou coletiva contra uma instituição, órgão ou organismo da União por não «(...) *l'eter dirigido um ato que não seja recomendação ou parecer.*»

Deste modo se conclui que a legitimidade ativa das pessoas singulares ou coletivas é restrita a atos que lhes digam diretamente respeito. Vejamos a jurisprudência do Tribunal, *inter alia*²¹⁹, no caso *Asia Motor France/Comissão* [1990]²²⁰:

« *Assinale-se que as pessoas singulares e colectivas só podem recorrer ao Tribunal ao abrigo do artigo 175.º, terceiro parágrafo, do Tratado, [atual 265º do TFUE] com o intuito de obterem a declaração de que uma das instituições não adoptou, em violação do Tratado, actos de que tais pessoas sejam potenciais destinatários.*²²¹» [Sublinhado nosso]

²¹⁶ Vide LENAERTS *et al.* (2014), p. 429.

²¹⁷ TG T-292/09, *Muhamad Mugraby/Conselho da União Europeia e Comissão Europeia* [2011] in <http://curia.europa.eu/>.

²¹⁸ Despacho do Tribunal Geral (Terceira Secção) de 6 de setembro de 2011, proc. T-292/09, parág. 23.

²¹⁹ Vide e.g. TJUE C-6/70, *Gilberto Borromeo Arese e outros /Comissão das Comunidades Europeias* [1970]; TJUE C-371/89, *Maria-Theresia Emrich/ Comissão das Comunidades Europeias* [1990]; TG T-5/94, *J / Comissão das Comunidades Europeias* [1994] in <http://curia.europa.eu/>.

²²⁰ TJUE C-72/90, *Asia Motor France/Comissão das Comunidades Europeias* [1990] in <http://curia.europa.eu/>.

²²¹ Despacho do Tribunal de 23 de Maio de 1990, proc. C-72/90, parág. 10.

No entanto, grande desenvolvimento foi dado à legitimidade dos particulares no âmbito da ação por omissão através da aproximação desta à ação de anulação, nomeadamente no que concerne à verificação de interesse direto e individual. Vejamos *T Port* [1996]²²²:

« (...) o Tribunal de Justiça não deixou de considerar que os artigos 173.º e 175.º do Tratado [atuais 263º e 265º do TFUE] apenas constituem a expressão de uma única e mesma via de recurso (...) Daí resulta que, mesmo que o quarto parágrafo do artigo 173.º permita aos particulares interpor recurso de anulação dum acto de uma instituição de que não sejam destinatários desde que este acto lhes diga directa e individualmente respeito, também o terceiro parágrafo do artigo 175.º deve ser interpretado como facultando-lhes igualmente a possibilidade de intentar uma acção por omissão contra uma instituição que se absteve de adoptar um acto que da mesma maneira lhes diria respeito. A possibilidade de os particulares fazerem valer os seus direitos não pode com efeito depender da acção ou da inércia da instituição visada.²²³ » [Sublinhado nosso]

Tal como na ação de anulação vimos a repartição da competência jurisdicional entre o Tribunal Geral e o Tribunal de Justiça²²⁴, também na ação por omissão ocorre a distribuição da competência em razão da matéria.

Mais uma vez recorremos ao artigo 256º do TFUE, que dispõe a competência do TG para recursos referidos no artigo 265º, ou seja, relativos a uma ação por omissão. Em algumas situações esta vê-se derogada pelo artigo 51º do Estatuto do Tribunal de Justiça, que atribui ao Tribunal competência exclusiva para decidir sobre ações interpostas pelos Estados membros (contra uma abstenção do Parlamento e do Conselho ou contra estes atuando conjuntamente e da Comissão) e por uma instituição da União (contra uma abstenção do Parlamento, do Conselho ou contra estes atuando conjuntamente, da Comissão e do Banco Central Europeu).

3.3.2.1 Tutela cautelar

No que concerne à concessão de uma medida provisória, poderá parecer estranho que o pedido consista na suspensão do ato quando a ação por omissão tem por base a adoção de um ato devido. No entanto, um pedido no âmbito do 279º do TFUE pode ser formulado.

²²² TJUE C-68/95, *T. Port GmbH & Co. KG / Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung* [1996] in <http://curia.europa.eu/>.

²²³ Acórdão do Tribunal de 26 de novembro de 1996, proc. C-68/95, parág. 59.

²²⁴ Vide ponto relativo à repartição de competência entre TG e TJUE no âmbito da ação de anulação.

Vejamos *Kortas* [1999]²²⁵ onde, no contexto de um processo penal instaurado pelo Ministério Público sueco contra Antoine Kortas²²⁶, o Landskrona tingsrätt (Suécia) remeteu ao Tribunal questões prejudiciais sobre a interpretação do artigo 100.º-A, n.º 4, do Tratado CE [atual 114º TFUE], bem como da Directiva 94/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho²²⁷. Em causa esteve igualmente a omissão da Comissão do dever avaliação de notificações que indicam disposições nacionais possivelmente em conflito com a harmonização presente no artigo 114º do TFUE²²⁸.

Em *Kortas* [1999], o Tribunal deixou claro que um pedido de medidas provisórias pode ter lugar junto de uma ação por omissão:

*«Se o Estado-Membro entende que a Comissão viola as suas obrigações, pode, em conformidade com as disposições do Tratado, em especial as do artigo 175.º do Tratado CE [atual 265º TFUE] recorrer ao Tribunal de Justiça para que declare esta violação e, sendo caso disso, requerer em processo de medidas provisórias a adopção das medidas provisórias necessárias.»*²²⁹ [Sublinhado nosso]

Assim atentemos ainda, *inter alia*²³⁰, a *Bayer CropScience e o./Comissão* [2005]²³¹ em que foi formulado um pedido de medidas provisórias no sentido de serem ordenadas determinadas medidas relativas à avaliação do endossulfão (inseticida agrícola) com vista à sua eventual inclusão no anexo I da Directiva 91/414/CEE do Conselho²³² ou

²²⁵ TJUE C-319/97, processo-crime contra Antoine Kortas [1999] in <http://curia.europa.eu/>.

²²⁶ Acórdão do Tribunal de 1 de junho de 1999, proc. C-319/97, parág. 3-4: «A. Kortas é acusado de ter vendido no seu estabelecimento, até 15 de Setembro de 1995, produtos de confeitaria que tinha importado da Alemanha e que continham um corante denominado E 124 ou «vermelho de cochonilha». Nos termos do artigo 6.º da livsmedelslag (lei sueca relativa aos géneros alimentícios), só podem ser utilizados os aditivos autorizados para o produto alimentar respectivo. (...) O corante E 124 é, no entanto, um dos corantes cuja utilização nos produtos de confeitaria é autorizada pela directiva.»

²²⁷ Directiva 94/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de junho de 1994, relativa aos corantes para utilização nos géneros alimentícios (JO L 237 de 10/09/1994, p. 13-29).

²²⁸ Acórdão do Tribunal de 1 de junho de 1999, proc. C-319/97, parág. 35: « (...) a aplicação do sistema de notificação previsto no referido artigo 100.º-A, n.º 4, exige uma cooperação leal entre a Comissão e os Estados- -Membros. No que concerne a estes últimos, incumbe-lhes (...) notificar o mais rapidamente possível as disposições nacionais incompatíveis com uma medida de harmonização que pretendem continuar a aplicar. Por seu turno, a Comissão deve mostrar a mesma diligência e examinar tão rapidamente quanto possível as disposições nacionais que lhe foram apresentadas. Parece evidente que não foi manifestamente esse o caso na apreciação da notificação referida no processo principal.»

²²⁹ Acórdão do Tribunal de 1 de junho de 1999, proc. C-319/97, parág. 37.

²³⁰ Vide e.g. TG T-61/10, *Fernando Marcelino Victoria Sánchez / Parlamento Europeu e Comissão Europeia* [2010]; TJUE C-257/90, *Italsolar SpA / Comissão das Comunidades Europeias* [1993]; TJUE C-25/85, *Nuovo Campsider / Comissão das Comunidades Europeias* [1986] in <http://curia.europa.eu/>.

²³¹ TG T-34/05, *Bayer CropScience e o./Comissão* [2005] in <http://curia.europa.eu/>.

²³² Directiva 91/414/CEE do Conselho de 15 de julho de 1991, relativa à colocação dos produtos fitofarmacêuticos no mercado (JO L 230 de 19/08/1991, p. 1-32).

Lormines/Comissão [2004]²³³ que tem por base um pedido de medidas provisórias no sentido de se ordenar à Comissão que dê seguimento às denúncias que a requerente lhe comunicou.

Em ambos os exemplos acima referidos, em causa esteve uma omissão da Comissão e, nesse sentido, coube às partes apresentar um pedido de medidas provisórias requerendo uma ação devida ao abrigo do artigo 279º do TFUE.

Nos termos do 160º do Regulamento de Processo do Tribunal e 156º do Regulamento do Tribunal Geral uma parte principal num processo pendente pode formular um pedido especificando o objeto do litígio, as razões da urgência e a aparência do direito (*fumus boni iuris*).

3.3.3 Ação fundada em Responsabilidade

A responsabilidade da UE, presente nos artigos 268º e 340º do TFUE, pode ser contratual ou extracontratual. Enquanto a responsabilidade contratual dependerá das normas aplicáveis ao contrato em causa²³⁴; por outro lado, a responsabilidade extracontratual pretende a indemnização, pela União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício de funções, de acordo com os princípios gerais de direito²³⁵.

Nos termos do artigo 47º do TUE a UE tem personalidade jurídica e, assim, pode celebrar contratos de direito público e privado, estando a sua responsabilidade subordinada ao incumprimento do contrato em causa.

No que toca à responsabilidade extracontratual da UE, esta segue a fórmula apresentada pela jurisprudência do Tribunal em *Schöppenstedt/Conselho* [1971]²³⁶:

«(...) só haverá responsabilidade da Comunidade pelo prejuízo causado aos particulares em consequência de tal acto, (...) se existir violação suficientemente

²³³ TG T-107/01, *Société des mines de Sacilor - Lormines / Comissão das Comunidades Europeias* [2004] in <http://curia.europa.eu/>.

²³⁴ Vide LENAERTS *et al.* (2014), p. 484: «(...) with respect to the contractual liability of the Union, it is only in the presence of an ‘arbitration clause’ within the meaning of Art. 272 TFEU that the Union judicature has jurisdiction, and thus, in the absence of such a clause, it cannot on the basis of Art. 268 TFEU adjudicate on the basis of what is in reality an action for contractual damages, since to do so would extend its jurisdiction beyond the limits of Art. 274 TFEU, which specifically gives national courts general jurisdiction over disputes to which the Union is a party.»

²³⁵ Para maior esclarecimento atentemos em JÓNATAS MACHADO (2010), p. 450-451: «A responsabilidade extracontratual da UE decorre dos princípios gerais comuns aos Estados-membros. (...) A análise comparativa é levada a cabo pelo TJUE através de uma metódica de valoração e ponderação que recolhe as sugestões principais e dogmáticas nacionais (...) partindo daí para a determinação de um padrão de responsabilidade para a UE.»

²³⁶ TJUE C-5/71, *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt / Conselho das Comunidades Europeias* [1971] in <http://curia.europa.eu/>.

caracterizada de uma norma superior de direito que proteja os particulares^{237 238}»

[Sublinhado nosso]

A “*violação suficientemente caracterizada*” é avaliada casuísticamente e visa restringir a responsabilidade da União por atos das suas instituições, órgãos e organismos apenas às situações que, sendo erradas e culposas, constituem uma violação séria do direito da UE²³⁹.

Neste contexto, o Tribunal reforçou em *Bergaderm/Comissão* [2000]²⁴⁰:

«*O regime construído pelo Tribunal de Justiça ao abrigo desta disposição, tem designadamente em consideração a complexidade das situações a regular, as dificuldades de aplicação ou de interpretação dos textos e, de uma forma mais especial, a margem de apreciação de que dispõe o autor do acto impugnado (...)*» [Sublinhado nosso]

De forma a constituir uma conduta geradora de responsabilidade, a atuação das instituições da UE deve ser dotada de eficácia externa (produz dano na esfera de terceiro) e causar um dano real, certo e concreto com claro nexos de causalidade (entre o dano e a conduta da instituição)²⁴¹.

Este nexos baseia-se numa “*causalidade adequada*”, ou seja, nas palavras de JÓNATAS MACHADO (2010), «*(...) é importante que a conduta seja adequada à produção do dano. A adequação causal não se verifica quando o dano é uma consequência improvável da conduta ilegal.*»²⁴²

Nos termos do 340º do TFUE, a União pode incorrer em responsabilidade por atos causados pelas suas instituições²⁴³ e pelos seus agentes. As instituições capazes de fazer a

²³⁷ Vide JÓNATAS MACHADO (2010), p. 453: «*As normas superiores de referência paramétrica, incluem as normas hierarquicamente superiores, de direito primário e secundário, bem como os princípios gerais de direito comunitário. As normas de direitos fundamentais ocupam, naturalmente, uma posição de relevo dentro delas.*»

²³⁸ Acórdão do Tribunal de 2 de dezembro de 1971, proc. C-5/71, parág. 11.

²³⁹ Neste sentido JÓNATAS MACHADO (2010), p. 452.

²⁴⁰ TJUE C-352/98P, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA e Jean-Jacques Goupil / Comissão das Comunidades Europeias* [2000] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁴¹ Vide C-26/74, *Sociedade Roquette frères / Comissão das Comunidades Europeias* [1976]; TJUE C-5/71, *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt / Conselho das Comunidades Europeias* [1971]; TJUE C-104/89, *J.M. Mulder e outros / Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias* [2004] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁴² Continua JÓNATAS MACHADO (2010), p. 457: «*A ilegalidade da conduta tem de ser a causa próxima ou directa do dano, não bastando que seja a causa remota a causa remota, ou indirecta. Isso significa que, para haver nexos de causalidade, a cadeia de causalidade não pode ser interrompida.*»

²⁴³ De notar que, nos termos do artigo 47º do TUE, a União tem personalidade jurídica. O mesmo não se pode dizer das instituições da União, sendo, por isso, o ato atribuído à própria União. Apenas alguns órgãos e

União incorrer em responsabilidade são as presentes no artigo 13º do TUE: o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu, o Conselho, a Comissão, o Tribunal de Justiça da União, o Banco Central Europeu e o Tribunal de Contas.

A responsabilidade da União por atos dos seus agentes, de acordo com a jurisprudência do Tribunal²⁴⁴, depende da realização desses atos enquanto uma “*extensão necessária*” das funções do agente de determinada instituição. No mesmo sentido, apenas os atos levado a cabo em “*circunstâncias excepcionais*” podem ser tidos como desencadeadores de responsabilidade da União. Vejamos *Sayag e o./ Leduc e o.* [1969]²⁴⁵:

« (...) *the Community is only liable for those acts of its servants which, by virtue of an internal and direct relationship, are the necessary extension of the tasks entrusted to the institutions. (...) Only in the case of force majeure or in exceptional circumstances of such overriding importance that without the servant's using private means of transport the Community would have been unable to carry out the tasks entrusted to it, could such use be considered to form part of the servant's performance of his duties (...)*²⁴⁶ » [Sublinhado nosso]

No âmbito de uma ação fundada em responsabilidade a legitimidade processual ativa para interpor uma ação pertence a qualquer pessoa singular ou coletiva que alegue prejuízo causado por atos das instituições ou dos agentes da União. Neste sentido a jurisprudência do Tribunal em *CMC/Comissão* [1985]²⁴⁷:

«*Any person who claims to have been injured by such acts or conduct must therefore have the possibility of bringing an action, if he is able to establish liability, that is, the existence of damage caused by an illegal act or by illegal conduct on the part of the Community.*²⁴⁸ » [Sublinhado nosso]

De modo para que uma pessoa singular ou coletiva possa interpor uma ação de responsabilidade é necessário que demonstre que tem um interesse ou um direito a compensação e o prejuízo alegado deve dizer respeito aos seus próprios bens²⁴⁹.

organismos têm personalidade jurídica, como é o caso, por exemplo, do Banco Europeu de Investimentos (art. 308º TFUE).

²⁴⁴ Vide e.g. TG T-124/04, *Jamal Ouariachi / Comissão das Comunidades Europeias* [2005]; TG T-259/03, *Kalliopi Nikolaou / Comissão das Comunidades Europeias* [2007] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁴⁵ TJUE C-9/69, *Claude Sayag e SA Zurich /Jean-Pierre Leduc, Denise Thonnon e SA La Concorde* [1969] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁴⁶ Acórdão do Tribunal de 10 de julho de 1969, proc. 9/69, parág. 7-11.

²⁴⁷ TJUE C-118/83, *CMC Cooperativa muratori e cementisti/Comissão das Comunidades Europeias* [1985] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁴⁸ Acórdão do Tribunal (Quarta Secção) de 10 de julho de 1985, proc. C-118/83, parág. 31.

²⁴⁹ Vide e.g. TG T-149/96, *Coldiretti / Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeia* [1998]; TG T-219/08, *Işçi Partisi/Comissão* [2008] in <http://curia.europa.eu/>.

Também os Estados membros parecem ter legitimidade processual ativa para interpor uma ação fundada em responsabilidade, pelo menos, tal não é excluído dos artigos 268º e 340º do TFUE²⁵⁰.

No que diz respeito ao tribunal competente para saber de uma ação fundada em responsabilidade, o artigo 268º do TFUE atribuiu-a de forma exclusiva ao Tribunal de Justiça, ou seja, por dano causado pelas instituições ou agentes da União em exercício de funções, a ação não tem assento junto do Tribunal Geral.

Por conseguinte, vejamos as regras processuais quanto à propositura da ação. A mesma segue o artigo 46º do Estatuto do Tribunal, que dispõe que ações de responsabilidade extracontratual da União prescrevem no prazo de 5 anos a contar da ocorrência do facto que lhes deu origem²⁵¹.

No âmbito da responsabilidade pela violação do direito da União, os artigos 260º e 340º do TFUE são omissos relativamente à responsabilidade dos Estados membros pela lesão de direitos dos particulares²⁵². Assim, cabe-nos breve referência à mesma pela jurisprudência do Tribunal através dos célebres casos *Francovich* [1991]²⁵³ e *Brasserie du Pêcheur* [1996]²⁵⁴.

Em *Francovich* [1991] o reenvio prejudicial das Preturas di Vicenza e Bassano del Grappa (Itália) procurava a resposta a três questões prejudiciais relacionadas com o efeito direto das Diretivas e com a responsabilidade do Estado Italiano pela não implementação da Diretiva em tempo útil²⁵⁵.

²⁵⁰ Neste sentido LENAERTS *et al.* (2014), p. 495: «Art. 268 TFEU and the second paragraph of Art. 340 TFEU do not preclude Member States from bringing an action for damages. To date, no Member State has done so, and hence there is no case-law concerning the conditions that such an action has to satisfy.»

²⁵¹ Dispõe ainda o artigo 46º do Estatuto do Tribunal de Justiça: «A prescrição interrompe-se, quer pela apresentação do pedido no Tribunal de Justiça, quer através de pedido prévio que o lesado pode dirigir à instituição competente da União (...).»

²⁵² Explicando as razões da responsabilidade do Estado vide MARIA JOSÉ MESQUITA (2015), p. 158: «Primeiro, porque o princípio da aplicação descentralizada do Direito da União implica a possibilidade de a responsabilidade por danos decorrentes da aplicação do Direito da União ser imputada diretamente ao Estado, e não à União enquanto tal. Segundo, porque a construção jurisprudencial do princípio, aplicado aos Estados membros e aplicado à União, se tem pautado por um tendencial alinhamento quanto aos requisitos ou pressupostos de que depende a obrigação de indemnizar – quer se trate de facto imputável à União, quer se trate de facto imputável aos Estados membros, pelo que se desenha um regime comum, ‘em espelho’, à semelhança do que sucede em relação ao alinhamento dos requisitos de que depende a concessão de providências cautelares – quer pelos tribunais da União, quer pelos tribunais dos Estados membros (...).»

²⁵³ TJUE processos apensos C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francovich e Danila Bonifaci e outros / República Italiana* [1991] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁵⁴ TJUE processos apensos C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA /Bundesrepublik Deutschland e The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e outros* [1996] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁵⁵ Em causa a Diretiva 80/987/CEE do Conselho, de 20 de Outubro de 1980, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador (JO L 283 de 28/10/1980, p. 23-27).

O Tribunal, quanto ao princípio da responsabilidade do Estado, concluiu que o mesmo é «(...) *inerente ao sistema do Tratado (...)*²⁵⁶» e que a eficácia das normas comunitárias seria posta em causa se aos particulares não fosse dada a possibilidade de obter reparação por lesões dos seus direitos imputáveis ao Estado²⁵⁷.

No que diz respeito às condições da responsabilidade estadual, o Tribunal institui o direito a reparação baseada em 3 condições:

« *A primeira dessas condições é que o resultado prescrito pela directiva implique a atribuição de direitos a favor dos particulares*²⁵⁸. *A segunda condição é que o conteúdo desses direitos possa ser identificado com base nas disposições da directiva. Finalmente, a terceira condição é a existência de um nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas.*²⁵⁹» [Sublinhado nosso]

Enquanto *Francovich* [1991] introduziu as condições de responsabilidade do Estado, a sua aplicação concreta foi fixada e aprofundada no acórdão *Brasserie du Pêcheur* [1996].

A sociedade francesa *Brasserie du pêcheur*, com sede em Schiltigheim (Alsácia), foi obrigada, em finais de 1981, a interromper as suas exportações de cerveja para a Alemanha, pois as autoridades alemãs competentes consideraram que a cerveja que fabricava não estava em conformidade com a lei da pureza, consagrada na *Biersteuergesetz* (lei do imposto sobre a cerveja), de 14 de março de 1952.

As questões colocadas em reenvio prejudicial relacionavam-se com o dever de indemnizar do Estado membro em sede de reparação de danos em determinados bens jurídicos individuais²⁶⁰.

Em *Brasserie du Pêcheur* [1996], o Tribunal considerou que a responsabilidade dos Estados por violação do direito da União ocorre apenas nos casos em que o mesmo não dispõe de margem de discricionariedade na aplicação do direito europeu:

«(...) *o legislador nacional, como aliás as instituições comunitárias, não dispõe, de forma sistemática, de um amplo poder de apreciação quando actua num domínio regulado*

²⁵⁶ Acórdão do Tribunal de 19 de novembro de 1991, proc. C-6/90 e C-9/90, parág. 35.

²⁵⁷ Acórdão do Tribunal de 19 de novembro de 1991, proc. C-6/90 e C-9/90, parág. 33.

²⁵⁸ Na descrição de condutas suscetíveis de dano imputável ao Estado *vide* JÓNATAS MACHADO (2010), p. 466-467: «*Dentro da administração compreende-se (...) a administração directa e indirecta do Estado, a autónoma e a independente. São igualmente imputáveis ao Estado as condutas que decorram da sua participação em empresas públicas ou privadas (...). Por analogia com o que sucede na responsabilidade da União (...) também aqui se fala da violação suficientemente caracterizada do direito da UE (...) pressupõe a ultrapassagem dos limites da discricionariedade que o direito da UE concede ao Estado.*»

²⁵⁹ Acórdão do Tribunal de 19 de novembro de 1991, proc. C-6/90 e C-9/90, parág. 40.

²⁶⁰ Acórdão do Tribunal de 5 de março de 1996, proc. C-46/93 e C-48/93, parág. 8.

pelo direito comunitário²⁶¹. *Este pode impor-lhe obrigações de resultado ou obrigações de comportamento ou de abstenção que reduzem, por vezes consideravelmente, a sua margem de apreciação*²⁶².» [Sublinhado nosso]

Neste sentido, prossegue o Tribunal com a referência ao reconhecimento de um direito à reparação consoante o preenchimento de 3 condições:

- a) que a norma de direito violada tenha por objeto conferir direitos aos particulares;
- b) que a violação seja suficientemente caracterizada e,
- c) que exista um nexo de causalidade direto entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas²⁶³.

O Tribunal prestou especial atenção à segunda condição determinando que existe uma violação suficientemente caracterizada quando ocorre uma «(...) violação manifesta e grave, tanto por um Estado-Membro como por uma instituição comunitária, dos limites que se impõem ao seu poder de apreciação.²⁶⁴»

Assim, coube ao Tribunal o aprofundar a conceção de violação de forma a aclarar os elementos a ter em conta na consideração da responsabilidade dos Estados pelo órgão jurisdicional competente:

« (...) o grau de clareza e de precisão da regra violada, o âmbito da margem de apreciação que a regra violada deixa às autoridades nacionais ou comunitárias, o carácter intencional ou involuntário do incumprimento verificado ou do prejuízo causado, o carácter desculpável ou não de um eventual erro de direito, o facto de as atitudes adoptadas por uma instituição comunitária terem podido contribuir para a omissão, a adopção ou a manutenção de medidas ou práticas nacionais contrárias ao direito comunitário.»

De *Francovich* [1991] e *Brasserie du Pêcheur* [1996] o Tribunal retirou que a responsabilidade do Estado por violação do direito da União é válida para qualquer violação independentemente da entidade do Estado cuja ação ou omissão originou o dano imputável²⁶⁵.

²⁶¹ Nesse sentido prossegue o acórdão do Tribunal de 5 de março de 1996, proc. C-46/93 e C-48/93, parág. 47: « (...) quando um Estado-Membro actua num domínio em que dispõe de um amplo poder de apreciação, comparável ao de que dispõem as instituições comunitárias para a implementação das políticas comunitárias, as condições em que pode ser responsabilizado devem, em princípio, ser iguais às de que depende a responsabilidade da Comunidade numa situação comparável. » [Sublinhado nosso]

²⁶² Acórdão do Tribunal de 5 de março de 1996, proc. C-46/93 e C-48/93, parág. 46.

²⁶³ Acórdão do Tribunal de 5 de março de 1996, proc. C-46/93 e C-48/93, parág. 51.

²⁶⁴ Acórdão do Tribunal de 5 de março de 1996, proc. C-46/93 e C-48/93, parág. 55.

²⁶⁵ Neste sentido prossegue o acórdão do Tribunal de 5 de março de 1996, proc. C-46/93 e C-48/93, parág. 34: « (...) na ordem jurídica internacional, o Estado, cuja responsabilidade está em causa em virtude da violação de

A responsabilidade dos Estados membros é efetivada junto dos tribunais nacionais, a partir dos quais qualquer pessoa, cidadão nacional ou não, pode interpor uma ação contra o Estado que viola o direito da União. Cabe aos tribunais nacionais a avaliação da conformidade dos atos legislativos, regulamentares e administrativos nacionais com o direito da União.

A competência dos tribunais nacionais e a designação das entidades responsáveis são determinados pelos Estados membros, tal como decorre da sua autonomia processual²⁶⁶, sendo a apreciação da responsabilidade considerada em função do princípio da equivalência e da efetividade. Estes serão abordados no contexto do ponto 4. relativo aos tribunais nacionais.

Seguimos a explicação de JÓNATAS MACHADO (2010):

«(...) os tribunais nacionais devem aplicar o direito nacional, especialmente pertinente em sede de identificação da entidade responsável, da determinação dos meios processuais, da determinação do modo de indemnização e da fixação do respectivo montante, prescrição, comportamento do lesado, direito do regresso, etc.»²⁶⁷

Em alguns casos, apesar da efetivação da responsabilidade do Estado ser da competência dos tribunais nacionais, pode o TJUE intervir, nomeadamente nas situações em que há uma clara violação do direito da União suscetível de originar uma ação de incumprimento. Aqui o Tribunal terá em conta a atuação do tribunal nacional e a forma como foram apreciados os pressupostos da responsabilidade²⁶⁸.

3.3.3.1 Tutela cautelar

No que respeita à concessão de medidas provisórias, LENAERTS *et al.* (2014) mostram que a formulação de um pedido cautelar, no âmbito do artigo 278º do TFUE e o 160º do Regulamento de Processo do Tribunal, numa ação fundada em responsabilidade pode ficar àquem do necessário no que diz respeito à admissibilidade²⁶⁹.

um compromisso internacional, é igualmente considerado na sua unidade, independentemente da violação que está na origem do prejuízo ser imputável ao poder legislativo, judicial ou executivo.»

²⁶⁶ Vide TJUE C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG / Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976]; TJUE C-45/76, *Comet BV / Produktshaft voor Siergewassen* [1976]; TJUE C-224/01, *Gerhard Köbler / Republik Österreich* [2003] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁶⁷ Vide JÓNATAS MACHADO (2010), p. 465.

²⁶⁸ Neste sentido CRAIG & DE BÚRCA (2015), p. 420.

²⁶⁹ Vide LENAERTS *et al.* (2014), p. 570.

Vimos já a importância da relação entre a ação principal e o pedido de medidas provisórias e, deste modo, se percebe que a ação fundada em responsabilidade, por não ser um recurso de anulação, poderá não satisfazer o requisito de o pedido ser apenas admissível se o requerente tiver impugnado, previamente, o ato perante o Tribunal.

O despacho *Comos Tank e o./Comissão* [1990]²⁷⁰, sem o afirmar claramente, permite que se infira a possibilidade de se formular um pedido de medidas provisórias no âmbito do 278º do TFUE²⁷¹, contudo, «(...) *parece-nos inadequado solicitar a suspensão de um acto que está na origem de um dano que já ocorreu.*²⁷²»

No que concerne ao artigo 279º do TFUE, atentemos em *Noko Ngele/Comissão* [2011]²⁷³, onde o Tribunal esclarece que o pedido de medidas provisórias só é admissível se houver conexão suficiente entre a medida solicitada e a ação geradora de responsabilidade da União:

*«(...) la demande visant l'octroi d'une telle mesure n'est recevable que lorsqu'il existe un lien suffisamment étroit entre la mesure provisoire sollicitée et l'objet du recours principal, de sorte que le juge des référés ne saurait adopter une mesure provisoire qui se situerait hors du cadre de la décision finale susceptible d'être prise par le Tribunal sur le recours principal (...)»*²⁷⁴ [Sublinhado nosso]

A determinação da conexão suficiente exigida entre a medida provisória e a ação de responsabilidade faz parte da discricionariedade do juiz cautelar, sendo apreciada por ele casuísticamente.

3.3.4 Ação por Incumprimento

A ação por incumprimento, enquanto garante do princípio do primado e salvaguarda da legalidade, permite à Comissão ou aos Estados membros o recurso ao Tribunal quando

²⁷⁰ TJUE processos apensos C-51/90 e C-59/90, *Comos-Tank BV, Matex Nederland BV e Mobil Oil BV / Comissão das Comunidades Europeias* [1990] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁷¹ Leia-se a conclusão presente no Despacho do Presidente do Tribunal de 23 de maio de 1990, proc. C-51/90 e C-59/90, parág. 33: «(...) não há igualmente que decidir se um pedido destinado a obter a suspensão da execução de um acto é admissível quando apresentado por uma parte que apenas tenha proposto uma acção de indemnização pelos prejuízos que afirma sofrer com a aplicação do acto em causa, nem conhecer da eventual competência do Tribunal para ordenar às autoridades nacionais, como medida provisória, a aplicação de um regulamento comunitário sobre uma determinada matéria, questões que, aliás, as partes não suscitaram.»

²⁷² Vide MARIANA DE SOUSA E ALVIM (2008), p. 75.

²⁷³ TG T-15/10, *Mariyus Noko Ngele/Comissão Europeia e outros* [2011] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁷⁴ Despacho do Presidente do Tribunal Geral de 8 de setembro de 2010, proc. T-15/10, parág. 10.

considerarem que um Estado membro não cumpriu algumas das obrigações que lhe são impostas pelos Tratados. Este meio processual está previsto nos artigos 258º a 260º do TFUE.

Através deste meio processual, os Estados membros ficam sujeitos a um processo judicial junto do TJUE, do qual podem resultar sanções pecuniárias compulsórias a pagar pelo Estado em incumprimento de qualquer das obrigações impostas pelos Tratados²⁷⁵.

LENAERTS *et al.* (2014) apresenta a ação por incumprimento com dois objetivos: por um lado, permite o reforço da execução e aplicação das normas do direito da União pelo Estado membro incumpridor; por outro, é uma forma de determinar a natureza exata das obrigações do Estado membro quando há incerteza na interpretação do direito da União²⁷⁶.

Dizer que um Estado membro está em incumprimento de «(...) obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados (...)» significa que não cumpre as normas de direito da União a que está vinculado, com exceção de normas relativas à PESC²⁷⁷. O Estado membro pode ainda ser alvo de uma ação de incumprimento por não respeitar princípios gerais de direito, incluindo direitos fundamentais²⁷⁸ e ainda acordos mistos²⁷⁹ no âmbito do artigo 216º do TFUE²⁸⁰.

Assim, podem constituir incumprimento a falta de transposição de uma Diretiva²⁸¹, uma prática administrativa levada a cabo de forma consistente pelas autoridades nacionais em transgressão ao direito da União²⁸², o desrespeito por um acordo internacional²⁸³ ou até o

²⁷⁵ Vide JÓNATAS MACHADO (2010), p. 506: «Trata-se (...) de um processo manifestamente intrusivo ou invasivo, interferindo restritivamente em aspectos fundamentais da soberania nacional. No entanto, ele decorre inequivocamente dos Tratados, aos quais os Estados aceitaram vincular-se, sendo uma peça essencial para a prossecução dos respectivos objectivos e mesmo para a protecção dos próprios Estados-membros relativamente ao incumprimento das obrigações comunitárias por parte dos seus pares.»

²⁷⁶ Vide LENAERTS *et al.* (2014), p. 160.

²⁷⁷ A PESC (Política Externa e de Segurança Comum) encontra-se fora da competência do TJUE com exceção da observância do artigo 40º do TUE e dos recursos interpostos nas condições do artigo 263º quarto parágrafo. Neste sentido vide artigos 24º número 1 do TUE e 275º do TFUE.

²⁷⁸ Vide e.g. TJUE C-441/02, *Comissão das Comunidades Europeias /República Federal da Alemanha* [2006] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁷⁹ Vide e.g. TJUE C-13/00, *Comissão das Comunidades Europeias /Irlanda* [2002]; TJUE C-465/01, *Comissão das Comunidades Europeias / República da Áustria* [2004] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁸⁰ Artigo 216º no âmbito da Parte V (A ação externa da União), Título V (Os acordos internacionais), do TFUE: «A União pode celebrar acordos com um ou mais países terceiros ou organizações internacionais (...) Os acordos celebrados pela União vinculam as instituições da União e os Estados membros.»

²⁸¹ Vide e.g. TJUE C-336/97, *Comissão das Comunidades Europeias/República Italiana* [1999]; TJUE C-296/01, *Comissão das Comunidades Europeias/República Francesa* [2003]; TJUE C-432/03, *Comissão das Comunidades Europeias/República Portuguesa* [2005] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁸² Vide e.g. TJUE C-494/01, *Comissão das Comunidades Europeias/Irlanda* [2005]; TJUE C-156/04, *Comissão das Comunidades Europeias /República Helénica* [2007] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁸³ Vide e.g. TJUE C-266/03, *Comissão das Comunidades Europeias /Grão-Ducado do Luxemburgo* [2005]; TJUE C-249/06, *Comissão das Comunidades Europeias/Reino da Suécia* [2009] in <http://curia.europa.eu/>.

desconsiderar de uma regra imposta a um Estado membro por decisão de um órgão jurisdicional²⁸⁴.

A legitimidade processual ativa numa ação por incumprimento cabe à Comissão e aos Estados membros²⁸⁵. Nada é referido nos Tratados acerca de atribuição de legitimidade ativa aos particulares apesar destes terem algum destaque na apresentação de queixas geradoras de ações por incumprimento.

Nos termos do 258º do TFUE, quando a Comissão considerar que um Estado membro está em incumprimento das suas obrigações, permite-lhe a oportunidade de apresentar observações, dentro de um prazo por ela estabelecido e formula um parecer fundamentado. Se o Estado membro não proceder em conformidade com o parecer, a Comissão pode, se assim entender, recorrer ao TJUE.

Os poderes da Comissão decorrem da sua missão de velar pelo interesse da União e pela aplicação dos Tratados, sob a fiscalização do TJUE e tal como previsto no artigo 17º do TUE, sem necessidade de demonstrar um interesse específico para interpor uma ação²⁸⁶.

A Comissão tem um poder discricionário na definição das queixas que deve ou não prosseguir, podendo rejeitar as queixas provenientes de Estados membros ou de particulares, sem estar em causa uma infração que origine uma ação de anulação ou uma ação por incumprimento²⁸⁷.

O artigo 259º do TFUE apresenta-nos outro ator processual com legitimidade ativa para desencadear uma ação por incumprimento: os Estados membros.

Qualquer Estado pode interpor uma ação por incumprimento contra outro Estado, submetendo primeiro a questão à apreciação da Comissão. Por sua vez, esta formula um parecer fundamentado e, mesmo que o não faça no prazo de 3 meses a partir do pedido, pode o Estado membro recorrer ao TJUE.

²⁸⁴ Vide e.g. TJUE C-129/00, *Comissão das Comunidades Europeias/República Italiana* [2003]; TJUE, C-154/08, *Comissão das Comunidades Europeias/Reino de Espanha* [2009] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁸⁵ Atenção deve ser prestada ao artigo 271º alínea a) do TFUE, do qual decorre que, quando em causa obrigações relativas ao BCE, os poderes da Comissão atribuídos pelo artigo 258º passam para o Conselho de Administração do mesmo.

²⁸⁶ Vide LENAERTS *et al.* (2014), p. 179: «*The Commission exercises its supervisory task of its own motion in the general interest of the Union and does not have to show the existence of a specific interest in bringing proceedings. It assesses itself whether it is appropriate to bring proceedings under Art. 258 TFEU and has therefore no obligation to do so in the event of an alleged infringement of the Treaties.*»

²⁸⁷ Apoiamo-nos em LENAERTS *et al.* (2014), p. 182, para concluir que ao rejeitar uma queixa a Comissão não adota nenhum ato vinculativo, daí não ser alvo de uma ação de anulação; nem tem a obrigação de prosseguir com todas as queixas a ela apresentadas, não estando, desta forma, a infringir nenhuma norma geradora de uma ação por incumprimento.

Apesar de os Tratados darem aos Estados membros a possibilidade de interpor ações uns contra os outros, poucas são as ocasiões que se traduzem em acórdãos do Tribunal²⁸⁸. Ora, a União preconiza a cooperação e o espírito de confiança entre os Estados membros, de tal forma que se tornaria estranho ver os Estados a acusarem-se mutuamente em caso de incumprimento de obrigações, criando um ambiente de suspeita e receio entre os mesmos. Os Estados parecem preferir que a tarefa recaia sobre a Comissão.

No que toca à legitimidade de particulares, não tendo assento no 258º do TFUE, podem, em alternativa, iniciar um processo junto de um órgão jurisdicional nacional que, por sua vez, pode remeter ao TJUE através de reenvio prejudicial dentro dos limites do 267º do TFUE. Aos particulares cabe ainda a possibilidade de apresentar uma queixa junto da Comissão, de acordo com a *Comunicação da Comissão sobre a gestão das relações com o autor da denúncia em matéria de aplicação do direito da União*²⁸⁹.

A competência para averiguar da responsabilidade de um Estado membro por incumprimento das suas obrigações cabe, ao abrigo do 260º do TFUE, ao Tribunal de Justiça de modo exclusivo.

Caso o Estado membro não cumpra a decisão do Tribunal que o obriga a tomar as medidas necessárias ao cumprimento da obrigação, a Comissão, após atribuir-lhe a possibilidade de apresentar as suas observações, indica o montante da sanção pecuniária compulsória a pagar pelo Estado membro. Se o incumprimento persistir, o Tribunal condena o Estado ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva, constituindo fundamento para a formulação de um ação de responsabilidade nos termos do 340º do TFUE.

3.3.4.1 Tutela cautelar

Junto de uma ação por incumprimento pode seguir em apenso um pedido de medidas provisórias para a suspensão da execução, nos termos do 278º do TFUE, em situações em que uma norma nacional é decretada no Estado membro em incumprimento das suas obrigações.

²⁸⁸ Vide e.g. TJUE C-141/78, *República Francesa/Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte* [1979]; TJUE C-388/95, *Reino da Bélgica/Reino de Espanha* [2000]; TJUE C-145/04, *Reino de Espanha/Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte* [2006] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁸⁹ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a gestão das relações com o autor da denúncia em matéria de aplicação do direito da União, COM/2012/154 final de 2.4.2012 (que substitui a COM/2002/141 final de 20.3.2002).

A título de exemplo²⁹⁰, vejamos *Comissão/Áustria* [2003]²⁹¹ onde a Comissão pediu ao Tribunal que declarasse que a República da Áustria não cumpriu as obrigações que lhe incumbem e requiere, a título cautelar, a suspensão do regulamento nacional que dispõe medidas transgressoras do direito da União:

« (...) a Comissão apresentou, nos termos dos artigos 242.º CE e 243.º CE [atuais 278º e 279º TFUE], um pedido de medidas provisórias destinado a obrigar a República da Áustria a tomar as medidas necessárias para suspender a aplicação da proibição de circular instaurada pelo regulamento controvertido até que o Tribunal de Justiça decida da acção no processo principal²⁹².»

No que toca à concessão de uma medida provisória no âmbito do 279º do TFUE, nos casos em que o incumprimento é submetido ao Tribunal, parece-nos certo que a parte com legitimidade, a Comissão, interponha um pedido de medidas provisórias de forma a precipitar o cumprimento da obrigação incumprida.

Assim, consideramos a aplicação do 279º do TFUE num processo de incumprimento, *inter alia*²⁹³, em *Comissão/Malta* [2009]²⁹⁴, onde a Comissão requereu ao Tribunal, no contexto de uma ação de incumprimento contra a República de Malta, que esta última se abstivesse de implementar quaisquer medidas em derrogação da Diretiva do Conselho por cumprir.

3.3.5 Reenvio Prejudicial

O sistema jurisdicional da União, por ser descentralizado, assenta na colaboração e respeito mútuo entre os diversos órgãos jurisdicionais. Foi deixado ao juiz nacional o papel de aplicar o direito da União e, em caso de dúvida interpretativa ou de validade, procurar junto do Tribunal o devido esclarecimento da questão pendente perante si.

²⁹⁰ Vide e.g. TJUE C-293/85R, *Comissão das Comunidades Europeias/Reino da Bélgica* [1985]; TJUE C-573/08R, *Comissão Europeia/República Italiana* [2009] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁹¹ TJUE C-320/03R, *Comissão das Comunidades Europeias/República da Áustria* [2003] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁹² Despacho do Presidente do Tribunal de 30 de julho de 2003, proc. C-320/03, parág. 2

²⁹³ Vide e.g. TJUE C-61/77, *Comissão das Comunidades Europeias/Irlanda* [1978]; TJUE C-320/03, *Comissão das Comunidades Europeias / República da Áustria* [2005]; TJUE C-503/06, *Comissão das Comunidades Europeias / República Italiana* [2008] in <http://curia.europa.eu/>.

²⁹⁴ TJUE C-76/08, *Comissão das Comunidades Europeias / República de Malta* [2009] in <http://curia.europa.eu/>.

O reenvio prejudicial, enquanto meio contencioso da União, representa a base do diálogo entre os tribunais nacionais e o Tribunal²⁹⁵, sendo o mecanismo de excelência na cooperação judiciária que permite a coerência na interpretação e aplicação do direito da União²⁹⁶.

Através do artigo 267º do TFUE, um órgão jurisdicional nacional, deparado com uma questão relativa à interpretação dos Tratados ou sobre a validade e interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da UE, pode, ou em certos casos deve, pedir que o Tribunal se pronuncie²⁹⁷.

Cabem inicialmente considerações sobre o objeto do reenvio prejudicial, distinguindo-se este entre um reenvio de interpretação e um reenvio de validade.

O objeto com base na interpretação inclui o direito primário e secundário da União e permite o esclarecimento das normas que compõem o exercício da União, isto é, nas palavras de JÓNATAS MACHADO (2010), «(...) *clarifica o parâmetro de controlo à luz do qual irá ser aferida a legalidade da actuação da UE e dos Estados-membros.*»²⁹⁸

Ainda o objeto do reenvio pode ser relativo à validade de uma norma da União²⁹⁹, ou seja, o Tribunal aprecia a conformidade de um ato da União adotado pelas suas instituições, órgãos e organismos com os respetivos critérios de validade³⁰⁰. Juntamente com os artigos 263º e 277º do TFUE, a União parece ter alcançado um sistema de meios que permitem ao Tribunal o controlo completo da validade de atos das suas instituições, órgãos e organismos no seio do seu ordenamento jurídico.

O reenvio comporta uma natureza restritivamente jurisdicional. O acesso ao Tribunal e a iniciativa processual no âmbito de um reenvio concerne apenas aos órgãos jurisdicionais

²⁹⁵ Vide BROBERG&FENGER (2014), p. 4: «*The preliminary ruling procedure (...) was inspired by various references systems in the founding Member States. Of particular significance were the procedures in Italian and German law where certain matters are referred to the Constitutional Court (...) at the inception of the European Communities there was no other system of cooperation between an international court and national courts which could serve as inspiration.*»

²⁹⁶ Vejamos as palavras de BROBERG&FENGER (2014), p. 1: «*In this situation the Court of Justice does not function as a court of appeal which rules on the outcome of the main proceedings (...) the preliminary reference procedure is therefore an expression of an interplay and allocation of tasks between national courts and the Court of Justice.*»

²⁹⁷ Vide MARIA JOSÉ MESQUITA (2015), p. 124: «*O processo das questões prejudiciais postula, assim, duas contraposições fundamentais: quanto ao seu objeto, entre questões prejudiciais de interpretação e questões prejudiciais de apreciação de validade do Direito da União Europeia; quanto à vinculação dos tribunais nacionais à sua suscitação, entre questões prejudiciais obrigatórias e questões prejudiciais facultativas.*»

²⁹⁸ Vide JÓNATAS MACHADO (2010), p. 576.

²⁹⁹ Seguimos a explicação de BROBERG&FENGER (2014), p. 136: «*The reason why Article 267 has given national courts the possibility of referring questions on validity is that secondary EU acts are not only applied by the institutions of the Union, but are in fact primarily administered by the authorities of the Member States.*»

³⁰⁰ Vide MARIA JOSÉ MESQUITA (2015), p. 125.

nacionais e não aos particulares³⁰¹. Às partes num litígio cabe apenas suscitar uma questão de interpretação ou validade do direito da União junto dos tribunais nacionais que, por sua vez, podem, ou não, remeter a questão ao Tribunal.

O primeiro critério de apreciação do Tribunal no contexto de uma questão prejudicial diz respeito à sua admissibilidade, ou, em especial, à admissibilidade do órgão de reenvio. O artigo 267º do TFUE dispõe que a questão prejudicial deva ser suscitada por um “*órgão jurisdicional de um dos Estados membros*”³⁰². A jurisprudência do Tribunal³⁰³, por exemplo no acórdão *Jokela* [1998]³⁰⁴, define o conceito através de um conjunto particular de elementos caracterizadores do mesmo:

«(...) a origem legal do órgão, a sua permanência, o carácter obrigatório da sua jurisdição, a natureza contraditória do processo, a aplicação pelo órgão das normas de direito, bem como a sua independência (...)»³⁰⁵

Deste modo, a Doutrina³⁰⁶ estabelece o conceito de “*órgão jurisdicional*” no âmbito de uma questão prejudicial enquanto o órgão independente, com carácter de permanência e estabelecido por lei, com competência para, no contexto de um processo *inter partes*, tomar decisões vinculativas³⁰⁷.

³⁰¹ Tal como se denota do artigo 267º do TFUE.

³⁰² Vide BROBERG&FENGER (2014), p. 61: «*The decision of whether a given body constitutes a ‘court or tribunal’ entitled to make a reference must be made on the basis of a uniform and independent definition under EU law. In other words, the definition does not refer to national law. This means, on the other hand, that is not only bodies which are designated as courts or tribunals in national law that can make a reference for a preliminary ruling. On the other hand, the mere fact that a body is designated as a court or tribunal in the national legal system does not in itself mean that this body is entitled to refer a question to the Court of Justice for a preliminary ruling.*»

³⁰³ Vide TJUE C-61/65, *Viúva G. Vaassen-Göbbels / Direcção do Beambtenfonds voor het Mijbedrijf* [1965]; TJUE C-54/96, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft/Bundesbaugesellschaft Berlin* [1997]; TJUE processos apensos C-9/97 e C-118/97, *Raija-Liisa Jokela e Laura Pitkäranta* [1998] in <http://curia.europa.eu/>.

³⁰⁴ TJUE processos apensos C-9/97 e C-118/97, *Raija-Liisa Jokela e Laura Pitkäranta* [1998] in <http://curia.europa.eu/>.

³⁰⁵ Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 22 de outubro de 1998, proc. apensos C-9/97 e C-118/97, parág. 18.

³⁰⁶ Vide LENAERTS *et al.* (2014), p. 53: «*A ‘court or tribunal’ under Art. 267 TFEU is a body which is established by law, permanent and independent; and charged with the settlement of disputes defined in general terms which is bound by rules governing inter partes proceedings similar to those used by the ordinary courts of law, insofar as it acts as the ‘proper judicial body’ for the disputes in question, which means that parties must be required to apply to the court or tribunal for the settlement of their dispute and its determination must be binding, and is bound to apply rules of law.*»; Vide JÓNATAS MACHADO (2010), p. 578: «*(...) considera-se órgão jurisdicional qualquer órgão independente, estabelecido por lei ou com base na lei, dotado de permanência e competência obrigatória para, num processo de partes, aplicar normas jurídicas através de decisões vinculativas, exprimindo prerrogativas de soberania.*»

³⁰⁷ Neste sentido, JÓNATAS MACHADO (2010), p. 578, identifica 2 tipos de candidatos ao conceito de órgão jurisdicional de reenvio: «*Como candidatos positivos podemos assinalar (...) para além dos tribunais comuns e dos tribunais constitucionais, os órgãos jurisdicionais de ordens profissionais, os tribunais arbitrais de constituição legal, os tribunais de contas no quadro da função jurisdicional, entidades administrativas com poderes jurisdicionais e as entidades reguladoras independentes com poderes jurisdicionais sancionatórios. (...) Na categoria dos candidatos negativos encontramos as autoridades administrativas, os órgãos consultivos,*

No recurso a este meio contencioso, o órgão jurisdicional surge dotado de competência que se reparte em facultativa ou obrigatória, ou seja, em princípio depende da discricionariedade do juiz nacional, mas, por vezes o reenvio é obrigatório.

De acordo com o segundo parágrafo do artigo 267º do TFUE, confrontado com uma dúvida de interpretação ou validade do direito da União, o órgão jurisdicional que não decida em última instância, tem um poder discricionário para determinar se coloca ou não a questão ao Tribunal.

O primeiro problema que se coloca aqui é o de saber quando é que se considera que uma decisão sobre a questão de direito da União é necessária ao julgamento da causa³⁰⁸. Neste sentido, deve o juiz realizar uma avaliação do mérito e deve determinar se a dúvida de interpretação é de carácter tão imperativo que o fará aplicar erroneamente o direito da União no caso concreto³⁰⁹.

Procurou-se ainda determinar se o juiz nacional poderia promover oficiosamente o reenvio em face do processo ou se deveria aguardar o impulso processual das partes. O Tribunal respondeu através do acórdão *Rheinmülen I* [1994]³¹⁰ que o 267º impõe ao juiz nacional a obrigação sempre que este, quer oficiosamente quer por impulso das partes, entender que o processo levanta dúvidas de interpretação do direito da União³¹¹.

O artigo 267º terceira parte dispõe o recurso ao reenvio prejudicial como obrigatório quando as decisões do órgão jurisdicional nacional «(...) não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno».

Cabe saber quais são os sujeitos a que se refere o artigo. Duas interpretações do 267º são postas em evidência: por um lado, há quem entenda que o artigo se refere às decisões dos órgãos jurisdicionais supremos de cada Estado membro; por outro, há aqueles que o interpretam no sentido de que o artigo se refere a situações em que no caso concreto não há possibilidade de impugnação, mesmo que o órgão jurisdicional não seja um tribunal hierarquicamente superior na ordem jurídica nacional.

a procuradoria pública, a arbitragem voluntária, as instituições, órgãos e organismos da UE, os tribunais de Estados terceiros e os tribunais internacionais.» [Sublinhado nosso]

³⁰⁸ Vide BROBERG&FENGER (2014), p.156: «(...) the answer of the Court of Justice to the question referred must be relevant to the decision in the main proceedings, whereas it is not the task of the Court to rule on hypothetical questions.»

³⁰⁹ Conclui MANUEL BAPTISTA (2000), p. 101: «(...) il rinvio di una domanda pregiudiziale si giustifica solo se la si ritiene pertinente, cioè la pertinenza è la conditio sine qua non del rinvio, ma non sufficiente in caso di rinvio facoltativo (...) vale a dire che una questione di interpretazione o di validità formulata dalle parti può essere riconosciuta pertinente dal giudice, che però rinuncia a sottoporla perchè non ritiene necessaria la sua soluzione da parte della Corte di Giustizia.»

³¹⁰ TJUE C-166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1974] in <http://curia.europa.eu/>.

³¹¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de janeiro de 1974, proc. C-166/73, parág. 4-5.

Parece-nos ser mais acertado seguir a segunda consideração, ou seja, aquela que aponta os sujeitos como sendo também os órgãos jurisdicionais cujas decisões são irrecorríveis dentro do ordenamento jurídico nacional e que a Doutrina chama de “*teoria do litígio concreto*”³¹².

Não nos parece apropriado reservar a proteção dos direitos dos particulares para os Tribunais Supremos ou Constitucionais nacionais, uma vez que, de forma a garantir o respeito pelo princípio da tutela jurisdicional efetiva, deve o particular ter a possibilidade de ver os seus direitos protegidos mesmo que o tribunal nacional que dirime o litígio e de cujas decisões não há recurso no direito interno não seja o colocado em posição hierárquica superior.

Para os autores que defendem esta segunda forma de interpretação, vemos que se baseiam nos argumentos de que o artigo não dispõe expressamente que o órgão jurisdicional em questão deva ser o colocado no topo da pirâmide jurisdicional e que a razão de insuscetibilidade de recurso pode ter por base uma questão de administração da justiça que nada tem a ver com a hierarquia judicial³¹³.

Desta forma se infere que o artigo 267º do TFUE não é estanque e o Tribunal reconheceu um conjunto de situações em que há desvios à regulamentação do reenvio prejudicial.

Apontamos o acórdão *Foto-Frost* [1987]³¹⁴ no qual o Tribunal decidiu no sentido de que um tribunal nacional que não julge em última instância, se considerar que existe uma dúvida sobre a validade de um ato da União, poder colocar ao Tribunal uma questão prejudicial³¹⁵.

O Tribunal foi ainda interpelado com questões relativas à dispensa do recurso ao reenvio prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais, que em princípio estariam em

³¹² Tomamos as palavras de MARIA JOSÉ MESQUITA (2015), p. 125: «*Releva, assim, para a distinção entre questão prejudicial facultativa e questão prejudicial obrigatória, a teoria do litígio concreto, na medida em que a existência, ou não, de recurso ordinário se afere em razão da última instância de decisão do caso concreto – e não a teoria orgânica e a posição do tribunal em causa na hierarquia prevista pelo Direito interno, segundo a qual só haveria obrigatoriedade de colocação de uma questão prejudicial pelos tribunais que se encontrem no topo da hierarquia orgânica (...)*»

³¹³ Vejamos como explica MANUEL BAPTISTA (2000), p. 112: «*In primo luogo perché la norma comunitaria non dice espressamente che dev'essere un organo investito del compito di uniformare la giurisprudenza, ossia collocato al culmine della gerarchia. È sufficiente l'impossibilità di impugnare. In secondo luogo poiché l'impossibilità di impugnare può esser dettata da ragioni di politica amministrativa dell'amministrazione della giustizia che nulla hanno a che vedere con la gerarchia della magistratura, bensì con la ripartizione della funzione giudiziaria nel suo complesso.*»

³¹⁴ TJUE C-314/87, *Foto-Frost / Hauptzollamt Lübeck-Ost* [1987] in <http://curia.europa.eu/>.

³¹⁵ Acórdão do Tribunal de 22 de outubro de 1987, proc. C-314/85, parág. 12-15.

situação de obrigatoriedade, no caso *CILFIT* [1982]³¹⁶. Aqui o Tribunal permitiu a dispensa de reenvio em 3 casos: a) se a questão colocada tenha já sido decidida pelo Tribunal num caso materialmente idêntico; b) se existe já jurisprudência do Tribunal sobre a questão de direito; c) se o direito comunitário se apresenta de tal forma claro que não deixe espaço para dúvida razoável de aplicação.

Esta dispensa tem em conta o precedente, ou seja, se a norma da União foi já alvo de interpretação por reenvio, presume-se que a decisão do Tribunal dissipou as dúvidas que surgiram e as que poderão surgir depois.

Vemos aqui também uma forma de o Tribunal assumir uma posição de autoridade quanto às suas decisões. As decisões prejudiciais do Tribunal apresentam uma força obrigatória, de natureza vinculativa desde o dia em que são proferidas. Desta forma não se questiona a sujeição do juiz nacional às decisões do mesmo, devendo este julgar o processo em causa de acordo com a decisão dada ao reenvio materialmente idêntico ao colocado mais tarde pelo órgão jurisdicional nacional.

Assim, a intervenção do Tribunal será ainda dispensada sempre que o sentido da norma do direito da União seja de tal forma claro, que tenha como consequência que nenhuma dúvida que possa surgir ao juiz nacional seja obstáculo à sua correta aplicação do direito da União ao caso concreto³¹⁷. Esta é a chamada “*Doutrina do Ato Claro*”^{318/319}.

Vejamos as palavras do Tribunal, neste contexto, no acórdão *CILFIT* [1982]:

«(...) o juiz (...) não está obrigado a colocar questão prejudicial (...) se a correta aplicação do direito for tão óbvia que não deixa margem para qualquer dúvida interpretativa razoável quanto à forma como a questão deve ser resolvida.³²⁰» [Sublinhado nosso]

Alguma parte da Doutrina rejeita o “*Ato Claro*”³²¹, argumentando que gera subjetividade na definição do conceito, o que leva à divergência jurisprudencial e prejudica a

³¹⁶ TJUE C-283/81, *CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA /Ministero della Sanità* [1982] in <http://curia.europa.eu/>.

³¹⁷ Escreve FRANCISCO COUTINHO (2013), p. 205: «*Se a interpretação da norma da União for óbvia, a apresentação de uma questão prejudicial será supérflua e mesmo contraproducente: não só envolverá custos e dilações inúteis para os litigantes, como também contribuirá para a saturação do TJ com um número excessivo de pedidos prejudiciais (...)*»

³¹⁸ A dispensa baseia-se na “*Doutrina do Ato Claro*”, referida pela primeira vez pelo Advogado Geral LAGRANGE perante o Tribunal no caso *Da Costa* (TJUE C-28/62, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV e Hoechst-Holland NV / Administração Fiscal neerlandesa* [1963] in <http://curia.europa.eu/>).

³¹⁹ Aponta FRANCISCO COUTINHO (2013), p. 199: «*(...) a doutrina do acto claro teve origem no direito francês. De acordo com o entendimento tradicional do princípio da separação de poderes, os tribunais franceses devem colocar uma questão prejudicial ao Ministério dos Negócios Estrangeiros sempre que tiverem uma dúvida sobre a interpretação ou a validade de um tratado internacional.*»

³²⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 1982, proc. C-283/81, parág. 16-17.

uniformidade do direito da União³²². A determinação da clareza deve ser considerada parte integrante da atividade interpretativa do Tribunal.

No que toca ao efeito temporal dos reenvios prejudiciais, estes apresentam efeito *ex tunc*³²³; já no que respeita aos limites materiais, a jurisprudência do Tribunal definiu que as questões decididas em reenvio vinculam não apenas o órgão jurisdicional nacional que as colocou mas os que possam vir a ser confrontados com uma questão idêntica³²⁴.

3.3.5.1 Tutela cautelar

Evidentemente, uma vez que o tribunal nacional aguarda a decisão do Tribunal por ser necessária ao julgamento da causa no litígio dirimido no Estado membro, o pedido cautelar surge no âmbito da legislação nacional e não junto do Tribunal³²⁵. Exemplos paradigmáticos de decisões em sede de reenvio prejudicial no contexto da aplicação do direito da União pelos tribunais nacionais serão tidos em conta mais à frente³²⁶.

A obrigação de reenvio prejudicial nos termos do 267º, terceiro parágrafo, é ainda dispensada em casos cuja resolução para proteção dos direitos concedidos pelo direito da UE deva ser obtida num curto espaço de tempo, como é o caso de processos que envolvam medidas cautelares.

³²¹ FRANCISCO COUTINHO (2013), p. 201, refere como dissidentes do “*Ato Claro*”, a título de exemplo, MANFRED DAUSES, INÊS QUADROS e MARIA LUISA DUARTE.

³²² Escreve INÊS QUADROS (2006), p. 52: « (...) a clareza do acto não é uma verdadeira dispensa ao dever de reenvio, uma vez que só é descortinável depois de efectuada a interpretação da norma. (...) ou nunca chega a nascer uma obrigação de reenvio que possa ser dispensada, porque a clareza da norma se impôs ab initio quando o julgador se colocou perante a norma, ou, se depois desse momento existe uma dúvida efectiva, existe a obrigação, que não pode ser dispensada, e a clareza será conferida pela própria interpretação levada a cabo pelo TJ.»

³²³ Quanto ao efeito temporal *ex tunc*, vide MARIA JOSÉ MESQUITA (2015), p. 130: «(...) sem prejuízo da competência reconhecida ao TJUE e exclusiva deste de limitação dos efeitos temporais dos acórdãos, de interpretação e de apreciação de validade, designadamente em nome do princípio da segurança jurídica e da estabilidade económica.»

³²⁴ Vide TJUE C-29/68, *Milch-, Fett- und Eierkontor GmbH / Hauptzollamt Saarbrücken* [1969] in <http://curia.europa.eu/>.

³²⁵ Seguimos BROBERG&FENGER (2014), p. 336: «(...) a preliminary reference does not entail that the main proceedings are transferred from the referring court to the Court of Justice. Rather, the case remains pending before the national court. Hence, the Court of Justice has no jurisdiction to entertain an application for interim relief in a preliminary reference case, and it is therefore exclusively for the referring court to grant interim relief in order to ensure the legal protection which derive from EU law.»

³²⁶ A título de exemplo: TJUE C-213/89, *The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd* [1991]; TJUE processos apensos C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG/Hauptzollamt Itzehoe e Zuckerfabrik Soest GmbH/Hauptzollamt Paderborn* [1991] ou TJUE C-465/93, *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft mbH e outros/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* [1995] in <http://curia.europa.eu/>.

O incidente de reenvio é um procedimento que não é dotado de celeridade e, por isso, cabe ao juiz nacional a apreciação sobre se a remissão do processo ao Tribunal pelo instituto do reenvio permitirá a satisfação das exigências da tutela jurisdicional efetiva. Nestes casos o órgão jurisdicional de última instância é integrado no âmbito de aplicação do 267º segunda parte, sendo facultativo o reenvio³²⁷.

Neste contexto, em que a dúvida interpretativa ou de validade possa surgir sobre um processo cautelar de âmbito nacional, o Tribunal, em *Hoffman-La Roche/Centrafarm* [1977]³²⁸, afirmou que a obrigatoriedade de reenvio prejudicial pode ser dispensada com a apreciação da questão no processo principal:

*«(...) um órgão jurisdicional nacional não é obrigado a submeter ao Tribunal uma questão de interpretação ou de validade (...) quando a questão é suscitada num procedimento cautelar («*einstweilige Verfügung*»), ainda que a decisão a tomar no âmbito deste processo já não possa ser objecto de um recurso, na condição de que seja possível a cada uma das partes propor ou exigir a propositura de uma acção principal, no decurso da qual a questão provisoriamente resolvida no processo de natureza sumária possa ser reapreciada e ser objecto de um reenvio nos termos do artigo 177 [atual 267º do TFUE].³²⁹» [Sublinhado nosso]*

Atenção deve ainda ser prestada às situações em que o Tribunal mantém o dever do órgão jurisdicional nacional solicitar ao mesmo uma questão relativa à interpretação ou validade do direito da União, quer quando a questão não possa ser objeto da ação declarativa, quer nas situações em que a questão diz apenas respeito ao processo cautelar³³⁰.

3.4 Os poderes da Comissão

Ao abrigo do artigo 105º do TFUE, dentro das atribuições da Comissão encontra-se a tarefa de velar pela execução das regras aplicáveis às empresas, presentes nos artigos 101º e 102º do Tratado. Estes dizem respeito a princípios que se enquadram nas regras comuns relativas à concorrência.

³²⁷ Neste sentido FRANCISCO COUTINHO (2013), p. 192.

³²⁸ TJUE C-107/76, *Hoffmann-La Roche AG / Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse* [1977] in <http://curia.europa.eu/>.

³²⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de maio de 1977, proc. C-107/76, parág. 6.

³³⁰ Tal sucede com o acórdão TJUE C-213/89, *R (Factortame Ltd) / Secretary of State for Transport* [1990] onde o Tribunal decidiu que «(...) quando o órgão jurisdicional nacional ao qual foi submetido um litígio que se prende com o direito comunitário considere que o único obstáculo que se opõe a que ele conceda medidas provisórias é uma norma do direito nacional, deve afastar a aplicação dessa norma .»

O artigo 101º consagra a proibição de acordos entre empresas e práticas concertadas suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados membros e que tenham por objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. O 102º proíbe a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado interno ou em parte substancial deste.

De forma a conformar a execução das normas relativas à concorrência, o Regulamento nº17 do Conselho, de 6 de fevereiro de 1962³³¹, foi o primeiro a desenvolver uma política comunitária neste contexto. No entanto, omissa foi a possibilidade de a Comissão ordenar medidas provisórias.

Em *Camera Care/Comissão* [1980]^{332/333} o Tribunal determinou que a Comissão detém o poder de ordenar medidas provisórias quando as práticas de uma empresa ou associação de empresas em concorrência ponham em perigo os interesses dos Estados membros, de outras empresas ou das regras de concorrência da União³³⁴.

Na adoção de medidas provisórias a Comissão segue o Regulamento nº1/2003 do Conselho³³⁵, que atualmente dispõe a execução das regras de concorrência dos artigos 101º e 102º do TFUE. Assim, em caso de urgência resultante do risco de um prejuízo grave e irreparável a Comissão pode, oficiosamente, ordenar medidas provisórias³³⁶.

Por razões de segurança jurídica e uniformidade de aplicação do direito da União, para a concessão de medidas provisórias a Comissão segue os mesmos critérios do Tribunal de Justiça. Atentemos neste contexto a *TEMPLE LANG* (1981)³³⁷:

*«The Commission will act on the principles adopted by the Court. It is clearly necessary for the two Community institutions to act on the same principles, in particular as the Court made it clear that the parties must be able to challenge Commission decisions on interim measures and to ask the Court, where appropriate, to suspend the Commission's decision or itself to order interim measures.»*³³⁸

³³¹ Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85º e 86º do Tratado [atuais 101º e 102º do TFUE] (JO 13 de 21/2/1962, p. 204/62).

³³² TJUE C-792/79, *Camera Care Ltd / Comissão das Comunidades Europeias* [1980] in <http://curia.europa.eu/>.

³³³ Dispõe o artigo 3º do Regulamento nº17 do Conselho: « *Where the Commission, upon application or upon its own initiative, finds that there is infringement of Article 85 or Article 86 of the Treaty* [atuais 101º e 102º do TFUE], *it may by decision require the undertakings ... concerned to bring such an infringement to an end.*»

³³⁴ Despacho do Tribunal de Justiça de 17 de janeiro de 1980, proc. C-792/79, parág. 14: « *It is obvious that in certain circumstances there may be a need to adopt interim protective measures when the practice of certain undertakings in competition matters has the effect of injuring the interests of some Member States, causing damage to other undertakings, or of unacceptably jeopardizing the Community's competition policy.*»

³³⁵ Regulamento n.º 1/2003 do Conselho de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO L 1 de 4/1/2003).

³³⁶ Vide artigo nº8 do Regulamento nº1/2003 do Conselho.

³³⁷ *TEMPLE LANG* (1981) in CML Rev. 18, p. 49-61.

³³⁸ *TEMPLE LANG* (1981) in CML Rev. 18, p. 49.

A Comissão pode usar os seus poderes por iniciativa própria, a pedido das autoridades nacionais ou das empresas em concorrência, desde que possam demonstrar interesse suficiente³³⁹.

A ordem de medidas provisórias reveste a forma de decisão da Comissão, aplicável por um período de tempo determinado e renovável³⁴⁰. Em caso das empresas ou associações de empresas não respeitarem, deliberadamente ou por negligência, uma decisão de medidas provisórias, a Comissão pode aplicar coimas ou sanções pecuniárias compulsórias³⁴¹.

³³⁹ Neste sentido, CRAIG&DE BÚRCA (2015), p. 1072.

³⁴⁰ *Vide* artigo nº8 número 2 do Regulamento nº1/2003 do Conselho.

³⁴¹ *Vide* artigos 23º e 24º do Regulamento nº1/2003 do Conselho.

4 OS TRIBUNAIS NACIONAIS, O TJUE E A TUTELA CAUTELAR

4.1 A cooperação com o TJUE

A UE tem por base a cooperação entre as suas instituições, órgãos e organismos com os ordenamentos jurídicos dos diferentes Estados membros, sendo disso reflexo o facto de o processo de integração europeia ter apresentado como um dos seus pilares a colaboração entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça na aplicação do direito da União.

Reiterando, o sistema jurisdicional da União, sendo descentralizado, assenta na colaboração e respeito mútuo entre os diversos órgãos jurisdicionais. Ao juiz nacional cabe o papel de aplicar o direito da União e procurar junto do TJUE o devido esclarecimento em caso de dúvida interpretativa ou de validade.

Devemos agora colocar a questão de saber qual a motivação dos tribunais nacionais ao cooperarem com o TJUE. De entre um conjunto de opiniões doutrinárias destacam-se algumas explicações que passaremos a enunciar, brevemente, de acordo com a exposição de FRANCISCO COUTINHO (2013)³⁴²:

- 1) A explicação normativa: constitui o paradigma central para analisar o processo de integração. O direito e a interpretação jurídica são os alicerces da função jurisdicional e a jurisprudência do TJUE projetou-se sobre os juízes nacionais como um “dever ser” que os compeliu a incorporá-la nas ordens jurídicas nacionais e que lhes permitiu criar as bases necessárias para «*gerar obediência nas suas próprias ordens jurídicas*»³⁴³.
- 2) A explicação neo-realista: introduz-se o interesse político e económico dos Governos como determinante para o acolhimento pelos juízes nacionais da jurisprudência do TJUE, sendo que «*(...) as decisões judiciais estão condicionadas por um enquadramento político pré-determinado que baliza a latitude da sua discricionariedade (...)*»³⁴⁴.

³⁴² Vide FRANCISCO COUTINHO (2013), p. 37-61.

³⁴³ Prossegue FRANCISCO COUTINHO (2013), p. 39: «*(...) o acatar das decisões do tribunal do Luxemburgo pelos juízes nacionais terá resultado do natural convencimento da bondade dos argumentos jurídicos sufragados por aquele na sua missão hermenêutica de revelação do direito da União. (...) Esta visão do processo de integração pressupõe que a jurisprudência do TJ foi desenhada para assegurar a aplicação uniforme do direito da União, pelo que a sua observância pelos tribunais nacionais não poderá deixar de ser a regra.*»

³⁴⁴ Consolida FRANCISCO COUTINHO (2013), p. 46: «*O seu acolhimento esteve ligado à percepção das vantagens associadas à pertença à UE e directamente relacionada com a posição dos governos nacionais, que gradualmente assumiram uma postura pró-integração.*»

- 3) A explicação histórico-institucional: é histórica porque assenta num conjunto de episódios sucessivos que levaram a uma evolução por fases e é institucional porque assenta na atuação de instituições. A integração europeia terá por base um «(...) *cálculo utilitarista dos juízes nacionais, justificado pelo interesse em obter maior influência e independência nas respectivas ordens jurídicas.*³⁴⁵»

Independentemente das razões que levaram os juízes nacionais a incorporar a jurisprudência do TJUE, bastar-nos-á apenas apontar a importância dessa incorporação para o desenvolvimento do direito da União, de que é claro exemplo o instituto do reenvio prejudicial, dentro das ordens jurídicas dos Estados membros. A relação entre os tribunais nacionais e o TJUE revela-se como um diálogo entre órgãos jurisdicionais que se tornou a base da integração europeia e permitiu legitimação do direito da União.

4.2 A autonomia processual dos Estados Membros

Na ausência de um sistema uniforme de regras processuais próprias do direito da União Europeia, cabe o recurso às normas processuais de direito interno dos Estados membros como garantia da efetividade do direito comunitário.

O sistema de direito da União Europeia assenta sobre dois pressupostos que, ao mesmo tempo, se complementam e se opoem. Por um lado, é determinante que o direito substantivo da União seja uniforme em todos os Estados membros e assim prevaleça sobre o direito interno dos mesmos. Por outro, pertence aos Estados a execução e interpretação do direito da UE, muitas vezes fazendo uso de autonomia processual.

O Tribunal desenvolveu o princípio da autonomia processual dos Estados membros como forma de assegurar a eficaz aplicação do direito da União Europeia, apresentando o acesso dos indivíduos aos tribunais nacionais como mecanismo de satisfação dos direitos decorrentes do ordenamento jurídico europeu.

O artigo 4º do TUE número 3, sob a égide do princípio da cooperação leal entre os Estados membros, determina que cabe a estes tomar « (...) *todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União.*»

³⁴⁵ Explica FRANCISCO COUTINHO (2013), p. 55: «(...) *esta explicação introduz como factor principal a circunstância de o TJ ser uma instituição situada fora da orla nacional, que tanto pode ser utilizado por actores internos como supranacionais para contestar normas nacionais e europeia.*»

No mesmo sentido o artigo 19º do TUE especifica que devem ser os Estados membros a estabelecer « (...) *as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União.*»

Estas disposições parecem impor aos Estados membros a necessidade de garantir um sistema judicial preparado e idóneo, composto por regras processuais capazes de assegurar a efetiva proteção judicial dos direitos dos particulares.

No âmbito do direito processual da União, este concerne as normas presentes nos Tratados, o Estatuto e os Regulamentos de Processo³⁴⁶ e a jurisprudência dos 3 tribunais que compõem o sistema judicial da União³⁴⁷. Todas as restantes normas processuais relevantes surgem nos ordenamentos jurídicos dos Estados membros da UE.

Apesar de não resultar de forma explícita nos Tratados, a autonomia processual dos Estados membros surge na ordem jurídica da UE através da jurisprudência do seu Tribunal nos célebres acórdãos *Rewe* [1976]³⁴⁸ e *Comet* [1976]³⁴⁹.

Os casos acima referidos, a título prejudicial, levantaram a questão de saber se, em caso de incompatibilidade entre o direito comunitário e uma decisão de um órgão nacional, pode um cidadão impugnar essa decisão mesmo que, perante a legislação nacional, ela deixe de ser impugnável pelo esgotamento do prazo.

Neste contexto foram importantes as conclusões do Advogado Geral Warner³⁵⁰, esclarecendo que « (...) *cabe à legislação nacional de cada Estado membro determinar a natureza e o alcance dos meios disponíveis perante os órgãos jurisdicionais nacionais*», de modo a permitir que os direitos concedidos pelo direito da União sejam exercidos.

O Tribunal, pronunciando-se sobre as questões apresentadas em *Rewe* [1976] e *Comet* [1976], introduz a autonomia processual dos Estados na ordem jurídica da União:

«(...) na falta de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a garantir a protecção dos direitos

³⁴⁶ R. BARENTS (2014) in CML Rev. 51, p. 1440: «For a long time, the Rules of Procedure were only marginally touched upon in the CJ's case law. Identification and recognition of principles of procedural law mainly took place in passing, without clear refereneses to higher or unwritten rules. It was not until the 1980s that for the first time in the case law some timid references to the right of a fair trial started to appear.»

³⁴⁷ Falamos do Tribunal de Justiça, do Tribunal Geral e do Tribunal da Função Pública.

³⁴⁸ TJUE C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976] in <http://curia.europa.eu/>.

³⁴⁹ TJUE C-45/76, *Comet BV c. Produktshafst voor Siergewassen* [1976] in <http://curia.europa.eu/>.

³⁵⁰ Conclusões do Advogado Geral JEAN-PIERRE WARNER, apresentadas em 30 de novembro de 1976 relativamente aos processos C-33/76, *Rewe* e C-45/76, *Comet*, in <http://curia.europa.eu/>.

*que decorrem, para os cidadãos, do efeito directo do direito comunitário (...)*³⁵¹. [Sublinhado nosso]

Desta forma se infere que os Estados membros são dotados de discricionariedade processual na aplicação do direito da União, ou seja, devem recorrer ao seu próprio direito processual de forma a que o direito da UE seja dotado de efetividade.

No entanto, a aplicação descentralizada do direito da União comporta o risco de falta de uniformidade ou homogeneidade das normas processuais, em muito devido às diferentes tradições jurídicas dos ordenamentos nacionais, afetando a efetiva aplicação do direito da União e pondo em perigo o primado do mesmo³⁵².

Tendo em mente a falta de legislação comum europeia, ainda em *Rewe* e *Comet*, o Tribunal assumiu maior responsabilidade na proteção dos direitos concedidos pela União e apresentou duas precondições, restritivas do princípio da autonomia processual dos Estados, com o objetivo de estabelecer um nível mínimo de proteção. Falamos do princípio da equivalência e do princípio da efetividade³⁵³.

4.2.1 Equivalência

Ao impor o princípio da equivalência³⁵⁴ o Tribunal pretende que quando um Estado membro determine as modalidades processuais destinadas à proteção dos direitos dos

³⁵¹ Acórdão do Tribunal de 16 de dezembro de 1976, proc. C-33/76, parág. 5 alínea 3 e acórdão do Tribunal de 16 de dezembro de 1976, proc. C-45/76, parág. 13.

³⁵² Descrevendo a necessidade de criar uma legislação comum de nível comunitário e as sugestões apresentadas pelo TJUE nesse sentido, ARNULL (1999), p. 151 a 153: «*It is too much to expect that different States from different legal traditions will all take the same approach on questions such as causation, remoteness, interim relief, limitation, the measures of damages. It follows that the rights conferred on individual by Community law may be protected more effectively in some Member States than in others. In principle, this problem could be resolved by the adoption of legislation of Community level (...) However, notwithstanding the Court's repeated exhortations, it remains the case that there is no Community legislation dealing in general with the protection of Community rights in the national courts.*»

³⁵³ Neste contexto ALESSANDRA SILVEIRA (2012) in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, p. 15: «*(...) à autonomia institucional e processual dos Estados Membros corresponde uma obrigação de resultado: aquela da aplicação uniforme/homogénea do direito da União Europeia, que aos órgãos jurisdicionais cumpre assegurar, através do teste da equivalência e da efectividade.*»

³⁵⁴ Também mencionado na doutrina como princípio da não discriminação, vide LENAERTS *et al.* (2014), p. 118: «*Above all, there is the requirement for 'procedural equal treatment' of claims based on Union law and those based on national law, for example as regards the effects of the expiry of a time limit for bringing proceedings or of an error in drawing up the document originating the proceedings. In addition, it must be possible for every type of action provided for by national law to be available for the purpose of ensuring observance of Union provisions having direct effect.*»

indivíduos, apresente modalidades que «(...) obviamente, não podem ser menos favoráveis do que as modalidades relativas a acções análogas de natureza interna.³⁵⁵»

Este limite à autonomia processual, assente na pretensão de similitude entre os procedimentos relativos à proteção de direitos concedidos pela ordem jurídica europeia e a garantia dos direitos concedidos pelo direito nacional, colocou o Tribunal perante a questão de saber como se determina a semelhança ou a natureza análoga das modalidades processuais.

Vejamos neste contexto a posição do Tribunal, *inter alia*³⁵⁶, no acórdão *Levez* [1998]³⁵⁷, deixando ao órgão jurisdicional nacional, por ser aquele que tem o conhecimento das suas próprias normas processuais, a análise da similitude necessária:

«O respeito do princípio da equivalência pressupõe que a norma em litígio se aplique indiferentemente às acções baseadas em violação do direito comunitário e às baseadas em violação do direito interno com um objecto e uma causa semelhantes (...) Para verificar se o princípio da equivalência é respeitado no presente caso, o órgão jurisdicional nacional, que é o único a ter um conhecimento directo das modalidades processuais dos recursos no domínio do direito do trabalho, deve examinar tanto o objecto como os elementos essenciais dos recursos alegadamente similares de natureza interna (...)³⁵⁸» [Sublinhado nosso]

Em algumas situações o Tribunal pode realizar a sua comparação entre a ação trazida ao Tribunal por violação de uma norma comunitária e uma ação por violação do direito interno de um Estado membro. Tal pode ser visto, por exemplo, no acórdão *Transporte Urbanos y Servicios Generales* [2010]³⁵⁹ relativo a um reenvio prejudicial com base numa ação fundada em responsabilidade contra o Estado por violação do direito da UE.

No acórdão referido o Tribunal procurou determinar a semelhança entre a alegada violação de direito da União com uma hipotética violação do direito nacional, em especial da

³⁵⁵ Acórdão *Rewe* [1976] parág. 5 alínea 3 e acórdão *Comet* [1976] parág. 13.

³⁵⁶ A título de exemplo, TJUE C-430/93, *Van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* [1995]; TJUE C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica/Ministero delle Finanze* [1998]; TJUE C-261/95, *Palmisani/INPS* [1997] in <http://curia.europa.eu/>.

³⁵⁷ TJUE C-326/96, *Levez/Jennings Ltd* [1998] in <http://curia.europa.eu/>.

³⁵⁸ Acórdão do Tribunal de 1 de dezembro de 1998, proc. C-326/96, parág. 41-43. Relevante ainda o parág. 44 do acórdão referido: «Além disso, sempre que se suscite a questão de saber se uma disposição processual nacional é menos favorável que as relativas aos recursos similares de natureza interna deve ser analisado pelo órgão jurisdicional nacional tendo em conta o lugar dessa disposição no conjunto do processo, o seu decurso e as suas particularidades perante as diversas instâncias nacionais (...).»

³⁵⁹ TJUE C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales* [2010] in <http://curia.europa.eu/>.

Constituição Espanhola³⁶⁰, concluindo pela semelhança das duas ações com base no princípio da equivalência³⁶¹:

«(...) no contexto particular que deu origem ao processo principal (...) a única diferença que existe entre as duas ações mencionadas (...) consiste na circunstância de as violações do direito nas quais essas ações se baseiam serem declaradas, num caso, pelo Tribunal de Justiça (...) e, no outro, num acórdão do Tribunal Constitucional (...)»

Esta análise da similitude das ações pelo TJUE ocorre, segundo ADINOLFI (2012), quando em causa está uma situação de marcada relevância para sistema jurídico da União, que é, por exemplo, o caso do princípio da responsabilidade dos Estados « (...) which under the case-law of the Court is regarded as “inherent in the system of the Treaty”³⁶² (...)».

4.2.2 Efetividade

Os acórdãos *Rewe* [1976] e *Comet* [1976]³⁶³ apresentam outra restrição à autonomia processual dos Estados membros, o princípio da efetividade, segundo o qual os tribunais nacionais devem desaplicar as normas processuais existentes e evitar o estabelecimento de

³⁶⁰ Neste contexto ADINOLFI (2012) in *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, p. 285: «The Court usually states some broad criteria to that effect, and declares that it is for the referring court to make such a comparison. Sometimes the Court prefers making a direct appraisal, as in the recent judgement in the case of *Transportes Urbanos y Servicios Generales*: the Court verified whether the claim for damages alleging breach of EU law brought by the plaintiff in the main proceeding, on the one hand, and the claim that the same company could have brought in the case of a possible breach of the Spanish Constitution, on the other, could be regarded as similar. »

³⁶¹ Seguimos mais atentamente os passos do acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 26 de janeiro de 2010, proc. C-118/08, parág. 35-45: « Para verificar se o princípio da equivalência é observado no processo principal, há que examinar se, tendo em conta o seu objecto e os seus elementos essenciais, a acção fundada em responsabilidade, intentada pela *Transportes Urbanos* por violação do direito da União, e a acção que esta sociedade poderia ter intentado baseando-se numa eventual violação da Constituição podem ser consideradas semelhantes (...) Ora, no que diz respeito ao objecto das duas ações fundadas em responsabilidade, mencionadas no número anterior, refira-se que o seu objecto é exactamente o mesmo, isto é, a indemnização do prejuízo sofrido pela pessoa lesada devido a um acto ou a uma omissão do Estado (...)segundo a decisão de reenvio, se a *Transportes Urbanos* tivesse podido fundamentar a sua acção fundada em responsabilidade, num acórdão do Tribunal Constitucional que tivesse declarado a nulidade da mesma lei por violação da Constituição, essa acção poderia ter sido julgada procedente, independentemente da circunstância de esta sociedade não ter pedido a rectificação das autoliquidações antes de terem terminado os prazos para o fazer (...) Das considerações precedentes resulta que, no contexto particular que deu origem ao processo principal, tal como este foi descrito na decisão de reenvio, a única diferença que existe entre as duas ações mencionadas no n.º 35 do presente acórdão consiste na circunstância de as violações do direito nas quais essas ações se baseiam serem declaradas, num caso, pelo Tribunal de Justiça, num acórdão proferido ao abrigo do artigo 226.º CE, e, no outro, num acórdão do Tribunal Constitucional (...) Nesta situação, deve sublinhar-se que as duas ações acima referidas podem ser consideradas semelhantes (...).»

³⁶² Referência ao acórdão do TJUE C-6/90, *Francovich e Bonifaci/Itália* [1991] que introduz o princípio da responsabilidade extracontratual dos Estados membros no sistema jurídico da União.

³⁶³ Acórdão *Rewe* [1976] parág. 5 alínea 6 e acórdão *Comet* [1976] parág. 16.

novas normas que tornem excessivamente difícil³⁶⁴ ou impossível o exercício de um direito decorrente do ordenamento da União.

O princípio da efetividade decorre da necessidade de os tribunais nacionais salvaguardarem os direitos que as normas da União criam para os particulares, ou seja, pretende-se que as normas da UE sejam dotadas de efeito direto³⁶⁵. Assim se denota a subordinação do princípio da autonomia ao princípio da tutela jurisdicional efetiva.

A efetividade enquanto restrição ao princípio da autonomia dos Estados membros surge em diversos aspetos do sistema da União, no entanto, apareceu marcadamente na jurisprudência do Tribunal relativamente a legislação de combate à discriminação entre os sexos.

Neste sentido vejamos, *inter alia*³⁶⁶, o acórdão *Von Colson* [1984]³⁶⁷, onde Sabine Von Colson e Elisabeth Kamann alegaram violação da Diretiva 76/207³⁶⁸ e exigiram compensação pela discriminação sofrida por não terem sido contratadas para exercer funções de guarda prisional pelo estabelecimento prisional Nordrhein-Westfalen na Alemanha.

Em causa estava a determinação do efeito direto das Diretivas³⁶⁹, uma vez que, segundo a lei alemã, Colson e Kamann apenas teriam direito à compensação de

³⁶⁴ Os acórdãos *Rewe* [1976] e *Comet* [1976] faziam apenas menção a situações em que o direito nacional tornava impossível o exercício dos direitos: « (...) se estas modalidades e os prazos tornassem impossível, na prática, o exercício de direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais têm a obrigação de proteger.» [Sublinado nosso]. A extensão do conceito igualmente às situações em que o direito dos Estados tornem excessivamente difícil o exercício dos direitos surgiu no acórdão TJUE processos Apensos C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur v Bundesrepublik Deutschland and The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame and Others* [1996]: « (...) não podem ser menos favoráveis do que as que dizem respeito a reclamações semelhantes de natureza interna, nem estabelecidas de forma a tornar, na prática, impossível ou excessivamente difícil a obtenção da reparação.» [Sublinhado nosso]

³⁶⁵ Neste contexto vide TJUE C-26/62, *Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen* [1963]: « (...) o direito comunitário, independente da legislação dos Estados-membros, tal como impõe obrigações aos particulares, também lhes atribui direitos que entram na sua esfera jurídica (...) Tais direitos nascem não só quando é feita uma atribuição expressa pelo Tratado, mas também como contrapartida de obrigações impostas pelo Tratado de forma bem definida, quer aos particulares quer aos Estados-membros quer às instituições comunitárias (...) O artigo 12.º [do TCE] contém uma proibição clara e incondicional, concretizada numa obrigação não de acção mas de abstenção de acção.»

³⁶⁶ Igualmente poderiam ser abordados neste contexto os acórdãos TJUE C-177/88, *Dekker/Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen* [1990]; C-208/90, *Emmott/Minister for Social Welfare e Attorney General* [1991]; C-246/96, *Magorrian e Cunningham/Eastern Health and Social Services Board e Department of Health and Social Services* [1997] ou C-104/10, *Kelly* [2011] in <http://curia.europa.eu/>.

³⁶⁷ TJUE C-14/83, *Von Colson e Kamann/Land Nordrhein-Westfalen* [1984] in <http://curia.europa.eu/>.

³⁶⁸ Diretiva do Conselho de 9 de Fevereiro de 1976 relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, substituída pela Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de Julho de 2006.

³⁶⁹ Cabe aqui referência, para melhor entendimento, do artigo 288º do TFUE (ex artigo 249º do TCE): «*Para exercerem as competências da União, as instituições adoptam regulamentos, directivas, decisões, recomendações e pareceres. (...) A directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.*(...)»

Vertrauensschaden (os danos efetivamente sofridos, que neste caso seriam apenas despesas de deslocação) e não pelos danos morais.

No acórdão *Von Colson* o TJUE esclareceu que a Diretiva 76/207 não requeria a criação de sanções específicas, no entanto, a compensação em causa deveria ser adequada de forma a garantir a efetiva aplicação da mesma e, por isso, a compensação apenas de *Vertrauensschaden* não foi considerada suficiente para satisfazer a intenção da Diretiva³⁷⁰.

Desta forma, e como já referido, garantindo o princípio da efetividade, os Estados membros devem desaplicar, quando necessário, as normas nacionais e evitar a introdução nos seus ordenamentos de normas contrárias ao direito da UE.

No acórdão *Peterbroeck* [1995]³⁷¹, relativamente ao poder do juiz nacional de apreciar oficiosamente a compatibilidade do direito nacional com o direito comunitário, o Tribunal esclareceu que, para determinar se uma norma processual nacional torna a aplicação do direito Comunitário ineficaz, deve-se realizar uma análise relativa ao processo em causa e ser tidos em consideração princípios base da ordem jurídica nacional:

«(...) cada caso em que se ponha a questão de saber se uma disposição processual nacional torna impossível ou excessivamente difícil a aplicação do direito comunitário deve ser analisado tendo em conta a colocação dessa disposição no conjunto do processo, a tramitação deste e as suas particularidades nas várias instâncias nacionais. Nesta perspectiva, há que tomar em consideração, se necessário, os princípios que estão na base do sistema jurisdicional nacional, como o da proteção dos direitos de defesa, o princípio da segurança jurídica e o da correcta tramitação do processo.» [Sublinhado nosso]

4.2.3 A relação da autonomia processual com o princípio do primado e a tutela jurisdicional efetiva

Uma vez enunciado o princípio, depressa se colocou a questão da coexistência da autonomia processual dos Estados com o princípio do primado no seio do sistema jurídico da União Europeia.

Surge claro que para que o direito da União seja dotado de efetividade, seja uniforme e consistente em todos os Estados membros, em caso de conflito, prevalecerá sobre o direito nacional³⁷². No entanto, o reconhecimento do princípio do primado pelos Estados membros

³⁷⁰ Acórdão do Tribunal de 10 de abril de 1984, proc. C-14/83, parág. 23 e 24.

³⁷¹ TJUE C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie/ Belgian State* [1995] in <http://curia.europa.eu/>.

³⁷² Relembramos o acórdão do Tribunal de 15 de julho de 1964, proc. C-6/64, p. 555: « *Com efeito, a eficácia do direito comunitário não pode variar de um Estado para outro em função de legislação interna posterior, sem*

implica que estes tenham a percepção de que as normas do seu ordenamento jurídico são igualmente normas de um ordenamento jurídico mais abrangente, o europeu, e por isso, a eles é imposta uma obrigação de abstenção (de não aplicação de normas contrárias) e uma obrigação positiva (assegurar a efetividade do direito da União)³⁷³.

De notar que as normas processuais dos Estados membros devem ser alvo de um controlo pelo direito da União, na medida em que se pretende assegurar a correta e uniforme aplicação do direito, garantindo um *standard* mínimo de proteção³⁷⁴. Contudo, o TJUE, colocado perante uma questão de incompatibilidade entre o direito nacional e o direito da União, procura alcançar um equilíbrio entre o princípio da autonomia processual dos Estados e o princípio do primado.

Apoiar-nos-emos no acórdão *Van Schijndel* [1995]³⁷⁵, no qual Jeroen van Schijndel e Johannes van Veen se posicionaram contra a lei neerlandesa relativa à inscrição obrigatória num regime profissional de pensões. Assim, o Hoge Raad der Nederlanden levantou duas questões prejudiciais junto do TJUE: primeiro colocou-se o problema de saber se, em sede de recurso, o Tribunal é obrigado a apreciar determinadas questões de direito comunitário que não foram levantadas nas instâncias inferiores, mesmo que isso seja contrário às regras processuais nacionais; segundo, pretendeu-se saber se um regime profissional de pensões, que impõe a inscrição obrigatória, é compatível com o Tratado.

Relevante no contexto da relação entre a autonomia processual e o primado do direito da União foi a opinião do Advogado Geral JACOBS³⁷⁶ quanto ao processo *Van Schijndel* [1995]:

colocar em perigo a realização dos objectivos do Tratado (...) que ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, em virtude da sua natureza originária específica, não pode ser oposto em juízo um texto interno, qualquer que seja, sem que perca a sua natureza comunitária e sem que sejam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade (...)».

³⁷³ Seguimos aqui a explicação de ALESSANDRA SILVEIRA (2012), in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, p. 16: « (...) os tribunais nacionais estão autorizados a adoptar, por autoridade própria, todas as medidas que se lhes afigurem necessárias para afastar qualquer obstáculo de direito nacional à aplicação efectiva do direito da União (...) isto exige que os operadores judiciários compreendam que a norma interna integra um ordenamento jurídico parcial, inserido num ordenamento global, que atende aos seus próprios fins e objectivos (...) »

³⁷⁴ Neste sentido ADINOLFI (2012) in *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, p. 292: «The way the Court has tried to balance the procedural autonomy of the Member States, on the one hand, with the duty of correct application of EU law, on the other, is that of scrutinising national rules according to a minimum standard of protection. Under this perspective, monitoring the adequacy of national procedural rules is part of the control on compliance with EU obligation by Member States. »

³⁷⁵ TJUE processos Apensos C-430/93 e C-431/93, *Van Schijnde / Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* [1995] in <http://curia.europa.eu/>.

³⁷⁶ Conclusões do Advogado-Geral JACOBS apresentadas em 15 de junho de 1995 relativamente aos processos apensos TJUE C-430/93 e C-431/93.

«Em nossa opinião, não decorre do primado do direito comunitário que o tribunal nacional tenha de, em todas as circunstâncias, afastar as regras processuais que impedem que uma questão de direito comunitário seja suscitada em determinada fase do processo. (...) no que respeita às regras processuais, o primado do direito comunitário não impõe que elas sejam sistematicamente afastadas em todas as circunstâncias (...) basta que as regras processuais nacionais dêem aos particulares a possibilidade efectiva de fazerem valer os seus direitos.»³⁷⁷ [Sublinhado nosso]

Cabe ainda referir que, com base na doutrina alemã³⁷⁸, na escolha entre os dois princípios em jogo, o TJUE pode recorrer à distinção entre colisões diretas e colisões indiretas. As primeiras ocorrem quando, para a mesma situação factual, o direito nacional e o direito da União apresentam soluções incompatíveis. As segundas surgem quando, relativamente à mesma situação factual, o direito dos Estados membros dificulta a efetividade do direito da União dentro da ordem jurídica nacional³⁷⁹.

Seguimos ORTLEP&VERHOEVEN (2012)³⁸⁰ ao dar como exemplos de colisões diretas situações em que uma obrigação do direito da União se depara com uma norma nacional proibitiva, ou quando o direito da UE concede ao indivíduo um direito que é explicitamente excluído no direito nacional. Falamos de colisões indiretas quando em causa regras processuais, como por exemplo, limites temporais, que restringem a aplicabilidade do direito da União.

No que diz respeito às colisões diretas, a prevalência do primado do direito da União permite a salvaguarda da efetividade do mesmo na ordem jurídica nacional, e, desta forma, a norma interna incompatível deverá ser desaplicada.

No entanto, mais complicada é a questão quando estamos perante colisões indiretas, uma vez que não existe uma norma europeia que possa ser aplicada na vez da norma nacional. Se, por exemplo, temos um problema de limites processuais de carácter temporal

³⁷⁷ Pontos 24 e 25 das Conclusões do Advogado-Geral JACOBS nos processos apensos TJUE C-430/93 e C-431/93.

³⁷⁸ Neste sentido ORTLEP&VERHOEVEN (2012) in NALL abril-junho, p. 4: «*The distinction between direct and indirect collisions is known in the German federal system for incompatibilities between federal law (Bundesrecht) and the laws of the Länder (Landesrecht), and is based on a hierarchical relation. Although Article 31 of the Grundgesetz provides in very general terms that federal law has priority over the laws of the Länder, the Bundesverfassungsgericht has consequently held that this rather harsh rule only applies when federal law and the law of the Länder can be applied to the same set of facts and when this application leads to different incompatible legal consequences.*»

³⁷⁹ Vide e.g. ANNE PETERS (2010), *Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: zur Neubestimmung der Verhältnisse*, ZÖR; SCHMITT (2009), *Der bundesstaatliche Rahmen für die Landesverfassungen*, Hamburg: Kovac.

³⁸⁰ ORTLEP&VERHOEVEN (2012) in NALL abril-junho, p. 1-16.

do direito nacional, por ser deixado aos Estados membros o uso das suas regras processuais na aplicação do direito da União, a efetividade deste último é posta em causa sem que o próprio direito da UE apresente uma solução.

Assim, tais questões de colisão indireta são resolvidas no âmbito do princípio da autonomia processual dos Estados membros e não à luz do princípio do primado, recorrendo-se à “*fórmula Rewe/Comet*”, ou seja, ao teste da equivalência e da efetividade.

Para melhor compreensão vejamos, mais uma vez, ORTLEP&VERHOEVEN (2012):

«Therefore, such indirect collisions are resolved in the light of the principle of national procedural autonomy. In such cases, EU law does not serve as a rule which provides material outcome for the case, but as a principle, leading to a balance between the effectiveness of EU law, on the one hand, and the background and aim of national law which restricts this effectiveness of EU law on the other.» [Sublinhado nosso]

Consideramos ainda a relação da autonomia processual dos Estados membros com o princípio da tutela jurisdicional efetiva.

O direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva³⁸¹ surge plasmado no artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia³⁸². Este direito divide-se essencialmente em duas partes, ou seja, por um lado implica a garantia de acesso à justiça, por outro exige um certo nível de proteção, de forma a que se possa dizer que esta é realmente efetiva.

Devido ao sistema de justiça descentralizado preconizado pela União Europeia, o acesso à justiça na salvaguarda dos direitos decorrentes do direito da União tem início junto dos órgãos jurisdicionais nacionais. Estes são confrontados com uma obrigação de resultado

³⁸¹ Quanto às origens do princípio da tutela jurisdicional efetiva, TRIDIMAS (2006), p. 419: «*The origins of the principle lie in the interpretative techniques of the Court which, even at an early stage, favoured a liberal construction of the Treaty provisions so as to ensure their effect utile. (...) As the Community legal order matured, the Court placed more emphasis on the affinity of the principle to the fundamental right of judicial protection as guaranteed by articles 6 and 13 ECHR.*»

³⁸² Artigo 47º da CDFUE: «*Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo. (...)*»

Vide TRIDIMAS (2006), p. 455: «*This provision is based on Article 13 of the ECHR but offers more extensive protection because it provides for an effective remedy before a national court and not merely before a national authority. It guarantees the right to an effective remedy against both national and Community authorities (...).*»

Vide MARIA JOSÉ DE MESQUITA (2013) in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: comentada*, p. 537: «*Os três parágrafos do artigo 47º(...) têm por fonte material direta, respectivamente, o artigo 13º da CEDH (direito a um recurso efetivo), o artigo 6º, nº1 da CEDH (direito a um processo justo); (...) inspira-se em outras fontes de direito internacional em matéria de direitos humanos em especial, respectivamente, nos artigos 8º (direito a um recurso efetivo perante os tribunais nacionais) e 10º (direito a um julgamento justo) da DUDH (1946) e nos artigos 2º, nº3, alínea a), e 14º, nº1 do PIDCP (1966)*»

quanto à garantia de uma aplicação uniforme do direito da União, assegurando igualmente a proteção efetiva dos direitos³⁸³.

Tendo em conta que o principal objetivo atribuído a um tribunal competente é a prossecução da justiça através da observância dos factos e da correta aplicação da lei, um sistema processual capaz de garantir a efetiva e uniforme proteção dos direitos, é o meio para se alcançar esse mesmo objetivo.

Desta forma, e sendo o juiz nacional também um juiz europeu, as normas processuais nacionais são dotadas de legitimidade para conciliar as exigências da tutela jurisdicional efetiva no âmbito da União Europeia³⁸⁴.

Estabelecendo a ligação do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva com o princípio da autonomia processual dos Estados membros, o Tribunal, entre outros, nos acórdãos *Köbler* [2003]³⁸⁵ e *Pontin* [2009]³⁸⁶, afirmou os critérios da equivalência e da efetividade como expressões desse direito fundamental:

*«Essas exigências de equivalência e de efectividade exprimem a obrigação geral de os Estados-Membros assegurarem a protecção jurisdicional dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito comunitário e aplicam-se tanto no plano da designação dos órgãos jurisdicionais competentes para conhecer de acções baseadas nesse direito como no plano da definição das regras processuais.*³⁸⁷» [Sublinhado nosso]

Igualmente relevante é a posição do Tribunal no acórdão *Oleificio Borelli/Comissão* [1992]³⁸⁸, ao afirmar que para assegurar o respeito por este princípio fundamental os Estados devem, mesmo quando não admitido no seu ordenamento, rever as suas normas internas:

«Compete, por isso, aos órgãos jurisdicionais nacionais decidir (...) quanto à legalidade do acto nacional em questão, nas mesmas condições de controlo que as utilizadas para qualquer acto definitivo (...) e, por conseguinte, considerar como admissível o recurso

³⁸³ Vide SINANIOTIS (2006), p. 16: «The principle of effective judicial protection, as it has been developed in several Member States as well as in the Community legal order, provides individuals with the right to obtain effective judicial review before all competent courts. (...) Judicial protection need to be not only adequate, but also effective, in other words to be provided in good time and in appropriate way, in order to assure the right award of justice.»

Inter alia, e.g. TJUE C-222/84, *Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986], parág. 19: «Cabe aos Estados-membros assegurar um controlo jurisdicional efectivo do respeito das disposições aplicáveis do direito comunitário e da legislação nacional (...)»

³⁸⁴ Neste contexto vide ARNULL (1999); TRIDIMAS (2006); SINANIOTIS (2006); LENAERTS, MASELIS&GUTMAN (2014); entre outros.

³⁸⁵ TJUE C-224/01, *Gerhard Köbler / Republik Österreich* [2003] in <http://curia.europa.eu/>.

³⁸⁶ TJUE C-63/08, *Virginie Pontin / T-Comalux SA* [2009] in <http://curia.europa.eu/>.

³⁸⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 29 de outubro de 2009, proc. C-63/08, parág. 44.

³⁸⁸ TJUE C-97/91, *Oleificio Borelli SpA / Comissão das Comunidades Europeias* [1992] in <http://curia.europa.eu/>.

*interposto para este fim, mesmo que as regras de processo internas não o prevejam nesse caso (...) a exigência de controlo jurisdicional de qualquer decisão de uma autoridade nacional constitui um princípio geral do direito comunitário (...)*³⁸⁹ » [Sublinhado nosso]

Os direitos fundamentais no âmbito do direito da União podem por vezes conceder um nível superior do que aquele previsto pelo direito interno dos Estados membros³⁹⁰ e, desta forma, podem as normas processuais nacionais não ser suficientes para assegurar o *standard* de proteção necessário. Neste sentido, recai sobre o TJUE a tarefa de garantir o respeito pela tutela jurisdicional efetiva e aos Estados membros a obrigação de conciliar a sua autonomia processual com uma extensiva proteção de direitos fundamentais sob o ordenamento da União.

4.3 O papel dos tribunais nacionais na proteção dos direitos concedidos pelo direito da União no contexto da tutela cautelar

Os ordenamentos jurídicos dos 28 Estados membros da UE integram a ordem jurídica comunitária, assente numa relação de cooperação institucional e processual, sendo os tribunais nacionais tidos como tribunais de aplicação do direito da União.

Os tribunais dos Estados membros são chamados a providenciar a efetiva aplicação do direito da União, através do recurso às suas próprias normas processuais, ou, dito de outro modo, ao juiz nacional cabe uma dupla tarefa³⁹¹: de aplicação das normas processuais internas e de proteção do direito europeu, correndo a União riscos inerentes à tarefa jurisdicional descentralizada como a falta de uniformidade na aplicação do direito e a carência proteção efetiva.

³⁸⁹ Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 3 de dezembro de 1992, proc. C-97/91 parág. 13 e 14.

³⁹⁰ Neste contexto cabem considerações relativas ao artigo 53º da CDFUE com a epígrafe “*Nível de Proteção*”. Tendo em conta o âmbito deste trabalho não nos debruçaremos sobre este tópico, tão discutido na jurisprudência, no entanto, para melhor compreensão *vide* CANOTILHO, M. R. (2008). *O princípio do nível mais elevado de protecção em matéria de direitos fundamentais*. Teses - UC . Coimbra; CORREIA, P. M., & JESUS, I. O. (2014). *O princípio do nível de protecção mais elevado: análise do artigo 53 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à luz do Acórdão Melloni*. *Estudios Constitucionales* , 12 (2), 275-300; SILVEIRA, A., & CANOTILHO, M. (2013). *Carta dos Direitos Fundamentais da União: Comentada*. Coimbra: Almedina.

³⁹¹ *Vide* SINANIOTIS (2006), p. 55.

Por conseguinte, falar do contencioso europeu é abranger o contencioso dos Estados membros, nomeadamente no que toca à tutelar cautelar³⁹², uma vez que, a autonomia processual dos Estados visa a necessidade de intensiva colaboração entre as instâncias jurisdicionais nacionais e europeias, de forma a combater a morosidade própria do contencioso e a proteger os direitos dos cidadãos europeus.

Duas situações distintas devem ser tidas em conta no contexto da aplicação do direito da União pelos tribunais nacionais, nomeadamente no que toca ao recurso à concessão de medidas provisórias: por um lado, podem os tribunais nacionais atribuir uma medida cautelar relativamente a uma norma nacional em alegada violação do direito da União; por outro, faz ainda parte da competência dos tribunais nacionais a concessão de medidas cautelares relativamente a uma norma da União alegadamente em violação de outra norma hierarquicamente superior. Neste sentido, podem os tribunais nacionais, a título provisório, regular determinado litígio baseado num ato da União cuja validade é levada a consideração junto do TJUE³⁹³.

Dando o mote às considerações seguintes, vejamos ANAGNOSTARAS (2008):

*«(...) the principal obligation imposed in the national courts is to remove any absolute exclusions that deprive them of the opportunity to examine an interim application on its merits and to authorise the temporary reliance on the legal rights alleged in the substantive actice. Once they have done so, they will be then required to decide the claim in accordance with the applicable national criteria so long as these do not place any excessive restrictions on the chances to receive an effective redress. This will rarely be the case, given the existence at national level of interim conditions that coincide in essence with those governing the adoption of provisional measures by Community judiciary.*³⁹⁴» [Sublinhado nosso]

Através do meio processual do reenvio, nos termos do artigo 267º do TFUE, o Tribunal entrou em contato com situações relativas à tutela cautelar no contexto das

³⁹² Reflete MARIA JOSÉ MESQUITA (2015), p. 173: «Em primeiro lugar, porque a concessão de tais providências cautelares se impõe como uma obrigação ao juiz nacional decorrente da jurisprudência do TJUE – e, inclusive, se tal implicar a desaplicação de norma nacional contrária em conformidade com a sanção do primado. Em segundo lugar, pelo facto de serem um instrumento de efectivação do princípio da tutela jurisdicional efetiva – hoje consagrado no artigo 19º, nº 1, segundo parágrafo, do TUE, e da efetividade do Direito da União. Em terceiro lugar pela similitude de requisitos de que depende a sua concessão, fixados pela jurisprudência do TJUE, estabelecendo-se um paralelismo entre os requisitos da concessão de providências cautelares para a salvaguarda de direitos fundados na Ordem Jurídica da União Europeia, quer sejam decretadas ao nível dos Estados, pelos tribunais nacionais (...)»

³⁹³ Neste sentido LENAERTS *et al.* (2014), p. 150.

³⁹⁴ Vide ANAGNOSTARAS (2008) in ELR 33, p. 596.

jurisdições nacionais dos Estados membros e, em consequência, desenvolveu-se um sistema de proteção cautelar a partir dos tribunais nacionais no âmbito do direito da União.

Um conjunto de casos célebres compõe o núcleo essencial da tutela cautelar junto dos tribunais nacionais de direitos conferidos pelo direito da União³⁹⁵, dos quais destacamos *Factortame* [1990]³⁹⁶, *Zuckerfabrik* [1991]³⁹⁷ e *Atlanta* [1995]³⁹⁸. De forma a facilitar a compreensão, cabem a descrição dos factos e as considerações do Tribunal quanto à concessão de medidas provisórias.

Em *Factortame* [1990] encontra-se em causa uma decisão prejudicial sobre a interpretação do direito da União, com base na faculdade concedida aos órgãos jurisdicionais nacionais para conceder providências cautelares no contexto de direitos conferidos pelo direito europeu.

O litígio da ação principal opõe a Coroa Britânica a Secretary of State for Transport e concerne a uma norma do direito nacional segundo a qual os órgãos jurisdicionais britânicos não tinham o poder de decidir da concessão de providências cautelares, em particular contra a Coroa³⁹⁹.

A *Factortame* Lda era composta, na sua maioria, por cidadãos espanhóis e detinha 95 navios de pesca matriculados no registo de navios no Reino Unido⁴⁰⁰, nos termos do Merchant Shipping Act de 1894.

Em 1988, o registo de navios no Reino Unido foi alterado pelo novo Merchant Shipping Act e Regulations, entrando em vigor a partir de 1 de dezembro de 1989. Estes estatuiam o registo obrigatório de todos os navios britânicos, inclusive os já registados sob a lei de 1894.

A base do litígio surge devido ao artigo 14º da lei de 1988, segundo o qual só poderiam ser registados os navios desde que:

³⁹⁵ Vide SINANIOTIS (2006), p. 56: «They stand as the main guidelines for the creation of a system applicable to national courts for the protection of Community rights until final judgment on the substance of the case is given. Although each particular case deals with a different legal issue of interim relief, the contribution of the ECJ's judgments to each one has been essential to the formation of an uniform and effective system of interim protection of individuals' rights.»

³⁹⁶ TJUE C-213/89, *The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e o* [1990] in <http://curia.europa.eu/>.

³⁹⁷ TJUE processos apensos C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG / Hauptzollamt Itzehoe e Zuckerfabrik Soest GmbH / Hauptzollamt Paderborn* [1991] in <http://curia.europa.eu/>.

³⁹⁸ TJUE processos apensos C-465/93 e C-466/93, *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft mbH e outros / Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* [1995] in <http://curia.europa.eu/>.

³⁹⁹ Acórdão do Tribunal de 19 de junho de 1990, proc. C-213/89, parág. 13.

⁴⁰⁰ Dos 95 navios da *Factortame* Lda, 53 foram originalmente registados em Espanha, sendo matriculados no registo no Reino Unido a partir de 1980, enquanto que 42, estando sempre registados no Reino Unido, apenas foram adquiridos pela *Factortame* a partir de 1983.

- a) o proprietário fosse britânico;
- b) o navio fosse explorado a partir do Reino Unido;
- c) o afretador, armador ou quem explorasse o navio fosse uma pessoa ou uma sociedade qualificada.

A mesma lei determinou *propriedade* nas situações em que o titular fosse uma ou mais pessoas ou sociedades qualificadas e se a propriedade efetiva pertencesse a uma ou mais sociedades qualificadas ou em pelo menos 75 % a uma ou mais pessoas qualificadas. No contexto, a lei de 1988 dispôs ainda como *pessoa qualificada* o cidadão britânico com residência e domicílio no Reino Unido e como *sociedade qualificada* a constituída no Reino Unido e tendo aí a sua sede, sendo pelo menos 75 % do seu capital social detido por uma ou mais pessoas ou sociedades qualificadas e sendo pelo menos 75 % dos administradores pessoas qualificadas⁴⁰¹.

Devido às condições de nacionalidade impostas pelo Reino Unido no registo de navios, a Comissão, em agosto de 1989, interpôs junto do Tribunal uma ação por incumprimento, nos termos do 265º do TFUE e requereu, provisoriamente, a suspensão das condições de nacionalidade⁴⁰². O Presidente do Tribunal em processo de medidas provisórias deferiu o pedido⁴⁰³.

Os 95 navios de pesca da Factortame não satisfaziam as condições de registo da lei de 1988 e iam ficar privados do direito de pescar, de forma que a Factortame requereu no High Court of Justice a apreciação da compatibilidade da lei com o direito europeu e solicitou a concessão de medidas provisórias até à decisão definitiva.

O High Court of Justice deferiu o pedido de suspensão das condições do artigo 14º aos recorrentes e, a 13 de março de 1989, o Secretary of State for Transport interpôs recurso quanto à medida provisória. Em resposta, o Court of Appeal considerou que no direito nacional britânico os órgãos jurisdicionais não detinham o poder de suspensão provisória da aplicação das leis⁴⁰⁴.

Submetida a questão à House of Lords, a 18 de maio de 1989, avaliando o prejuízo irreparável alegado pela Factortame no caso de não concessão da medida provisória, baseou a sua decisão na regra da *common law* segundo a qual não se pode ordenar nenhuma

⁴⁰¹ Acórdão do Tribunal de 19 de junho de 1990, proc. C-213/89, parág. 6.

⁴⁰² Vide TJUE C-246/89, *Comissão das Comunidades Europeias / Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte* [1991] in <http://curia.europa.eu/>.

⁴⁰³ Despacho do Presidente do Tribunal de 10 de outubro de 1989, proc. C-246/89.

⁴⁰⁴ Acórdão do Tribunal de 19 de junho de 1990, proc. C-213/89, parág. 12.

providência cautelar contra a Coroa, com base na presunção de que as normas nacionais se encontram em conformidade com o direito comunitário⁴⁰⁵.

A House of Lords remeteu a questão ao Tribunal, nos termos do 267º do TFUE, da seguinte forma: não obstante a referida regra de direito nacional, os órgãos jurisdicionais britânicos têm o poder de ordenar medidas provisórias contra a Coroa baseando-se no direito comunitário?⁴⁰⁶

Recordando o acórdão *Simmenthal* [1978]⁴⁰⁷, o Tribunal declarou a aplicabilidade direta do direito comunitário e reforçou o princípio do primado das normas da União sobre o direito nacional, de modo a considerar incompatível com « (...) *as exigências inerentes à própria natureza do direito comunitário qualquer disposição de uma ordem jurídica nacional (...) que tivesse como efeito diminuir a eficácia do direito comunitário (...)*»⁴⁰⁸.

Colocando a ênfase na consideração de que a plena eficácia do direito europeu ficaria seriamente afetada no caso de o direito dos Estados membros impedir o juiz nacional de conceder medidas provisórias num litígio regulado pelo direito comunitário, o Tribunal decidiu em *Factortame* [1990] da seguinte forma:

*«(...) deve responder-se à questão submetida declarando que o direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que, quando o órgão jurisdicional nacional ao qual foi submetido um litígio que se prende com o direito comunitário considere que o único obstáculo que se opõe a que ele conceda medidas provisórias é uma norma do direito nacional, deve afastar a aplicação dessa norma.*⁴⁰⁹» [Sublinhado nosso]

A.G.TOTH (1990)⁴¹⁰, em comentário ao acórdão *Factortame* esclarece a intenção do Tribunal em determinar a aplicação, pelos órgãos jurisdicionais nacionais, de medidas provisórias que acautelem os direitos concedidos pelo direito da União:

«It follows that the judgment does not purport to lay down substantive conditions for the grant of interim protection, not to define the measures that may be ordered. Still less does it require the national courts to devise an interim relief where none exists. What is required is that national courts should make use of any interim measure that is normally available under

⁴⁰⁵ Acórdão do Tribunal de 19 de junho de 1990, proc. C-213/89, parág. 13.

⁴⁰⁶ Acórdão do Tribunal de 19 de junho de 1990, proc. C-213/89, parág. 14-16.

⁴⁰⁷ TJUE C-106/77, *Administração das Finanças do Estado / Sociedade anónima Simmenthal* [1978] in <http://curia.europa.eu/>.

⁴⁰⁸ Acórdão do Tribunal de 19 de junho de 1990, proc. C-213/89, parág. 20.

⁴⁰⁹ Acórdão do Tribunal de 19 de junho de 1990, proc. C-213/89, parág. 23.

⁴¹⁰ Vide A.G.TOTH (1990) in CML Rev. 27, p. 573-587.

national law, in order to protect rights claimed under Community law.⁴¹¹ (...) » [Sublinhado nosso]

O mesmo autor dirige a sua atenção para a consideração de que a grande dificuldade do Court of Appeal e da House of Lords não era uma norma de direito britânico proibir a concessão de providências cautelares mas a sua falta de competência para as decretar. Neste sentido, A.G.TOTH aponta que “afastar a aplicação dessa norma” [nacional] não corresponde ao efeito jurídico de criar competência onde ela não existe:

«(...) the ruling of the European Court only requires the national courts “to set aside” any rule which precludes them from granting interim relief. The problem is that “setting aside” (or “disapplying”) an existing rule cannot, by the nature of things, have the legal effect of creating jurisdiction for the courts where none existed before. This requires some positive, creative action: the courts must “devise” a remedy.⁴¹² » [Sublinhado nosso]

A crítica final de A.G.TOTH a *Factortame* concerne a ausência do estabelecimento de um conjunto de critérios, claros e precisos, fixados pelo Tribunal, que permitissem uma harmonização do sistema de concessão de medidas provisórias⁴¹³.

Outro aspeto relativo à concessão de medidas cautelares por órgãos judiciais nacionais no âmbito de direitos concedidos pelo direito da União surge em *Zuckerfabrik* [1991], quanto à suspensão da execução de um ato administrativo nacional adotado com base num regulamento comunitário.

A *Zuckerfabrik Süderdithmarschen* e a *Zuckerfabrik Soest* são fabricantes de açúcar que se opõem respetivamente a Hauptzollamt Itzehoe (organismo principal das alfândegas de Itzehoe) e Hauptzollamt Paderborn (organismo principal das alfândegas de Paderborn), pela obrigação de pagamento de aproximadamente 1.9 e 1.7 milhões de DM⁴¹⁴ a título de quotização de reabsorção especial relativa à campanha de comercialização de açúcar.

⁴¹¹ Prossegue A.G.TOTH (1990) in CML Rev. 27, p. 586: «On the other hand, this requirement applies not only to cases in which a reference is made for a preliminary ruling, but to all situations in which a final determination of Community rights may be delayed for any reason. Needless to say, the principle laid down in the ruling applies to the national legal systems of all the Member States, not only to English law.»

⁴¹² Pondera A.G.TOTH (1990) in CML Rev. 27, p. 586: «Will the judgment, as formulated, provide a sufficient legal basis for the courts to do so?»

⁴¹³ Vide A.G.TOTH (1990) in CML Rev. 27, p. 587: «Precisely because of the absence of harmonisation at the Community level, the Court could have indicated certain criteria derived from its own highly developed system of interim protection.»

⁴¹⁴ Sigla internacional do marco alemão, moeda oficial na República Federal da Alemanha de 1949 a 2002.

A quotização foi instaurada pelo Regulamento (CEE) n.º 1914/87 do Conselho, de 2 de julho de 1987⁴¹⁵, que visava a reabsorção integral das perdas sofridas pela Comunidade entre 1986 e 1987, devido a restituições à exportação que a Comunidade teve que pagar a fim de assegurar o escoamento para países terceiros dos excedentes da produção comunitária de açúcar⁴¹⁶.

A Zuckerfabrik Süderdithmarschen e a Soest reclamaram das decisões dos seus respetivos Hauptzollamt ao Finanzgericht de Hamburgo e de Düsseldorf, alegando a invalidade do Regulamento. Os Finanzgericht suspenderam a instância e colocaram ao Tribunal, nos termos no 267º do TFUE, as seguintes questões:

1) a) Existe a possibilidade de os tribunais nacionais suspenderem a execução de um ato administrativo baseado num regulamento até ser proferida decisão no processo principal, como medida de tutela provisória de direitos?; b) em que condições podem os tribunais nacionais garantir uma tutela provisória de direitos?;

2) O Regulamento n.º 1914/87 do Conselho, que instaura uma quotização de reabsorção especial no setor do açúcar para a campanha de comercialização de 1986/1987 é válido?

Em acórdão de 21 de fevereiro de 1991, o Tribunal, no que toca à questão da suspensão da execução de um ato nacional baseado num regulamento comunitário, faz referência a *Factortame* [1990] e declara que o órgão jurisdicional nacional deve ter a possibilidade de decretar medidas provisórias e de suspender a aplicação da lei nacional em causa até que o Tribunal de Justiça forneça a sua interpretação⁴¹⁷.

Prossegue o Tribunal com a garantia de que a tutela provisória decretada pelos órgãos jurisdicionais nacionais no seio da União «(...) *não pode variar consoante se discuta a compatibilidade de disposições do direito nacional com o direito comunitário ou a validade de actos comunitários de direito derivado*⁴¹⁸ /⁴¹⁹ (...)».

Por conseguinte, conclui o Tribunal que a resposta à primeira questão deve ser tida como não excluindo «(...) *o poder de os órgãos jurisdicionais nacionais decretarem a*

⁴¹⁵ Regulamento (CEE) n.º 1914/87 do Conselho, de 2 de julho de 1987, que instaura uma quotização de reabsorção especial no sector do açúcar para a campanha de comercialização de 1986/1987 (JO L 183 de 03/07/1987 p. 5-6).

⁴¹⁶ Acórdão do Tribunal de 21 de fevereiro de 1991, proc. C-143/88 e C-92/89, parág. 3.

⁴¹⁷ Acórdão do Tribunal de 21 de fevereiro de 1991, proc. C-143/88 e C-92/89, parág. 19.

⁴¹⁸ Vide JÓNATAS MACHADO (2010), p. 187: « *O direito secundário da UE é constituído pelas normas criadas pelos órgão instituídos pelo direito comunitário primário, de acordo com os respectivos parâmetros materiais e formais. (...) As principais fontes de direito secundário da UE encontram-se mencionados no artigo 288º TFUE que refere os regulamentos, as directivas, as decisões, as recomendações e os pareceres.*»

⁴¹⁹ Acórdão do Tribunal de 21 de fevereiro de 1991, proc. C-143/88 e C-92/89, parág. 20.

*suspensão da execução de um acto administrativo nacional adoptado com base num regulamento comunitário*⁴²⁰.»

No que diz respeito aos requisitos da suspensão da execução, o Tribunal entendeu que um ato só pode ser impugnado nas situações em que as circunstâncias de facto e de direito «(...) criarem no órgão jurisdicional nacional a convicção de que existem sérias dúvidas acerca da validade do regulamento comunitário em que se baseia o acto administrativo impugnado.⁴²¹» [Sublinhado nosso]

Igualmente, o Tribunal declara que a suspensão deverá ter um carácter provisório e só pode ser decretada desde que ele ainda não se tenha pronunciado sobre a questão de validade em causa, cabendo ao órgão jurisdicional nacional expor os fundamentos de invalidade pertinentes. Todos os outros requisitos processuais cabem às regras estabelecidas pelos direitos nacionais dos Estados membros⁴²².

O acórdão *Zuckerfabrik* [1991] faz ainda referência a que a suspensão da execução de um ato impugnado tem lugar apenas em situações de urgência, ou seja, tomadas se forem necessárias e «(...) se se pretender que produzam efeitos antes da decisão de mérito, a fim de evitar que a parte que as solicita sofra um prejuízo grave e irreparável.⁴²³»

Esclarece o Tribunal que a alegação da urgência significa que o prejuízo se realizará antes da pronúncia sobre a validade do ato comunitário impugnado e tem em consideração que, apesar de o prejuízo puramente pecuniário não ser tido em conta, compete ao órgão jurisdicional nacional a apreciação das circunstâncias do caso concreto⁴²⁴.

Por fim, nota o Tribunal que dentro da competência do juiz nacional cabe a obrigação de assegurar a eficácia do direito da União, devendo ter sempre em conta o «(...) interesse da Comunidade em que esses regulamentos não sejam afastados sem garantias sérias.⁴²⁵»

Em suma, em resposta à segunda questão colocada em reenvio prejudicial, o Tribunal entendeu que a suspensão da execução de um ato nacional baseado num regulamento só pode ser decretada se:

⁴²⁰ Acórdão do Tribunal de 21 de fevereiro de 1991, proc. C-143/88 e C-92/89, parág. 21.

⁴²¹ Acórdão do Tribunal de 21 de fevereiro de 1991, proc. C-143/88 e C-92/89, parág. 23.

⁴²² Acórdão do Tribunal de 21 de fevereiro de 1991, proc. C-143/88 e C-92/89, parág. 24-27.

⁴²³ Acórdão do Tribunal de 21 de fevereiro de 1991, proc. C-143/88 e C-92/89, parág. 28.

⁴²⁴ Acórdão do Tribunal de 21 de fevereiro de 1991, proc. C-143/88 e C-92/89, parág. 29.

⁴²⁵ Prossegue o acórdão do Tribunal de 21 de fevereiro de 1991, proc. C-143/88 e C-92/89, parág. 30-31: « A fim de cumprir essa obrigação, o órgão jurisdicional nacional, ao qual seja apresentado um pedido de suspensão, deve verificar, em primeiro lugar, se o acto comunitário em causa não ficaria, na falta de imediata aplicação, privado de qualquer efeito útil.»

a) o órgão jurisdicional nacional tiver sérias dúvidas acerca da validade do ato comunitário e se for o próprio a submeter a questão ao Tribunal, quando a questão ainda não tenha sido colocada;

b) se houver urgência e se o requerente correr risco de prejuízo grave e irreparável;

c) se o órgão jurisdicional nacional tiver em consideração o interesse da Comunidade.

A título de curiosidade, a reflexão sobre a terceira questão, relativa à validade do Regulamento nº 1914/87 do Conselho, não revelou elementos suscetíveis para ser determinada a invalidade do mesmo⁴²⁶.

Tomamos em consideração o comentário de H.G.SCHERMERS (1992)⁴²⁷, que destaca *Zuckerfabrik* [1991] como o ponto de viragem a partir do qual o Tribunal expressamente aceita o papel dos órgãos jurisdicionais nacionais na proteção do indivíduo na ordem jurídica comunitária.⁴²⁸

Aponta H.G.SCHERMERS (1992) que contrariamente a *Factortame* [1990], em *Zuckerfabrik* [1991] não é uma norma nacional que impede a aplicação de uma medida cautelar mas a primazia do direito da União. Neste sentido prossegue o autor:

«Because of the priority of Community law and the monopoly of the Court of Justice to decide upon its legality, the national courts had no power to take interim measures. Apparently considering the national courts as its partners in the battle for judicial review, the Court of Justice granted them the power not to apply Community law if such application would be unreasonably detrimental to the rights of individuals.⁴²⁹»

A última consideração do autor centra-se na necessidade de o órgão jurisdicional nacional expor os fundamentos da invalidade que devem ser acolhidos pelo Tribunal, uma vez que, até então, às dúvidas de invalidade no âmbito de um reenvio prejudicial não se seguia, obrigatoriamente, menção expressa das razões do tribunal nacional⁴³⁰.

⁴²⁶ Acórdão do Tribunal de 21 de Fevereiro de 1991, proc. C-143/88 e C-92/89, parág. 34-78.

⁴²⁷ Vide H.G.SCHERMERS (1992) CML Rev. 29, p. 133-139.

⁴²⁸ H.G.SCHERMERS (1992) in CML Rev. 29, p. 136: «The importance of the *Süderdithmarschen* and *Soest* cases is that the Court of Justice expressly accepts the national judiciary's role in Community legal protection. The Court has accepted some independent Community tasks on the part of national courts before, e.g. in the *CILFIT* case (...) but never had it permitted national courts to overrule Community legislation for the sake of individual protection.»

⁴²⁹ Reitera H.G.SCHERMERS (1992) in CML Rev. 29, p. 138: «In such a case, the national courts may set Community law aside by way of interim measure, provided that a number of conditions are fulfilled.»

⁴³⁰ Esclarece H.G.SCHERMERS (1992) in CML Rev. 29, p. 139: «So far, a national court requesting a preliminary ruling on the validity of a Community act did not have to express doubts about such validity, not did it have to indicate any reasons for possible invalidity. Nonetheless, many German courts did mention the reasons for their doubt as they are used to the obligation to do so when requesting a ruling of the German

O terceiro e último caso que apresentamos no desenvolvimento do decretamento de medidas provisórias pelos órgãos jurisdicionais dos Estados membros no âmbito do direito da União é *Atlanta* [1995].

A partir de 1 de julho de 1993, o Regulamento (CEE) n.º 404/93 do Conselho, de 13 de fevereiro de 1993⁴³¹, instituiu um regime comum de importação no setor das bananas, que substituiu os diferentes regimes nacionais.

O artigo 21.º, n.º 2, do regulamento suprimiu o contingente anual de importação de bananas isento de direitos aduaneiros de que beneficiava a República Federal da Alemanha por força do protocolo anexo à convenção relativa à associação de países e territórios ultramarinos à Comunidade previsto no Tratado da Comunidade Europeia⁴³².

Atlanta e 17 outras sociedades eram importadoras tradicionais de bananas de países terceiros e obtiveram do Bundesamt (serviço federal da alimentação e da silvicultura) contingentes provisórios de importação de bananas de países terceiros para o período entre 1 de julho e 30 de setembro de 1993.

Considerando que os contingentes atribuídos limitavam as suas possibilidades de importação, Atlanta apresentou reclamações ao Bundesamt, que tomou decisões de indeferimento. De seguida, Atlanta interpôs recurso de anulação para o Verwaltungsgericht Frankfurt am Main e pediu, a título de medidas provisórias, a emissão de certificados suplementares de importação de bananas de países terceiros, até à apreciação da validade do regulamento⁴³³.

Uma vez que o Regulamento em causa afetava os direitos aduaneiros da República Federal da Alemanha, a 14 de maio de 1993, esta interpôs recurso de anulação⁴³⁴ junto do Tribunal ao abrigo do atual artigo 263º do TFUE. Ao recurso o Tribunal negou provimento⁴³⁵.

Por sua vez, o Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, nos termos do 267º do TFUE, colocou ao Tribunal uma questão prejudicial baseada em dois pontos:

a) «*Um tribunal nacional que tem grandes dúvidas sobre a validade de determinado regulamento comunitário, tendo portanto submetido a questão ao Tribunal de Justiça das*

constitutional court on the question whether a German act is valid under the German constitution. The Court of Justice accepted a principle of German law.»

⁴³¹ Regulamento (CEE) n.º 404/93 do Conselho, de 13 de fevereiro de 1993 que estabelece a organização comum de mercado no sector das bananas (JO L 47 de 25/02/1993 p. 1-11).

⁴³² Acórdão do Tribunal de 9 de novembro de 1995, proc. C-465/93, parág. 6.

⁴³³ Acórdão do Tribunal de 9 de novembro de 1995, proc. C-465/93, parág. 7-11.

⁴³⁴ Vide TJUE C-280/93, República Federal da Alemanha / Conselho da União Europeia [1994] in <http://curia.europa.eu/>.

⁴³⁵ Acórdão do Tribunal de 5 de outubro de 1994, proc. C-280/93, parág. 115.

Comunidades Europeias para decisão a título prejudicial, pode em medida cautelar relativa a acto administrativo de autoridade nacional, praticado com base no regulamento que foi objecto do pedido prejudicial, regular ou dar uma determinada conformação provisória às situações ou relações jurídicas em causa, até que o Tribunal de Justiça se tenha pronunciado sobre o pedido que lhe foi submetido?

b) *Em casos como o descrito, sob que condições pode o tribunal nacional adoptar medidas cautelares? Será necessário, ao ponderar as referidas condições, distinguir entre medidas cautelares destinadas a assegurar uma situação jurídica já existente e destinadas a criar uma nova situação jurídica?*⁴³⁶ » [Sublinhado nosso]

Por acórdão de 9 de novembro de 1995, quanto à primeira questão relativa à concessão de medidas provisórias, o Tribunal começou por fazer referência a *Zuckerfabrik* [1991] recordando que não se exclui o poder de os órgãos jurisdicionais nacionais decretarem a suspensão de um ato administrativo nacional adotado com base num regulamento comunitário. Do mesmo modo, reavivou ainda o acórdão *Factortame* [1990] ao afirmar que o órgão jurisdicional nacional deve ter a possibilidade de decretar medidas provisórias e de suspender a aplicação da lei nacional em causa, até que o Tribunal de Justiça forneça a sua interpretação.

Todavia, o Tribunal esclarece o âmbito do reenvio em causa e coloca o acento na diferença entre o litígio em *Atlanta* [1995] e os restantes acórdãos:

«(...) no presente reenvio prejudicial, o órgão jurisdicional nacional coloca ao Tribunal de Justiça não a questão da suspensão da execução de um acto nacional adoptado com base num regulamento comunitário, mas da adopção de uma medida positiva que torna provisoriamente inaplicável esse regulamento (...)»⁴³⁷ » [Sublinhado nosso]

Nos termos do 278º e 279º do TFUE o direito da União permite que seja decretada a suspensão da execução de um ato impugnado ou qualquer outra medida provisória necessária. Neste sentido, no acórdão *Atlanta* [1995], o Tribunal salientou essa faculdade⁴³⁸ e determinou que a proteção assegurada pelos órgãos jurisdicionais nacionais não pode variar nem tem repercussões mais importantes, quer se trate da suspensão da execução de um ato administrativo nacional adotado com base em regulamento comunitário, quer se pretenda a

⁴³⁶ Acórdão do Tribunal de 9 de Novembro de 1995, proc. C-465/93, parág. 12.

⁴³⁷ Acórdão do Tribunal de 9 de Novembro de 1995, proc. C-465/93, parág. 26.

⁴³⁸ Acórdão do Tribunal de 9 de Novembro de 1995, proc. C-465/93, parág. 27.

«(...) concessão de medidas provisórias corrigindo ou regulamentando em seu benefício situações ou relações jurídicas controvertidas.⁴³⁹»

Ainda antes de se pronunciar sobre a resposta à primeira questão colocada pelo Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, o Tribunal reforçou a necessidade de ponderar igualmente o interesse da Comunidade e não apenas o do particular⁴⁴⁰.

Em suma, a pronúncia do Tribunal no acórdão *Atlanta* [1995] consistiu na ideia de que não se exclui o poder dos órgãos jurisdicionais nacionais de decretarem medidas provisórias «(...) corrigindo ou regulamentando situações jurídicas ou relações controvertidas a respeito de um acto administrativo nacional baseado num regulamento comunitário que é objecto de um reenvio prejudicial para apreciação da sua validade.⁴⁴¹»

No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio colocou ao Tribunal uma segunda questão, esta relativa às condições de concessão de medidas provisórias. Aqui, mais uma vez, o Tribunal referiu *Zuckerfabrik* [1991] e enunciou as condições previstas no acórdão quanto à suspensão da execução de um ato administrativo nacional, que recordamos:

- a) se o órgão jurisdicional nacional tiver sérias dúvidas acerca da validade do ato comunitário e se for o próprio a submeter a questão ao Tribunal, quando a questão ainda não tenha sido colocada;
- b) se houver urgência e se o requerente correr risco de prejuízo grave e irreparável;
- c) se o órgão jurisdicional nacional tiver em consideração o interesse da Comunidade.

Coube ao Tribunal a submissão das condições de *Zuckerfabrik* [1991] às situações previstas no artigo 279º do TFUE, ou seja, as condições impõem-se para a concessão, pelos órgãos jurisdicionais nacionais, de qualquer medida provisória «(...) incluindo uma medida positiva que torne provisoriamente inaplicável, em benefício do particular, o regulamento cuja validade é impugnada.⁴⁴²»

Por último, devemos chamar a atenção para o esclarecimento do Tribunal no que toca à apreciação da concessão de medidas provisórias, impondo a obrigação do órgão jurisdicional nacional respeitar o que foi decidido pelo Tribunal, ou pelo Tribunal Geral, nas questões a eles submetidas:

« (...) quando o Tribunal de Justiça tiver negado provimento a um recurso de anulação do regulamento em causa ou declarado, no âmbito de um reenvio prejudicial para

⁴³⁹ Acórdão do Tribunal de 9 de Novembro de 1995, proc. C-465/93, parág. 28.

⁴⁴⁰ Acórdão do Tribunal de 9 de Novembro de 1995, proc. C-465/93, parág. 29.

⁴⁴¹ Acórdão do Tribunal de 9 de Novembro de 1995, proc. C-465/93, parág. 30.

⁴⁴² Acórdão do Tribunal de 9 de Novembro de 1995, proc. C-465/93, parág. 35.

*apreciação de validade, que a análise das questões prejudiciais não revelou a existência de elementos susceptíveis de afectar a validade desse regulamento, o órgão jurisdicional nacional já não pode decretar medidas provisórias ou deve pôr-lhes termo (...)*⁴⁴³»
[Sublinhado nosso]

Assim, em resposta à segunda questão colocada pelo Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, o Tribunal apresentou as condições presentes em *Zuckerfabrik* [1991] e acrescentou uma quarta condição:

d) « *se, na apreciação de todas estas condições, o órgão jurisdicional nacional respeitar as decisões do Tribunal de Justiça ou do Tribunal de Primeira Instância [atual Tribunal Geral] sobre a legalidade do regulamento ou um despacho em processo de medidas provisórias com vista à concessão, a nível comunitário, de medidas provisórias similares.*⁴⁴⁴»

Seguimos aqui o comentário de GERHARD BEBR (1996)⁴⁴⁵ que introduz *Atlanta* [1995] como a base de dois importantíssimos contributos: por um lado, expande o poder dos órgãos jurisdicionais dos Estados membros para decretar medidas provisórias “positivas”, nos termos do 279º do TFUE; por outro, considera o juiz nacional enquanto órgão competente para decidir da validade dos atos da União, afastando a inicial composição do Tratado de Maastricht que apontava essa competência como exclusiva do Tribunal⁴⁴⁶.

⁴⁴³ Prossegue o Tribunal, Acórdão do Tribunal de 9 de novembro de 1995, proc. C-465/93, parág. 46: « (...) salvo se os fundamentos de ilegalidade alegados perante esse órgão jurisdicional foram diferentes dos fundamentos de anulação ou dos fundamentos de ilegalidade que o Tribunal de Justiça rejeitou no seu acórdão. A mesma conclusão impõe-se se o Tribunal de Primeira Instância [atual Tribunal Geral], num acórdão transitado em julgado, tiver negado provimento a um recurso de anulação do regulamento ou julgado improcedente uma excepção de ilegalidade.»

⁴⁴⁴ Acórdão do Tribunal de 9 de novembro de 1995, proc. C-465/93, parág. 51.

⁴⁴⁵ GERHARD BEBR (1996) in CML Rev. 33, p. 795-809.

⁴⁴⁶ Para melhor compreensão vejamos as palavras originais do autor, GERHARD BEBR (1996) in CML Rev. 33, p. 805: « *It makes two noteworthy jurisprudential contributions. An obvious one: it widens the power of national courts to grant “positive” interim relief measures, a logical sequence of the Court’s never ceasing effort to develop a coherent legal system, extending this principle to Article 186 EC Treaty [atual 279º TFUE]. The other less obvious one but nevertheless no less important: it rebuffs inconspicuously but resolutely the original deficient version of Article 177 EC Treaty, which is retained in the Treaty of Maastricht, thus firmly defending its judgment in Foto-Frost rightly reserving its exclusive jurisdiction to review the validity of Community acts.*»

5 CONCLUSÃO

Iniciamos a conclusão desta dissertação com a consciência de que não pudemos aqui transmitir todas as considerações relevantes no contexto da temática da tutela cautelar no ordenamento da União Europeia. Tememos que desde o momento de entrega deste estudo para avaliação mais desenvolvimentos possam ter ocorrido neste âmbito, uma vez que a jurisprudência do TJUE se encontra em constante atualização e, por isso, diremos que prestámos uma avaliação apenas das circunstâncias essenciais até ao momento.

Por conseguinte, verificámos ao longo deste estudo a marcada importância dos despachos e dos acórdãos do TJUE para a regulamentação de vários aspetos determinantes na concessão de medidas provisórias no âmbito do contencioso da União.

Seguimos com uma síntese do conteúdo da dissertação apresentada, acompanhada de conclusões sobre os pontos relevantes.

- A caracterização da tutela cautelar

Considerámos que a tutela cautelar se prende com preocupações sobre a lentidão da justiça nos ordenamentos jurídicos nacionais e europeu. O tempo surge como um fator relevante na efetividade das decisões judiciais e na proteção dos direitos concedidos pelo direito da União, nomeadamente tendo em conta que este regula uma grande parte das nossas vidas na qualidade de cidadãos europeus.

Neste sentido, pareceu-nos fundamental o estudo da tutela cautelar, enquanto meio processual de proteção célere dos direitos das partes num litígio, de forma a que a decisão final não fique desprovida de objeto.

As características intrínsecas das medidas cautelares são a instrumentalidade e a provisoriedade. A primeira visa um vínculo de acessoriedade com o processo principal de que depende e pretende o acautelamento de um direito das partes, por haver um risco de se verificar um prejuízo sério e grave. A segunda destaca a precariedade da medida, ou seja, esgota-se após a decisão definitiva sobre o mérito da causa da ação principal.

Entendemos que a tutela cautelar, acessória de um litígio principal, não tem em vista a passagem à tutela definitiva, isto é, encontra o seu fim, por falta de objeto, com o julgamento sobre o mérito.

Desta forma, esclarecemos brevemente a distinção entre a tutela cautelar e tutela urgente, focando que contrariamente à primeira, a tutela urgente alude a uma decisão

definitiva sobre o mérito. A tutela urgente é um processo independente, de resolução mais rápida do que a tramitação normal.

- A primazia e uniformidade de aplicação do direito da União

A jurisprudência do TJUE em *Costa/ENEL* [1964] afirmou a primazia do direito da União sobre os ordenamentos jurídicos nacionais, sendo tido como princípio essencial na compreensão da construção europeia.

O princípio do primado estende-se a todas as normas e atos do direito da União, originário ou derivado, encontrando-se, porém, limitado ao princípio da atribuição de competências. O primado do direito da UE só se verifica em relação às normas dentro das competências atribuídas à União.

Parece-nos óbvio afirmar que se os direitos concedidos pelo direito da União são os mesmos em todo o espaço europeu, então a sua aplicação deve ser uniforme ou homogênea, de forma a não criar situações de violação dos Tratados.

No entanto, é dada alguma discricionariedade aos Estados membros, nomeadamente na aplicação do direito da União nas matérias não reguladas por este último e em virtude do sistema de descentralização judicial preconizado pela UE.

Poderemos aqui concluir que, apesar da autonomia de aplicação dada aos Estados membros, o esforço europeu concentra-se na uniformização da aplicação do direito com base em preocupações com a segurança jurídica e com a tutela jurisdicional efetiva. Para tal a jurisprudência do TJUE vai contribuindo ao regular as situações jurídicas que se apresentam desconformes com o direito da UE.

- A concessão de medidas provisórias no direito da União

As medidas provisórias concedidas no âmbito do direito da União apresentam as características de instrumentalidade e provisoriedade consideradas no ponto inicial. Por serem tão primordiais, reservámos a sua demonstração pelo decorrer das explicações ao longo da dissertação. De forma a darmos um suporte legal demonstrámos esses traços através dos artigo 278º e 279º do TFUE e 160º a 162º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

Apontámos ainda a relevância de *Gutmann/Comissão* [1967] onde o Tribunal acentuou que basta um vínculo de causa-efeito entre o objeto da ação principal e o objeto do pedido de medidas provisórias.

Indicámos aqui o estabelecimento da inevitabilidade. O objeto do pedido de medidas provisórias não necessita de ser idêntico ao objeto do litígio principal, no entanto, é uma consequência inevitável do mesmo.

Antes de iniciarmos a apreciação da concessão de medidas provisórias distinguimos medida provisória especificada de medida provisória não especificada.

A primeira diz respeito à suspensão da execução do ato impugnado, presente no 278º do TFUE e tem lugar perante um ato suscetível de ser alvo de um recurso de anulação ao abrigo do 263º do TFUE. De igual modo, a suspensão da execução poderá ocorrer junto de uma ação por incumprimento nos termos do 258º do TFUE.

Um pedido de medidas provisórias de suspensão da execução de um ato partirá da parte que impugna o ato na ação principal, tal como indica o artigo 160º do Regulamento de Processo do Tribunal. Parece-nos exata esta conceção, uma vez que, não será a parte de que provém o ato a ser impugnado que quererá a sua suspensão. Fará mais sentido que esta requira outra medida provisória de “combate” à suspensão da execução do ato por si emanado.

A suspensão requerida pode ser total ou parcial. Demos como exemplo o acórdão *Aristrain/Comissão* [1999] para demonstrar a possibilidade de suspensão parcial da execução de um ato.

No que toca à concessão de medidas não especificadas, dispostas no artigo 279º do TFUE, podem ser requeridas quando a suspensão da execução não for adequada para garantir a satisfação dos direitos da parte que alega o risco de prejuízo grave e irreparável. O Tribunal pode ordenar as medidas provisórias necessárias, sendo que estas não se encontram tipificadas e, assim, dependem da apreciação casuística realizada pelo juiz cautelar.

Qualquer das partes no processo pode formular um pedido de medidas provisórias desde que, de acordo com o artigo 160º número 2 do Regulamento de Processo do Tribunal, seja uma parte no processo principal e se o pedido se referir a esse.

De seguida considerámos o *iter processual* para a concessão de medidas provisórias. Iniciámos com o pedido e fizemos ponderações sobre o juiz competente, a legitimidade e a apresentação do mesmo. Depois, avaliámos os critérios substantivos de procedência do pedido com base na sua admissibilidade, na existência de *fumus boni iuris*, na demonstração de urgência e, por último, na ponderação dos interesses em causa levada em conta pelo juiz cautelar. No final, procurámos determinar as características da decisão judicial, as despesas do processo cautelar e o recurso da decisão.

O juiz cautelar, que aprecia a concessão de medidas provisórias no âmbito do direito da União é, nos termos dos artigos 160º e 161º do Regulamento de Processo do Tribunal, o Presidente do mesmo.

Prestámos a devida atenção à alteração trazida em 2012 que atribui as funções relativas a medidas provisórias ao Vice Presidente do Tribunal de Justiça, apesar de no contexto do Tribunal Geral a tarefa pertencer ainda ao Presidente.

O juiz cautelar tem total discricionariedade de decisão, no entanto, apoiámo-nos em *Connolly/Comissão* [1999] que destacou a possibilidade de o juiz considerar igualmente as opiniões do Advogado Geral ou do Juiz Relator.

No que respeita ao juiz cautelar, concordamos ser apropriado deixar ao Presidente dos Tribunais, ainda que no caso do Tribunal de Justiça ser o Vice Presidente, a tarefa de apreciar a concessão das medidas provisórias, considerando a necessidade de resposta célere ao pedido.

Abordámos a ideia de que, sendo o pedido cautelar instrumental da ação principal, a legitimidade das partes é determinada pela legitimidade de recorrer ao meio processual a que se apensa o pedido de medidas provisórias. Assim, as ponderações de legitimidade cabem na ação principal.

Contudo, o artigo 40º do Estatuto do Tribunal de Justiça apresenta outros atores processuais com possível legitimidade: os intervenientes. Estes, através de um pedido de intervenção, podem, sem serem partes no processo principal, apoiar as pertençações de uma delas.

Podem ser intervenientes num processo os Estados membros e as instituições da UE, sem necessidade de mostrar um interesse próprio; ou os órgãos e organismos da União e qualquer pessoa singular ou coletiva, caso demonstrem o interesse na resolução do litígio.

Porém, analisando a possibilidade de atribuir legitimidade processual de formular um pedido de medidas provisórias aos intervenientes, fomos da opinião de que a eles deve ser negada tal faculdade, por considerarmos que desta forma se poderiam imiscuir na ação principal. Este poder deve apenas caber às partes do litígio.

O pedido deve ser apresentado por escrito, em requerimento separado e entregue na Secretaria do Tribunal. Segue as regras formais dos artigos 120º a 122º do Regulamento de Processo do Tribunal. Quanto à língua do pedido, de acordo com o artigo 36º do mesmo Regulamento, é escolhida pelo demandante da ação principal, sem prejuízo de as partes requererem a utilização de outra língua no pedido cautelar.

Relevante para a procedência de um pedido de medidas provisórias é a admissibilidade da ação principal, entre eles existe uma relação óbvia. Recorremos a *Donatab* [1993] para demonstrar que sendo a ação principal inadmissível, também o é o pedido cautelar.

O juiz das medidas provisórias foi confrontado com a sua incompetência para apreciar a admissibilidade da ação principal, tal como destacámos em *Perinciolo/Comissão* [1972]. No entanto, em *CMC/Comissão* [1985] o Tribunal atribui a tarefa ao juiz cautelar quando, à primeira vista, a ação principal é admissível, ou seja, nos casos em que existe um “*grau suficiente de probabilidade*”.

Não nos parece certo que o juiz cautelar não possa, ainda que apoiado em probabilidade, apreciar a admissibilidade da ação principal. Se se pretende uma resposta célere mas eficaz para proteção dos direitos concedidos pelo direito da União, então deve o juiz cautelar evitar o esforço judicial em caso de inadmissibilidade do litígio principal.

O critério do *fumus boni iuris* tem por base a consideração da aparência do direito através de juízos de probabilidade e verosimilhança. Devido ao seu carácter provisório e urgente, compreende-se que não se exija do juiz cautelar o mesmo grau de certeza do juiz que aprecia o mérito da causa.

Apoiámo-nos em *França/Comissão* [2011] para comprovar que a verificação do *fumus boni iuris* diz respeito a um exame *prima facie* de argumentos que «(...) *apresentam um carácter de tal modo sério que não devam ser desatendidos* (...)».

A urgência de um pedido de medidas provisórias deve ser demonstrada pelo requerente visando a necessidade de evitar um prejuízo com repercussões na sua esfera jurídica. O prejuízo alegado deve ser real e não hipotético, com umnexo de causalidade com a ação principal. Recorremos à opinião do Advogado Geral CAPOTORTI que apresentou o prejuízo com base no dano sem possibilidade de reparação e que retira o objeto à decisão na ação principal.

Tecemos ainda considerações sobre o prejuízo puramente financeiro que, não sendo inicialmente tido em conta pelo Tribunal, passou a ser considerado capaz de preencher o critério da urgência quando não possa ser totalmente compensado após o julgamento sobre o mérito. Neste contexto, reconhecemos a importância do prejuízo financeiro como dano grave e irreparável, por exemplo, numa empresa, mas principalmente quando o requerente, pessoalmente, não tem forma de prover às suas necessidades básicas ou da sua família.

Por fim, no que toca aos critérios de procedência do pedido, referimos a ponderação de interesses das partes, de terceiro ou da União, levada a cabo pelo juiz cautelar que, apesar de não constar de nenhuma norma do direito da União, se apoia no princípio da proporcionalidade.

Contando que se encontram preenchidos os critérios indicados, cabe ao juiz cautelar a decisão sobre o pedido de medidas provisórias por meio de despacho fundamentado, com forma escrita, podendo o pedido ser procedente de modo total ou parcial.

Tendo em conta a natureza provisória do despacho, o artigo 163º do Regulamento de Processo do Tribunal, permite que o mesmo seja revogado ou modificado em caso de alteração fundamentada de circunstâncias.

Normalmente, quanto às despesas provenientes de um processo de medidas provisórias, estas são reservadas para a decisão sobre o mérito e surgem na totalidade de despesas do litígio.

No que concerne ao recurso, nos casos em que a decisão judicial cautelar é proferida pelo Tribunal Geral, nos termos do artigo 57º do Estatuto do Tribunal, esta é suscetível de recurso para o Tribunal de Justiça no prazo de 2 meses a contar da sua notificação às partes. Contudo, quando o despacho cautelar é proferido pelo Tribunal de Justiça é irrecorrível, tal como disposto no artigo 162º do Regulamento de Processo.

- Os meios processuais junto do TJUE e a tutela cautelar

Vimos que a tutela cautelar se apresenta diferente consoante o meio contencioso do direito da União a que se refere.

No contexto da ação de anulação, a suspensão da execução do ato impugnado é o tipo de medida provisória primordial para proteção cautelar. Exige-se que o ato que se pretende suspender seja efetivamente suscetível de recurso de anulação. Recorremos a *Vichy/Comissão* [1991] que dizia respeito a uma opinião da Comissão e por isso não se enquadrava nos atos capazes de desencadear uma ação de anulação.

Abordámos ainda *Danielsson e o./Comissão* [1995] para referir a importância da determinação da legitimidade processual ativa de uma ação de anulação e o seu reflexo num pedido de medidas provisórias. Ora, se o processo cautelar é instrumental da ação principal, evidente será que a consideração de falta de legitimidade no litígio principal se verá afirmada igualmente no pedido cautelar.

De seguida ponderámos a concessão de medidas provisórias numa ação por omissão. Começámos por verificar que não fará sentido formular um pedido de suspensão da execução de um ato, uma vez que a ação em causa visa a adoção de um ato devido. Não faz sentido suspender o que está omissis.

Então, junto de uma ação por omissão haverá lugar a um pedido de medidas provisórias nos termos do 279º do TFUE, e auxiliámo-nos em *Kortas* [1999], em *Bayer CropScience e o./Comissão* [2005] e *Lormines/Comissão* [2004] para referir casos em que as partes requereram medidas provisórias que conduziram à prática do ato devido.

No que respeita a uma ação fundada em responsabilidade, concordamos que este meio processual não satisfaz o requisito do 278º do TFUE de o ato ter sido impugnado perante o Tribunal. Se a ação principal pretende a responsabilização da União por um prejuízo já causado, não será pertinente suspender o ato que já causou o dano, nem parece ser consistente com o critério de demonstrada urgência da medida cautelar.

Para a concessão de medidas provisórias nos termos do 279º do TFUE, atendemos a *Noko Ngele/Comissão* [2011] que atribuiu a medida com base numa conexão suficiente com a ação que gera a responsabilidade.

Em contexto de uma ação por incumprimento, recorremos a *Comissão/Áustria* [2003] para exemplificar a aplicação de uma medida de suspensão da execução de um regulamento nacional com medidas transgressoras do direito da União.

No âmbito do 279º do TFUE, nos casos em que o incumprimento é submetido ao Tribunal, parece-nos certo que a parte com legitimidade, a Comissão, interponha um pedido de medidas provisórias de forma a precipitar o cumprimento da obrigação incumprida e, assim, apoiámo-nos em *Comissão/Malta* [2009].

Considerámos em último lugar as ponderações sobre o reenvio prejudicial, por darem o mote para a parte final desta dissertação que se relaciona com os tribunais nacionais e onde se afirma como verdadeiro impulsionador de jurisprudência no contexto cautelar.

Virámos aqui a nossa atenção para as circunstâncias em que o reenvio, sendo obrigatório, permite a sua dispensa por se referir a um processo cautelar de âmbito nacional com necessidade de resolução célere. Neste sentido apresentámos *Hoffmann-La Roche/Centrafarm* [1977] onde o Tribunal dispensa a obrigatoriedade de reenvio quando as partes podem suscitar a questão relativa ao processo cautelar através da propositura de uma ação principal.

- Os Tribunais nacionais, a autonomia processual e o papel na proteção dos direitos concedidos pelo direito da União

Procurámos saber o que levou os tribunais nacionais a cooperar com o TJUE uma vez que o ordenamento jurídico da União consagra um modelo descentralizado de justiça, assente na aplicação do direito pelos tribunais nacionais.

Apresentámos três explicações, normativa, neo-realista e histórica-institucional, sem, porém, ter conseguido apurar qual seria a que maior destaque revela no processo de integração europeia. Seguimos talvez a consideração de que todas têm um carácter de essencialidade no desenvolvimento da cooperação dos órgãos jurisdicionais nacionais e europeus.

Estabelecendo as bases da cooperação, aprofundámos os poderes discricionários dos tribunais nacionais na aplicação do direito da União, nomeadamente no que se refere à sua autonomia processual.

Na ausência de regras processuais próprias no direito europeu, o mesmo reservou aos ordenamentos jurídicos nacionais a garantia da efetividade do direito da União com base nos artigos 4º e 19º do TUE.

A autonomia processual dos Estados membros, não constando de nenhuma norma presente nos Tratados, nasceu da jurisprudência do Tribunal nos acórdãos *Rewe* [1976] e *Comet* [1976] que atribuem aos órgãos jurisdicionais nacionais o poder de regular as modalidades processuais das ações judiciais que garantam a proteção dos direitos dos cidadãos.

Da autonomia decorrem duas precondições de forma a conceber um nível mínimo de proteção e que devem ser tidas em conta pelos tribunais nacionais na aplicação do direito europeu: a equivalência e a efetividade.

Enquanto o princípio da equivalência garante que as modalidades processuais para proteção de direitos concedidos pelo direito da União não sejam menos favoráveis que as reguladas pelo direito interno dos Estados membros; o princípio da efetividade obriga os tribunais nacionais a desaplicar as normas internas e evitar o estabelecimento de novas normas que tornem excessivamente difícil ou impossível o exercício de um direito decorrente do ordenamento da União.

Afirmamos estes dois princípios como fundamentais na salvaguarda de exigências de primazia do direito da União, de tutela jurisdicional efetiva e de segurança jurídica, moldando

a aproximação dos tribunais nacionais à resolução de litígios assentes no direito da União e aos quais aplicam normas processuais internas.

Na relação da autonomia processual dos Estados membros com o princípio do primado considerámos as noções de colisões diretas e indiretas, presentes na doutrina alemã. Concluimos, neste contexto, que a autonomia processual pode “vencer” o primado do direito da União na aplicação de regras processuais, claro que sempre restrito às limitações da equivalência e da efetividade.

No que concerne à tutela jurisdicional efetiva, trouxemos *Köbler* [2003] e *Pontin* [2009] para afirmar a equivalência e a efetividade como expressões decorrentes do primeiro, fazendo parte do esforço de criar um sistema de proteção de direitos uniforme.

Por fim, apontámos o papel dos tribunais nacionais na proteção dos direitos concedidos pelo direito da União no contexto da tutela cautelar. Recorremos a três processos de reenvio prejudicial junto do TJUE, basilares na temática da proteção cautelar proveniente dos tribunais nacionais: *Factortame* [1990], *Zuckerfabrik* [1991] e *Atlanta* [1995].

Em suma, em *Factortame* [1990], o Tribunal foi assertivo em determinar que a aplicação de medidas provisórias faz parte da tarefa dos órgãos jurisdicionais nacionais quando em causa uma norma nacional que o impede.

Em *Zuckerfabrik* [1991], em virtude de uma norma nacional com base num regulamento comunitário, o Tribunal aceita o papel dos tribunais nacionais de conceder medidas provisórias perante objeção do primado do direito da União.

Em *Atlanta* [1995], reiterando o já reconhecido nos dois acórdãos anteriores, permitiu-se aos tribunais nacionais a aplicação de outras medidas provisórias e não apenas a suspensão da execução de um ato.

Desta forma, terminámos a nossa exposição com a certeza de que a tutela cautelar no ordenamento jurídico europeu se afirma dividida entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os tribunais nacionais, sem, no entanto, prescindir da procura em garantir a proteção eficaz dos direitos concedidos pela UE.

6 BIBLIOGRAFIA

Albors-Llorens, A. (1996). *Private Parties in European Community Law: Challenging Community Measures*. Clarendon Press.

Albors-Llorens, A. (2003). The Standing of Private Parties to Challenge Community Measures: has the European Court missed the boat? *CLJ*, 62(1), 72-92.

Alvim, M. d. (2008). *A tutela provisória dos particulares no âmbito do direito comunitário*. Princípia.

Anagnostaras, G. (2008). The incomplete state of Community harmonization in the provision of interim protection by national courts. *ELR*, 33, 586-597.

Anastácio, G., & Porto, M. L. (2012). *Tratado de Lisboa - Anotado e Comentado*. Almedina.

Anderson, D., & Demetriou, . (2002). *References to the European Court*. Sweet & Maxwell.

Antunes Varela, Bezerra, M., & Sampaio e Nora. (1989). *Manual de Processo Civil*. Coimbra Editora.

Arnold, A. (1999). *The European Union and Its Court of Justice*. Oxford University Press.

Arnold, A. (2011). The Principle of Effective Judicial Protection in EU Law: an unruly horse? *ELR*, 36(1), 151-170.

Arnold, A., & Chalmers, D. (2015). *The Oxford Handbook of European Union Law*. Oxford University Press.

Baptista, M. (2000). *Manuale del Rinvio Pregiudiziale*. Padova: CEDAM.

Barents, R. (2014). EU Procedural Law and Effective Legal Protection. *CML Review*, 51, 1437-1462.

Barnard, C., & Peers, S. (2015). *European Union Law*. Oxford University Press.

Bebr, G. (1996). Cases C-465 and 466/93, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft and Others v. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, Judgments of the Court of Justice of 9 November 1995. *CML Review*, 33, 795-809.

Borchardt, G. (1985). The award of interim measures by the European Court of Justice. *CML Review*, 22, 203-236.

- Borchardt, K. (2010).** The ABC of European Union Law. Luxembourg : Publications Office of the European Union . Obtido em 10 de 5 de 2016, de http://europa.eu/documentation/legislation/pdf/oa8107147_en.pdf
- Broberg, M., & Fenger, N. (2014).** *Preliminary references to the ECJ* (2 ed.). Oxford University Press.
- Cabral, P. (2008).** O princípio da protecção jurisdicional efectiva e a autonomia processual dos estados-Membros no ordenamento jurídico da União Europeia. *Revista da Ordem dos Advogados*, 991-1004.
- Coutinho, F. P. (2013).** *Os tribunais nacionais na ordem jurídica da União Europeia: o caso português*. Coimbra Editora.
- Craig, P., & De Búrca, G. (2011).** *The Evolution of EU Law* (2 ed.). Oxford University Press.
- Craig, P., & De Búrca, G. (2015).** *EU Law: text, cases and materials* (5 ed.). Oxford University Press.
- De Búrca, G., & Weiler, J. (2001).** *The European Court of Justice*. Oxford University Press.
- De La Torre, F. C. (2007).** Interim Measures in Community Courts: recent trends. *CML Review*, 44, 273-353.
- Dougan, M. (2004).** *National Remedies Before the Court of Justice: Issues of Harmonisation and Differentiation*. Hart Publishing.
- Eilmansberger, T. (2004).** The relationship between rights and remedies in EC Law: in search of the missing link. *CML Review*, 41, 1199-1246.
- Ervo, L., Gräns, M., & Jokela, A. (2009).** *Europeanization of Procedural Law and the New Challenges to Fair Trial*. International Specialized Book Service Incorporated.
- Folsom, R. H. (2008).** *European Union Law in a Nutshell* (6^a ed.). Thomson West.
- Fonseca, I. (2002).** *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo* . Almedina.
- Galetta, D.-U. (2010).** *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?* Springer.
- Geiger, & Eisenhut. (2015).** *European Union Treaties: a commentary*. Hart Publishing.
- Gonçalves, M. (2015).** *Providências Cautelares*. Almedina.
- Gorjão-Henriques, M. (2014).** *Direito da União . História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência* (7 ed.). Almedina.
- Gray, C. (1979).** Interim Measures of Protection in the European Court. *ELR*, 4, 80-102.

- Hardcastle, I. (1994).** Interim Measures in Proceedings Concerning EC Law: new departures. *EBLR*, 5, 495-498.
- Himsworth, C. (1997).** Things fall apart: the harmonization of Community judicial procedural protection. *ELR*, 22, 291-311.
- Horspool, M., & Humphreys, M. (2010).** *European Union Law* (6 ed.). Oxford University Press.
- Hoskins, M. (1996).** Tilting the balance: supremacy and national procedural rules. *ELR*, 21, 365-377.
- Kaczorowska, A. (2013).** *European Union Law* (3 ed.). London: Routledge.
- Kakouris, C. (1997).** Do Member States possess judicial procedural "autonomy"? *CML Review*, 34, 1389-1412.
- Kramer, X., & Van Rhee, C. (2012).** *Civil Litigation in a Globalising World*. Springer.
- Lasok, K., & Vaughan, D. (1993).** *Butterworths European Court Practice*. Butterworths&Co Publisher.
- Lenaerts, K. (2007).** The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union. *CML Review*, 44, 1625-1659.
- Lenaerts, K., Arts, D., & Maselis, I. (2011).** *Procedural Law of the European Union* (2 ed.). Sweet & Maxwell.
- Lenaerts, K., Maselis, I., & Gutman, K. (2014).** *EU Procedural Law*. Oxford University Press.
- Lewis, C. (1996).** *Remedies and the Enforcement of European Community Law*. SWEET & MAXWELL.
- Maçãs, M. (2006).** As formas de tutela urgente previstas no código de processo nos tribunais administrativos. *Studia Iuridica - Colloquia 15*, 86, 209-238.
- Machado, J. E. M. (2010).** *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Mesquita, M. J. (2013).** *Introdução ao Contencioso da UE*. Almedina.
- Micklitz, H.-W., & De Witte, B. (2012).** *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*. Intersentia.
- Morviducci, C. (2004).** *Le misure cautelari nel processo comunitario*. Padova: CEDAM.
- Novitz, T., Kilpatrick, C., & Skidmore, . (2000).** *The Future of Remedies in Europe*. Hart Publishing.

- O'Keefe, D., & Bavasso, A. (2000).** *Judicial Review in European Union Law: Essays in Honour of Lord Slynn*. Kluwer Law International.
- Oliver, P. (1992).** Interim Measures: some recent developments. *CML Review*, 29, 7-27.
- Ortlep, R., & Verhoeven, M. (2012).** The principle of primacy versus the principle of national procedural autonomy. *NALL*, abril-junho, 1-16.
- Pais do Amaral, J. (2015).** *Direito Processual Civil*. Almedina.
- Pais, S. O. (2013).** *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia* (3 ed.). Coimbra: Almedina.
- Peers, Hervey, Kenner, & Ward. (2014).** *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary*. Hart Publishing.
- Prechal, S. (1998).** Community Law in National Courts: the lessons from Van Schijndel. *CML Review*, 35, 681-706.
- Quadros, I. (2006).** *A função subjectiva da competência prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. Almedina.
- Remédio Marques, J. (2011).** *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto* (3 ed.). Coimbra Editora.
- Schermers, H. (1992).** Joined cases C-143/88 and C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG v. Hauptzollamt Itzehoe and Zuckerfabrik Soest GmbH v. Hauptzollamt Paderborn, Preliminary ruling of 21 February 1991. *CML Review*, 29, 133-139.
- Schermers, H., & Waelbroeck, D. (2001).** *Judicial Protection in the European Union* (6 ed.). Kluwer Law International.
- Sharpston, E. (1992).** *Interim and substantive relief in claims under Community law*. Butterworths&Co Publisher.
- Silva, O. B. (1999).** *Do processo cautelar*. Editora Forense.
- Silveira, A. (2012).** Autonomia institucional / processual dos Estados-Membros e efectividade do direito da União Europeia na jurisprudência do TJUE. In M. Rebelo de Sousa, & et al., *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* (Vol. v, pp. 11-33). Coimbra Editora.
- Silveira, A., & Canotilho, M. (2013).** *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Almedina.
- Sinaniotis, D. (2006).** *The Interim Protection of Individuals Before the European and National Courts*. Kluwer Law International.

- Stone, P. (2014).** *EU Private International Law* (3 ed.). Cheltenham UK: Edward Elgar Publishing.
- Storskrubb, E. (2010).** *Civil Procedure and EU Law: A policy area uncovered*. Oxford University Press.
- Taruffo, & Varano. (2011).** *Manuale di diritto processuale civile europeo*. Torino: G. GIAPPICHELLI EDITORE.
- Temple Lang. (1981).** The powers of the Commission to order interim measures in competition cases. *CML Review*, 18, 49-61.
- Toth, A. (1990).** Case C-213/89, Regina v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Limited and Others, Judgment of the Court of 19 June 1990. *CML Review*, 27, 573-587.
- Tridimas, T. (2006).** *The General Principles of EU Law* (2 ed.). Oxford University Press.
- Van Cleynenbreugel, P. (2012).** Judge-Made Standards of National Procedure in Post-Lisbon Constitutional Framework. *ELR*, 37, 90-100.
- Van Gerven, W. (2000).** Of Rights, Remedies and Procedures. *CML Review*, 37, 501-536.
- Vilaça, J. (2014).** *EU Law and integration; twenty years of judicial application of EU Law*. Hart Publishing.
- Vitale, G. (2010).** *Diritto Processuale Nazionale e Diritto Dell'Unione Europea*. Catania: Ed.It.
- Vlaicu, A. (2011).** EFFECTIVENESS OF EU LAW IN MEMBER STATES. *LESIJ*, XVIII-1, 162-173.
- Wägenbaur, B. (2013).** *Court of Justice of the European Union: Commentary on Statute and Rules of Procedure*. C.H.Beck/Hart Publishing.
- Ward, A. (2007).** *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law* (2 ed.). Oxford University Press.
- Woods, L., & Watson, P. (2014).** *Steiner&Woods EU Law* (12 ed.). Oxford University Press.

