

AS MEDIDAS CAUTELARES APLICADAS AO PROCESSO POR INCUMPRIMENTO: EFEITOS PRÁTICOS

Pela Dr.^a Sónia Teixeira ()*

SUMÁRIO:

Algumas abreviaturas. Introdução. 1. Apresentação do tema. 2. Relação entre o ordenamento comunitário e o ordenamento nacional. 3. Protecção provisória: objectivos. 4. Forma como o TJCE e o TPI aplicam as medidas cautelares. 5. Protecção provisória e processo por incumprimento: incompatibilidade ou forma de reacção contra a inércia dos EM. 6. Conclusão. Bibliografia

Lista de Abreviaturas

- ac. – acórdão
- act. – actualizada
- al. – alínea
- art. – artigo
- arts. – artigos
- CC – Código Civil
- CDE – Chaiers de Droit Européen
- cit. – citado
- CJTL – Columbia Journal of Transnational Law
- CMLR – Common Market Law Review
- Col. – Colectânea da Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal de Primeira Instância (a partir de 1986, TPI a partir de 1989)
- Coord. – Coordenação

(*) Advogada. Pós-graduação em Direito Comunitário. Diplomada (Centro de Estudos Europeus da Faculdade de Direito de Lisboa).

CPC	– Código de Processo Civil
CJAI	– Cooperação para a Justiça e Assuntos Internos
DDC	– Documentação e Direito Comparado
ed.	– edição
ELR	– European Law Review
EM	– Estados Membros
EPL	– European Public Law
FILJ	– Fordham International Law Journal
p.	– página
pp.	– páginas
PESC	– Política Externa de Segurança Comum
PETJCE	– Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia
RDCE	– Revista de Derecho Comunitario Europeo
Rec.	– Recueil de Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (antes de 1986)
REDA	– Revista Española de Derecho Administrativo
rev.	– revista
RIE	– Revista de Institutiones Europeas
RP	– Revista Pólis
RPTJ	– Regulamento de Procedimento do Tribunal de Justiça
RPTPI	– Regulamento de Procedimento do Tribunal de Primeira Instância
TCE	– Tratado da Comunidade Europeia
TR	– Tratado de Roma
TCEE	– Tratado da Comunidade Económica Europeia
TJCE	– Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TPI	– Tribunal de Primeira Instância
TUE	– Tratado da União Europeia
UEM	– União Económica e Monetária
Vol.	– Volume
v.	– ver

Introdução

As medidas cautelares assumem um interesse plurissignificativo, quer no ordenamento nacional, quer no ordenamento comunitário. Constituem uma forma de protecção dos particulares na medida em que através de um processo sumário e acessório ao processo principal, acautelam os direitos invocados por aqueles — desde que devidamente fundamentados — até que seja proferida a sentença final, permitindo que aquela possa produzir os efeitos materiais pretendidos.

A possibilidade de o particular invocar estas medidas quando está em causa um processo por incumprimento não é líquida. Pre-

tendemos no entanto demonstrar que os particulares se podem fazer valer deste expediente processual, também no processo por incumprimento como forma de tutelarem os seus direitos e de reagirem contra a inércia legislativa do Estado Membro que se *recusa* a transpor Direito Comunitário.

Quando todos os outros meios de reacção se mostram falíveis, nomeadamente a invocação do efeito directo e o processo de responsabilidade extracontratual contra o EM, o particular encontra na utilização das medidas cautelares uma forma de obstar à deterioração da sua situação, ainda que provisoriamente até que o Estado Membro transponha Direito Comunitário.

1. Apresentação do tema

O sistema jurisdicional da Comunidade Europeia tem sido fruto de maturação constante. Como todos os sistemas, não é perfeito, pelo contrário encontra-se em constante desenvolvimento, é um sistema inacabado que se deverá desenvolver consoante as necessidades, cada vez maiores, desta magna tarefa, a construção europeia.

É hoje em dia inquestionável a importância que este direito assume, na medida em que se dirige primordialmente aos EM, mas também aos particulares que se podem fazer valer de direitos decorrentes deste ordenamento. Estamos perante um ordenamento *tentacular* que se espalha por todos os ordenamentos jurídicos dos EM, afectando directamente os particulares.

O TR que nos aparece com um cariz essencialmente económico, sofre nas revisões subseqüentes um processo de *humanização*. As liberdades e por isso direitos, que os cidadãos comunitários usufruíam, tão só o eram, na medida em que confinados aos fins económicos dos Tratados. Diferentemente com o TUE (1), que

(1) Como já referimos noutro lugar “a comunidade europeia, que tendo começado como uma forma de integração económica com o Tratado de Roma, transmutou-se com o Tratado da União Europeia”, na medida em que dá lugar ao aparecimento da UE, e a uma série de realidades novas, tais como a PESC; CJAI; UEM; cidadania europeia, a inserção de um artigo F (art. 6.º) TUE, relativo aos direitos fundamentais, Sónia TEIXEIRA, Da

consagra a cidadania europeia, numa tentativa de tornar o cidadão mais consciente de uma realidade da qual faz parte, o engloba e transcende.

Mais um pequeno passo, será dado com a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, que enumera — embora não de forma exaustiva — um leque de direitos que se prendem directamente com o cidadão e com as realidades do nosso tempo, *vulgo*, um capítulo dedicado ao emprego ⁽²⁾ e políticas concertadas de todos os EM para combater aquele flagelo ⁽³⁾, liberdade religiosa ⁽⁴⁾, xenofobia e combate à discriminação ⁽⁵⁾. Inclusivamente o aparecimento de um novo art. 7.º TUE ⁽⁶⁾, onde se prevê que sempre que um EM incorra numa violação grave e persistente de algum dos princípios enumerados no art. F (art. 6.º) ⁽⁷⁾ TUE, o Conselho possa deliberar por maioria qualificada a suspensão de alguns dos direitos decorrentes do Tratado para o EM prevaricador, incluindo o direito de voto do representante do governo desse Estado no Conselho, continuando por antítese o Estado adstrito às obrigações do Tratado ⁽⁸⁾. As consequências práticas do alargamento de vocação que a CE tem vindo a sofrer, são muitíssimo vastas.

A todo este processo, e assumindo uma posição de *primeira linha* relativamente aos Tratados, o TJCE tem aparecido como uma instituição *visionária*, que ao longo de uma jurisprudência sólida e reiterada, tem sabido defender valores que posteriormente viriam a

Bipolarização à Multipolarização: Europa uma estratégia a definir in *RFDUL*, Vol XXXVIII, n.º 2, 1997, p. 509; sobre as alterações do TUE Paulo PITTA E CUNHA, **Reflexões sobre a União Europeia in Integração Europeia**, Lisboa, 1993, pp. 397 e segs..

(²) O título VIII foi inserido *ex novo*, no Tratado de Amesterdão.

(³) Arts. 125.º e segs. TCE.

(⁴) Sónia TEIXEIRA, **A protecção dos direitos fundamentais na revisão do TUE**, Lisboa, 1998, p. 112, *in fine*.

(⁵) Art. 13.º TCE, aditado pelo TA.

(⁶) Artigo aditado pelo Tratado de Amesterdão.

(⁷) O Tratado de Amesterdão, operará a terceira revisão ao inicial TCEE, não obstante à data em que entregamos este trabalho, o mesmo ainda não se encontra em vigor, necessitando de ser ratificado por todos os EM, tal como previsto no artigo N TUE (que passará a art. 48.º TUE, e não sofrerá qualquer alteração). Por questões de metodologia, adaptámos a numeração ainda em vigor. No entanto, sempre que enumerarmos um artigo do actual Tratado, colocaremos entre parêntesis a numeração que lhe será dada com a entrada em vigor do TA.

(⁸) Sónia TEIXEIRA, **A protecção...**, *cit.*, p. 107.

ficar consagrados em normas do Tratado (caso dos direitos fundamentais).

O papel que o TJCE ⁽⁹⁾ tem tido ao longo do processo de integração é inquestionável, considerado por alguns como “*décisif dans l’elaboration de l’ordre juridique communautaire*” ⁽¹⁰⁾ ou como “*véritable moteur de l’intégration*” ⁽¹¹⁾, — por isso mesmo — não está isento de controvérsia.

Desde logo, é compreensível que aquele que é apelidado de instituição mais integracionista, tenha podido ir mais além e de forma mais rápida que os próprios Tratados. Pois se, por um lado, os Tratados são fruto de negociações diplomáticas, e não de um processo legislativo, pelo que estamos perante Tratados quadro, que precisam a todo o tempo ver as suas lacunas ⁽¹²⁾ preenchidas.

⁽⁹⁾ Para uma visão genérica dos problemas com que se deparam os juizes do TJCE, nomeadamente, o facto de terem uma proveniência dos mais variados sectores, e de pertencerem a ordenamentos distintos entre si, o que de alguma forma dificulta uma jurisprudência uniforme e consentânea, em virtude da diversidade de culturas jurídicas em jogo, consultar Robert LECOUR, *La Cour de Justice des communautés européennes vue de l’intérieur* in *Europäische Gerichtsbarkeit und Nationale Verfassungsgerichtsbarkeit*, coord. Wilhelm G. Grewe/Hans Rupp/Hans Schneider, Baden-Baden, 1981, pp. 261 e segs.; no mesmo sentido, Ulrich EVERLING, *L’avenir de l’organisation juridictionnelle de l’Union européenne* in *La réforme du système juridictionnel communautaire*, Bruxelles, 1994, pp. 22 e 23. Questão distinta mas colateral, prende-se com a forma como o TJCE se foi implementando ao longo do processo de integração, ver Robert LECOUR, *Le rôle unificateur du juge dans la communauté* in *Études de Droit des Communautés Européennes, Melanges offerts à Pierre-Henri Teigten*, Paris, 1984, pp. 229 e segs.

⁽¹⁰⁾ Léon GOFFIN, *Introduction in CDE*, n.º 5/6, 1995, p. 530.

⁽¹¹⁾ José CRUZ VILAÇA, *Le système juridictionnel communautaire* in *RMUE*, n.º 3, 1995, p. 246.

⁽¹²⁾ Henry SCHERMERS/Denis WAELBROECK, *Judicial protection in the european communities*, fourth edition, Deventer, 1991, pp. 21 e 22, mostram algum ceticismo, quando referem o papel do TJCE no preenchimento de lacunas, muito embora entendam que não existe um ordenamento perfeito. No entanto o aparecimento destas, assume uma maior dimensão num sistema que se tem vindo a desenvolver ao longo dos anos de forma duradoura e evolutiva. Supostamente, as lacunas devem ser preenchidas pelo poder legislativo, que não se tem mostrado capaz de o fazer, sobretudo no caso das Comunidades. Daí a proeminência que o TJCE tem vindo a assumir na compleição do sistema, através de princípios gerais de direito e da interpretação teleológica, tendo em conta o fim da norma e a sua adequação às circunstâncias. Muito embora, esta actividade do TJCE apresente um aspecto pernicioso, pois os tribunais não são eleitos democraticamente, nem controlados por qualquer outra instituição que o seja.

Por outro lado, as negociações assumem muitas vezes um cariz político, em que se torna necessário gerir — por forma a poder chegar a um consenso —, as tendências dos EM mais integracionistas, e as tendências dos EM mais eurocépticos ⁽¹³⁾.

O tema deste trabalho debruçar-se-á sobre um direito fundamental, conhecido das Constituições dos EM, mas que não é consignado no Tratado formalmente, o direito à tutela jurisdicional efectiva, em particular, numa das suas manifestações específicas, a protecção cautelar, que se mostra indispensável para assegurar uma tutela jurídica dos interesses dos particulares.

As medidas cautelares ganham um interesse acrescido quando aplicadas ao processo por incumprimento, na medida em que em determinadas circunstâncias o particular poderá prevalecer-se deste expediente processual face ao seu próprio EM, sempre que este se mostre relutante na transposição do Direito Comunitário para o seu próprio ordenamento.

2. Relação entre o Ordenamento Comunitário e o ordenamento nacional

Não podemos falar do interesse que as medidas cautelares representam para os particulares — nomeadamente quando aplicadas para salvaguardar uma situação específica, nomeadamente, incumprimento do EM relativamente à obrigação que lhe incumbe de transpor Direito Comunitário para o ordenamento nacional — sem antes analisar a forma como os dois ordenamentos interagem

⁽¹³⁾ Veja-se o quão problemática foi a ratificação do TUE, referindo-se Laurent COHEN-TANUGI, *Le Choix de l'Europe*, France, 1995, p. 43 a este propósito como: "traumatisme de la ratification du traité de Maastricht, du «non» danois, de la rude campagne référendaire française, de la montée générale de l'euro-scepticisme et de la révélation du fossé séparant les populations des élites sur la question de l'Europe", no mesmo sentido, Manuel Díez DE VELASCO, *Prologo, El Tratado de la Union Europea o Tratado de Maastricht in GJCE (y de la competencia)*, Serie D, número monográfico, I parte, Septiembre, 1992, pp. 10 e segs., faz uma breve síntese sobre as dificuldades de ratificação do TUE. O Tratado de Amesterdão, promete algumas reacções negativas, sobretudo por parte das populações, o que aliás ficou patente aquando do Conselho Europeu de Amesterdão em Junho de 1997.

entre si. É que, se por um lado, estamos perante um ordenamento que se sobrepõe ao ordenamento comunitário, por outro lado, o mesmo torna-se efectivo de forma descentralizada nos ordenamentos nacionais.

A convivência entre os dois níveis normativos ⁽¹⁴⁾ ⁽¹⁵⁾, o nacional e o comunitário, a forma como se articulam e interagem entre si, pressupõe que os tribunais nacionais apliquem nos seus ordenamentos jurídicos Direito Comunitário de forma descentralizada, como tribunais comuns, competindo-lhes assim assegurar a sua plena efectivação nos seus ordenamentos jurídicos ⁽¹⁶⁾.

A frase particularmente feliz de TEMPLE LANG, descreve-nos esta acção simbiótica, “Every national court in the European Community is now a Community law court” ⁽¹⁷⁾. Os juízes nacionais ⁽¹⁸⁾, partilham em comum com o TJCE, a responsabilidade de verificar se o Direito Comunitário é respeitado na aplicação e interpretação dos Tratados. Mas mais do que isso, têm a responsabilidade que se apresenta sob a forma de uma obrigação de assegurar um resultado, que é o de garantir aos nacionais uma protecção directa, imediata e efectiva ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁴⁾ Sobre os princípios que regem as relações entre o ordenamento comunitário e os ordenamentos nacionais, nomeadamente: princípio da aplicabilidade directa; princípio do primado; princípio da uniformidade de aplicação; princípio da autonomia institucional, consultar Rui MOURA RAMOS, *Das Comunidades à União Europeia*, Coimbra, 1994, pp. 96 e segs.

⁽¹⁵⁾ “les droit communautaire et le droit nationaux sont condamnés à l’intimité. Les secondes transposent ou appliquent le premier”, Jean-Claude BONICHOT/Fernand GREVISSE, *Les incidences du droit communautaire sur l’organisation et l’exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres in L’Europe et le Droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, 1991, p. 300.

⁽¹⁶⁾ “Le juge national est le recours légal du particulier juge communautaire de droit commun, il applique directement la norme communautaire”, Marco DARMON, *Réflexions sur le Recours Préjudiciel in CDE*, n.º 5/6, 1995, p. 578.

⁽¹⁷⁾ John TEMPLE LANG *The Duties of National Courts under Community Constitutional Law in ELR*, Vol. 22, n.º 1, February, 1997, p. 3.

⁽¹⁸⁾ Paolo MENGOZZI, *European Community Law from Common Market to European Union*, London/Dordrecht/Boston, 1992, p. 71, faz referência ao duplo papel que o juiz nacional é chamado a exercer, “the judge is on the state legal system’s frontier in the sense that the judge must decide on matters covered by both internal and community rules and determine which of their spheres matters fall within”.

⁽¹⁹⁾ Ami BARAV, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire in L’Europe et le Droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, 1991, p. 9.

Qualquer tribunal nacional é um tribunal comunitário de jurisdição generalizada, com poder para aplicar todas as regras de Direito Comunitário sem quaisquer excepções, muito embora o TJCE tenha *guardado* o poder de se pronunciar pela interpretação e validade das normas ⁽²⁰⁾. “En el plano material, la *aplicación del derecho comunitario* está repartida entre órganos jurisdiccionales nacionales y Tribunal de Justicia; en el plano funcional, por el contrario, la *interpretación del derecho comunitario*, está, al menos en última instancia, monopolizada por el Tribunal” ⁽²¹⁾.

Tornou-se, por isso, necessário confiar a uma jurisdição única a possibilidade de se pronunciar, em última instância, sobre a correcta aplicação das normas ⁽²²⁾, bem como da sua validade, pois só assim, se garante que o direito é aplicado da mesma forma em todos os EM. Por este motivo, a articulação entre os dois ordenamentos passa necessariamente pelo art. 177.º (art. 234.º) TCE ⁽²³⁾,

⁽²⁰⁾ Quando referimos normas reportamo-nos apenas às normas de Direito Comunitário, pois o TJCE não tem competência para aferir da validade das normas internas, nem sequer para aferir da compatibilidade das normas nacionais com o Direito Comunitário, sendo uma tarefa que cabe estritamente aos ordenamentos internos. A mesma linha divisória, isto é, de delimitação de competências, o TJCE tem aplicado na distinção que faz entre interpretação e aplicação, se é certo que cabe ao TJCE interpretar, é ao tribunal nacional que solicitou a questão que cabe aplicar, podendo quanto muito fazer sugestões da forma como os tribunais nacionais o podem fazer, Josephine STEINER, *EC Law*, fourth edition, London, 1994, p. 322.

⁽²¹⁾ Guy ISAAC, *Manual de derecho comunitario general*, 3.ª ed., Barcelona, 1995, p. 257.

⁽²²⁾ Muito embora a tendência actualmente seja a da co-responsabilização dos tribunais nacionais na aplicação daquele Direito, que não devem ficar dependentes do TJCE, como jurisdições descentralizadas, mas aplicar em primeira mão Direito Comunitário, e apenas em casos *in extremis* deverão recorrer àquela instituição. A este propósito refere John TEMPLE LANG, *The Duties...*, *cit.*, p. 5, “It is the national courts, not the Community courts, which decide what practical consequences are when a Member State fails to fulfil its obligations under Community law. It is the national courts which decide whether a rule of national law should be regarded as inapplicable in individual cases, or as effectively repealed, because it is inconsistent with Community law. The jurisdiction of the Court of Justice is limited, it is the national courts which are courts of general jurisdiction to apply Community law whenever appropriate”.

⁽²³⁾ Thijmen KOOPMANS, *La procédure préjudicielle - victime de son succès? in Du Droit International au Droit de l'Integration, Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, pp. 348 e segs., alega que o procedimento prejudicial, permitido às jurisdições dos EM acostumarem-se à dimensão europeia dos problemas jurídicos que lhes são submetidos, facilitou a penetração no sistema jurídico das comunidades, sendo

que prevê o mecanismo da questão prejudicial, permitindo que os juizes nacionais, tenham possibilidade de colocar questões ao TJCE (24), podendo o juiz nacional no seu papel de aplicador comum de Direito Comunitário, ter certas dúvidas quanto à interpretação e validade das normas (25).

O TJCE encarrega-se, a título de uma cooperação judicial horizontal (26) (27) de solucionar as questões colocadas pelos tribu-

por isso vítima do seu próprio sucesso. O primeiro problema, é quantitativo tendo em conta o tempo que demora um processo deste tipo; o segundo, prende-se com a própria evolução da jurisprudência e complexidade dos problemas; o terceiro, prende-se com o facto de os particulares terem começado a despertar para fazer valer os direitos que para eles decorrem do ordenamento comunitário. Sobre o processo de cooperação que se estabelece entre o TJCE e os tribunais nacionais, cfr. com John TEMPLE LANG, *The duties...*, *cit.*, pp. 16 e segs., apontando para o facto de o despertar para as questões comunitárias, e nessa sequência entabular uma cooperação com o TJCE depender da "flexibilidade mental" dos aplicadores do direito, e sobretudo de uma consciencialização que é necessário ter de que ainda que seja um juiz do Reino Unido a levantar a questão, toda a comunidade poderá vir a beneficiar da sua colocação.

(24) Josephine STEINER, *EC...*, *cit.*, p. 339, refere a propósito deste artigo que não obstante o sucesso alcançado, sobretudo no que concerne à colaboração entre juizes nacionais e comunitários, apresenta uma fraqueza, que consiste no facto de deixar ao livre arbítrio do juiz nacional a faculdade de julgar quando deve referir a questão prejudicial, e o que deve referir efectivamente. Muito embora, os juizes comunitários com a finalidade de fomentar a colocação das questões prejudiciais, reformulem e sistematizem as perguntas dos juizes nacionais, ficam cerceados às questões por aqueles referidas; Hjalte RASMUSSEN, *O tribunal de justiça in Trinta Anos de Direito Comunitário*, Bruxelas/Luxemburgo, 1981, pp. 185 e segs.; no mesmo sentido Willy ALEXANDRE, *Recevabilité des renvois préjudiciels in CDE*, n.º 5/6, 1995, p. 570. Robert KOVAR, *L'évolution de l'article 177 du traité CE in La Reforme du Systeme Juridictionnel Communautaire*, Bruxelles, 1994, p. 51, faz referência ao facto de o espírito de colaboração que norteia o funcionamento da questão prejudicial, obrigar o juiz nacional a respeitar a função do TJCE que é a de contribuir para a administração da justiça, e não de formular opiniões consultivas sobre questões gerais ou hipotéticas.

(25) Sobre o aumento do número de questões colocadas ao TJCE pelos Tribunais nacionais, ver Thijmen KOOPMANS, *La procédure...*, *cit.*, pp. 347 e segs.

(26) Cfr. Michael O'NEILL, *Article 177 and Limits to the Right to Refer: an End to the Confusion? in EPL*, Vol. 2, Issue 3, September, 1996, pp. 376 e 377, referindo que o art. 177.º sofreu uma desvirtuação, relativamente ao seu móbil inicial, "The procedure was perceived as being horizontal in nature where the ECJ and the national court operate as equals with their relationship based on cooperation rather than hierarchy. (...) the nature of the article 177 procedure has now changed, becoming more vertical (with the ECJ asserting its authority) and multilateral (with the introduction of *acte clair*)".

(27) Não havendo qualquer tipo de hierarquia, mas apenas uma compartimentação de funções o que resulta patente nas palavras que passamos a transcrever "in a manner

nais nacionais, salvaguardando assim uma interpretação unitária do sistema comum a todos os Estados Membros.

Em jeito de conclusão podemos dizer que, cabe ao TJCE em primeira instância, supervisionar a observância do Direito Comunitário. Não obstante, os EM — como referimos anteriormente — têm um papel importante como aplicadores descentralizados, uma vez que, devem assegurar uma completa e efectiva aplicação daquele, a todos os níveis da administração e estabelecer sanções para qualquer falha na aplicação daquelas regras. Por aqui podemos facilmente chegar à conclusão, que o TJCE na aplicação e efectivação do Direito Comunitário tem como importantes aliados os tribunais nacionais ⁽²⁸⁾.

A forma como os dois ordenamentos se inter-relacionam é ainda complementada por alguns princípios, entre outros, o princípio da autonomia institucional, o que significa em termos práticos, que não obstante o processo legislativo ter lugar nas instituições comunitárias, a aplicação e execução dessas normas recai sobre os órgãos nacionais, administrativos e judiciais.

Outro princípio basilar, é o princípio da eficácia erigido com base no art. 5.º (art. 10.º) TCE, e que se materializa na obrigação que impende sobre as instâncias nacionais de assegurarem a plena eficácia das normas comunitárias ⁽²⁹⁾ nos ordenamentos nacionais. O ac. Simmenthal, poderá trazer alguma luz à forma como este princípio se aplica na prática, ao prever uma articulação do princípio da solidariedade — em conformidade com as obrigações

which maintained the separate spheres of responsibility of each court”, Neville MARCH HUNNINGS, *The European Courts*, London, 1996, p. 19; ver ainda, Jean BOULOUIS, *Droit institutionnel des communautés européennes*, 4.ª ed., p. 305, refere que o juiz comunitário presta toda a colaboração que lhe é solicitada pelo juiz nacional, e fala inclusive “la Cour s’y affirme dans la forme et dans le ton aussi bien que sur le fond comme le tuteur”.

⁽²⁸⁾ C.W. TIMMERMANS, *Judicial Protection against Member States: Articles 169 and 177 Revisited in Institutional Dynamics of European Integration Essays in Honour of Henry Schermers*, Vol. II, Dordrecht/Boston/London, 1994, pp. 392 e 393.

⁽²⁹⁾ “application du principe de la coopération énoncé à l’article 5 du traité, il appartient aux juridictions nationales d’assurer la protection juridique découlant pour les justiciables de l’effect direct du droit communautaire”, Ami BARAV, *La Fonction Communautaire du Juge National*, Consultado na Biblioteca do Serviço Jurídico da Comissão Europeia, 1983, p. 436.

impostas pelo art. 5.º (art. 10.º) TCE —, isto é, impõe aos órgãos nacionais que retirem todas as consequências da sua qualidade de membro da CE, com uma aplicação descentralizada, viável e efectiva pelos ordenamentos nacionais de Direito Comunitário.

Por aqui se deduz que, o princípio da autonomia institucional que governa a “delicada relación simbiótica”⁽³⁰⁾ entre as instituições nacionais e supranacionais, está limitado e submetido à plena eficácia do Direito Comunitário nos Estados, necessitando de um mediador que o aplique, pois mais importante do que ter um direito em termos teóricos é, a sua efectivação em termos práticos. Possibilitando ao particular o seu usufruto pleno, retirando todas as suas potencialidades.

Todavia, a situação em termos práticos, não será tão linear como à primeira vista se poderia inferir da nossa descrição. As obrigações que decorrem para os juizes e tribunais nacionais de tutelarem os direitos subjectivos dos particulares de origem comunitária, foram fruto de elaborada jurisprudência⁽³¹⁾.

O juiz nacional beneficia de uma autonomia institucional, reconhecida às ordens jurídicas internas, quanto à determinação e ao exercício das vias de direito por forma a permitir que os particulares possam usufruir plenamente dos direitos que lhes são conferidos por aquele ordenamento.

Neste contexto, o passo subsequente pareceria ser o de aperfeiçoamento dos mecanismos de garantia do Estado de Direito, que dependem da responsabilidade exclusiva dos Estados.

No entanto, se encarmos o assunto do ponto de vista do Direito Comunitário, o problema ganha uma maior dimensão, pois esta nova ordem jurídica comporta em si exigências que lhe são próprias e específicas, cabendo ao juiz nacional, como primeiro aplicador de Direito Comunitário, transcender as soluções consa-

⁽³⁰⁾ Jose FERNANDEZ MARTIN, *El principio de tutela efectiva de los derechos subjectivos derivados del derecho comunitario. Evolucion y alcance in RIE*, Vol. 21, n.º 3, 1994, p. 850.

⁽³¹⁾ Jose FERNANDEZ MARTIN, *El principio...*, *cit.*, pp. 860 e 861, “Puesto que el Derecho Comunitario forma parte integral del patrimonio jurídico de los individuos, los derechos subjectivos comunitarios deben ser acordados tutela judicial efectiva no ya en los mismos términos que si fueran derechos originados exclusivamente en el ordenamento jurídico interno, sino aún con maior vigor debido a su naturaleza superior”.

gradas no seu ordenamento, sempre que estas se mostrem insuficientes para a prossecução dos objectivos comunitários.

Nestes casos *patológicos* o papel do juiz nacional assume magna importância na defesa dos direitos dos particulares, devendo assegurar-lhes uma protecção efectiva e imediata, na salvaguarda de direitos, que lhes são mais favoráveis que os direitos que de outra forma lhes seriam aplicados e que, derivariam dos seus ordenamentos internos. Caso Verholen⁽³²⁾, o TJCE considerou que o juiz nacional deve aplicar as disposições da directiva aos particulares, ainda que aqueles não a tenham invocado⁽³³⁾, provavelmente por ignorância. Com esta sentença a noção de efeito directo adquire uma dimensão mais ampla, e centra-se não na sua invocabilidade pelo particular, mas na própria natureza do Direito Comunitário, disposições juridicamente perfeitas, que não necessitam de qualquer desenvolvimento e que concedem direitos aos particulares.

3. Protecção provisória: objectivos

CRUZ VILAÇA dá-nos uma noção de medidas provisórias “la procédure en référé apparaît comme un instrument important de *protection juridictionnelle effective*, permettant de concilier la nécessité de trouver des solutions rapides avec les délais qu’impose l’administration d’une justice dont les effets doivent être durables et stables”⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ Acórdão de 11/7/1991, Proc. apensos C- 87/90 e C- 89/90, Col. 1991, pp. 3757 e segs.

⁽³³⁾ O Direito Comunitário não se opõe a que um órgão jurisdicional nacional conheça oficiosamente da conformidade de uma regulamentação nacional com as disposições precisas e incondicionais de uma directiva, cujo prazo de transposição expirou, mesmo que o interessado a não tenha invocado perante o órgão jurisdicional nacional. A directiva deve ser interpretada no sentido de que impede os EM de manter após expirado o prazo para a transposição os efeitos de uma legislação nacional anterior, acórdão de 11/7/1991, *cit.*, p. 3758.

⁽³⁴⁾ J. CRUZ VILAÇA, *La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire*, em curso de publicação, Liber Amicorum Federico Mancini, p. 1829.

Daqui retiramos duas conclusões, que estamos perante um instrumento essencial para a tutela jurisdicional efectiva, e que, através de um processo rápido e isento de grandes formalismos, se acautela a protecção de um direito até que seja proferida a sentença final.

Este instituto prende-se com a salvaguarda directa do efeito útil da decisão jurisdicional que se pretende tornar efectiva. “El derecho a la medida cautelar forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial a través de la efectividad constitucionalmente exigible a ésta, porque esse derecho *ha de poder asegurar* el cumplimiento futuro de la Sentencia a dictar y si es incapaz de ello, no se trata de una verdadera tutela (...) la tutela efectiva implica una previa tutela cautelar”⁽³⁵⁾.

Tendo em conta que a resolução de um litígio pode demorar tempo considerável, e que essa demora pode acarretar um risco para o titular de um direito, torna-se imperioso encontrar um meio processual mais célere, que permita salvaguardar em determinadas situações concretas, os direitos relativamente aos quais exista um grave risco de deterioração⁽³⁶⁾.

Neste contexto surgem as medidas cautelares, que mais não são do que “uma composição provisória do litígio, que permite esperar pela composição definitiva”⁽³⁷⁾, através de um processo

(35) Francisco CHAMORRO BERNAL, **La tutela Judicial Efectiva**, Barcelona, 1994, p. 286. No mesmo sentido, Mar JIMENO BULNES, **La cuestión prejudicial del artículo 177.º TCE**, Barcelona, 1996, p. 431 refere a propósito da sentença Factortame (acórdão de 19/6/1990, Proc. C-213/90, Col. 1990) “reconocimiento de la tutela cautelar como garantía a incluir dentro del derecho a la tutela efectiva; el TJCE se sitúa así en la línea de otros tribunales estatales que extraen esta misma consecuencia del derecho fundamental”. Na sequência desta linha Maria Del Carmen DÍAZ JIMÉNEZ, **Principios...**, *cit.*, p. 52.

(36) Rosalyn HIGGINS, **Interim measures for the protection of human rights in CJTL**, Vol. 36, 1997, pp. 91 e segs., revela as novas tendências da jurisprudência do TIJ, colocando especial enfoque na nova linha jurisprudencial que aquele Tribunal tem vindo a consagrar, nomeadamente, enveredando pela protecção dos direitos do homem, que se situam para além dos conflitos interestaduais. Tendo o TIJ aplicado medidas cautelares — permitidas pelo art. 41.º, n.º 1 ETIJ “o Tribunal pode indicar se considerar que as circunstâncias o exigem quaisquer medidas provisórias que possam ser tomadas para preservar os direitos de qualquer das partes” — quando estão em causa direitos humanos, direito à vida, ou integridade física.

(37) João de CASTRO MENDES, **Direito Processual Civil**, I Vol, Lisboa, 1990, p. 252.

sumário, que permite acautelar os interesses dos particulares, por forma a assegurar “l’effectivité de l’arrêt qui mettre fin a l’action principal ou en maintenant ou en créant la situation de fait qui rendre cela possible” (38).

As medidas cautelares têm por finalidade assegurar provisoriamente a integridade dos bens ou da situação jurídica em apreço durante o processo (39). Apontam-se como principais objectivos: evitar que o tempo necessário para proferir a sentença final, não termine por obstar ao efeito prático da sentença, isto é “que antes da decisão definitiva do juiz, se esteja perante a situação do facto consumado” (40); restabelecer o equilíbrio entre as partes através de uma “igualdad de armas” (41), sobretudo quando estão em causa actos das instituições comunitárias ou actos administrativos; bem como da utilidade do recurso, pelo que daqui podemos desde já vislumbrar que têm necessariamente uma incidência nos direitos ou interesses em presença, na medida em que, consistem numa composição provisória do litígio.

Segundo TEIXEIRA DE SOUSA, as providências cautelares podem prosseguir um de três fins: garantir um direito, definir uma regulação provisória ou antecipar a tutela pretendida ou requerida. No primeiro caso, tomam-se providências que garantam a utilidade da composição definitiva; no segundo, as providências definem uma situação provisória ou transitória; no terceiro, atribuem o mesmo que se pode obter na composição definitiva (42).

As providências cautelares são iminentemente provisórias, por um lado, porque correspondem a uma “tutela que é qualitati-

(38) VAN GINDERACHTER, *Référé* in Dictionnaire juridique des communautés européennes, coord. de Ami Barav e Christian Philip, Paris, 1993, p. 911.

(39) Nas palavras de L. P. MOITINHO DE ALMEIDA, **Providências Cautelares não Especificadas**, Reimpressão, Coimbra, 1981, pp. 13 e 14, “porque o que a providência visa assegurar não são os efeitos da decisão de mérito mas a conservação do “statu quo” de facto e de direito relativamente a uma situação da qual resultam interesses tutelados pelo direito relativamente aos quais o seu titular disponha do direito de acção”.

(40) A. OLIVEIRA E SILVA, **A suspensão da executoriedade dos actos administrativos na República Federal Alemã** in *DDC*, n.º 20, 1984, p. 232.

(41) María del Carmen DÍAZ JIMÉNEZ, **Pincipios de derecho processual comunitário**, Madrid, 1996, p. 53.

(42) Miguel TEIXEIRA DE SOUSA, **Estudos sobre o novo processo civil**, Lisboa, 1997, p. 227.

vamente” distinta daquela que é obtida na acção principal de que são acessórias, por outro lado, existe uma diferença substancial, na medida em que, quando se concede a tutela provisória existe apenas a probabilidade séria da existência do direito que se visa acautelar. Diferentemente na acção definitiva em que o juiz através de diligências probatórias se certificou que de facto existe um direito que se pretende e deve acautelar na sentença final ⁽⁴³⁾.

Independentemente da diferença qualitativa entre os dois processos, assumindo o processo de medidas provisórias um cariz nitidamente secundário face ao processo principal do qual é instrumental, nem por isso a sua importância é diminuída. “A composição provisória realizada através das providências cautelares não deixa de se incluir nessa instrumentalidade, porque ela também serve os fins gerais de garantia que são prosseguidos pela tutela jurisdicional” ⁽⁴⁴⁾.

É em virtude de estarmos perante uma composição meramente provisória, e instrumental face ao processo principal, concedendo-se nessa medida uma tutela jurisdicional efectiva que permite, *a posteriori* salvaguardar a pretensão do requerente, que a acção principal não perde razão de ser. Na medida em que por antecipação e mesmo antes de uma sentença por parte do Tribunal se consegue uma regulação material da situação — ainda que provisória —, salvaguardando desta forma direitos que de outra forma se perderiam.

Contudo, não se pode retirar a conclusão que a decisão proferida no procedimento cautelar é vinculativa face à acção principal como refere o art. 383.º, n.º 4 CPC “Nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento da acção principal”.

Por tudo o que vimos dizendo, podemos concluir que um dos traços distintivos do processo cautelar é a celeridade, o que não significa que estejamos perante um processo que não obedece a normas estritas. Antes pelo contrário, as medidas provisórias implicam uma *summaria cognitio* da situação através de um procedimento simplificado e rápido.

⁽⁴³⁾ Miguel TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos...*, *cit.*, p. 228.

⁽⁴⁴⁾ Miguel TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos...*, *cit.*, p. 229.

Desta forma, conjuntamente com a petição o requerente de medidas cautelares deve fazer prova sumária do direito ameaçado, justificando o receio da sua lesão (art. 384.º, n.º 1 CPC). Uma das especificidades deste tipo de medidas prende-se com o facto de o Tribunal ouvir o requerido sempre que a audiência não ponha em risco o fim ou eficácia da providência (art. 385.º, n.º 1 CPC) ⁽⁴⁵⁾, em seguida procede-se, quando necessário, à produção das provas requeridas ou determinadas oficiosamente (art. 386.º, n.º 1 CPC).

Tendo em conta todas estas especificidades, o requerido vê os seus direitos acautelados na medida em que, tem direito a ser colocado na situação em que se encontraria se a providência cautelar não tivesse sido decretada (art. 562.º CC), sendo que o dano indemnizável comporta todos os prejuízos que o requerido sofreu, não só com a providência decretada, mas também com a sua execução, nomeadamente com a realização ou omissão dos actos a que ficou vinculado ⁽⁴⁶⁾.

As providências cautelares não se concedem apenas porque são requeridas, o art. 387.º, n.º 1 CPC prevê que “A providência é decretada desde que haja probabilidade séria da existência do direito e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão”, pelo que se torna necessário o preenchimento de duas condições essenciais que se sintetizam, no *fumus boni iuris* ⁽⁴⁷⁾ ⁽⁴⁸⁾ — exige-se apenas a prova de que a situação jurídica alegada é provável ou

⁽⁴⁵⁾ Retirando-se como conclusão *à contrario* que poderá não o fazer sempre que daí resulte um risco relativamente ao fim que se retende acautelar com a medida provisória requerida, em clara contradição com um dos princípios processuais basilares, o princípio do contraditório.

⁽⁴⁶⁾ Miguel TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos...*, *cit.*, p. 255.

⁽⁴⁷⁾ Este requisito prende-se com a aparência de bom direito, isto é, com a probabilidade séria de que o direito que o requerente alega se venha a verificar em termos práticos, arts. 384.º, n.º 1 e 387.º, n.º 1 do CPC.

⁽⁴⁸⁾ “Uma das consequências da *summaria cognitio* é o grau de prova que é suficiente para a demonstração da situação jurídica que se pretende acautelar ou tutelar provisoriamente. Uma prova *strictu sensu* (ou seja a convicção do tribunal sobre a realidade dessa situação) não seria compatível com a celeridade própria das providências cautelares, além disso, repetiria a actividade e apreciação que, por melhor se coadunarem com a composição definitiva da acção principal, devem estar reservadas para esta última. É por isso que as providências cautelares exigem apenas a prova sumária do direito ameaçado, ou seja, a demonstração da probabilidade séria do direito alegado, Miguel TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos...*, *cit.*, p. 233.

verosímil —; e o *periculum in mora* — que pressupõe uma urgência por parte do requerente.

Acrescenta-se um terceiro requisito (que não vem previsto no citado artigo), nomeadamente o da “*instrumentalidade hipotética*” (49), que se consubstancia, por um lado, no facto de o procedimento cautelar ser instrumental relativamente ao processo principal, pelo que pressupõe um processo definitivo, e por outro lado, é instrumental de um processo que se presume seja favorável ao requerente da medida, “a composição provisória do litígio baseia-se na hipótese de uma futura composição *definitiva* favorável ao requerente” (50).

Como refere PAREJO ALFONSO, “la realización de la tutela conforme a los principios mínimos de equidad, publicidad y razonabilidad en el tiempo, pero también — y este aspecto es el que ahora importa — supone la operatividad de la protección judicial precisamente sobre los bienes jurídicos objeto de litigio, de suerte que la decisión final del Juez no sea ilusoria y pueda cumplirse en sus propios términos, possibilitando verdaderamente el disfrute de dichos bienes, sin la precisión sistemática de su conversión en una indemnización equivalente en razón a su desaparición, pérdida o lesión durante el proceso a resultas de la actuación administrativa (la ejecución del acto impugnado)” (51).

É nesta sequência e, colocando especial enfoque na operatividade das medidas cautelares, que no Direito Administrativo a mera suspensão da eficácia do acto como forma de obviar ao privilégio da execução prévia, se começou a questionar. Sendo que, esta técnica é um instrumento ao serviço da protecção provisória dos bens jurídicos, até que se resolva em definitivo o contencioso judicial, tem como móbil garantir uma plenitude da tutela jurisdicional efectiva, que é em si mesma um direito fundamental. A suspensão, não deve ser vista como a técnica, senão como uma das técnicas da tutela judicial cautelar.

(49) João de CASTRO MENDES, *Direito Processual...*, cit., p. 253.

(50) João de CASTRO MENDES, *Direito Processual...*, cit., p. 254.

(51) Luciano PAREJO ALFONSO, *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo in REDA*, n.º 49, Jan./Mar, 1986, p. 22.

Actualmente, foi denunciada a insuficiência da suspensão como medida cautelar, uma vez que deixa de fora múltiplos aspectos da actividade administrativa, desde logo, a inactividade administrativa, até ao complexo mundo das formas de actuação administrativa não imperativa, interventoras ou limitadoras passando pelos actos puramente negativos. “En efecto, el mecanismo de la suspensión está dirigido contra aquellos efectos de un acto administrativo que vienen a producir una alteración material en la situación existente, ...; si el acto administrativo no viene a alterar nada, entonces parece claro que nada hay que suspender; y esto es lo que ocurre con los actos negativos, que se limitan a denegar una solución sin producir la alteración material”⁽⁵²⁾.

A diversidade das formas de actuação da administração, habilitam o juiz a aplicar outras medidas cautelares, que não só a mera suspensão. É o caso do direito francês (matriz de inspiração do direito português) onde se consagraram, o *sursis à exécution*, o *constat d'urgence*, e o *référé*, muito embora não caiba no âmbito deste artigo uma análise de direito comparado dos vários sistemas de tutela provisória iremos fazer-lhes uma breve referência.

Quanto ao *sursis à exécution*, equivale ao sistema jurisdicional da suspensão da eficácia do direito português, tendo em conta que a actividade principal da Administração Pública é a prossecução do interesse geral, esta medida não é vista com *bons olhos*, pois constitui um entrave para a prossecução do interesse público.

Os restantes meios de justiça cautelar que enunciamos, *constat d'urgence e référé*, têm em comum serem ambos processos de urgência. Esta tramitação urgente é raramente utilizada pelo Conseil d'Etat, sendo da competência do Presidente.

O *constat d'urgence* é um procedimento simples e de alcance limitado, que tem como único pressuposto a existência de uma situação de urgência, isto é, que haja risco de se produzir um dano irreparável, verificando-se esse pressuposto, o juiz fica habilitado a decretar medidas para a comprovação dos factos. O que distingue este processo do *référé* é a inexistência do princípio do contraditório, o que bem se compreende dada a maior celeridade na tramitação processual.

⁽⁵²⁾ Auto de la Sala 3.ª de la Audiencia Territorial de Madrid de 18 de Noviembre de 1982, *apud* Luciano PAREJO ALFONSO, *La tutela...*, *cit.*, p. 35.

Diferentemente, o *référé* ⁽⁵³⁾ é um procedimento mais complexo — assumindo três modalidades ⁽⁵⁴⁾: *référé-mesures utiles* ⁽⁵⁵⁾; *référé-instruction* ⁽⁵⁶⁾ e o *référé-provision* ⁽⁵⁷⁾ —, distingue-se do *constat d'urgence* pelo seu maior alcance, permitindo ao juiz estabelecer medidas de instrução (formulação de uma perícia, por exemplo), bem como medidas provisórias ou de conservação dos bens, se bem que nenhuma das medidas a tomar possa vir a prejudicar o fundo da questão.

Corolário lógico do *référé*, é o facto de não se confundir com a instância principal, que tem por finalidade resolver a questão de fundo pondo fim ao litígio, enquanto a primeira é necessariamente uma situação temporalmente limitada, e visa evitar o prejuízo que poderá causar o decurso do tempo ⁽⁵⁸⁾, o juiz de *référé* “a plus pour finalité d’agir sur une situation que de dire le droit” ⁽⁵⁹⁾.

Nesta sequência parece-nos razoável, fazer uma referência ao sistema alemão onde o CPC parece ter ido buscar inspiração, ao fazer uma distinção entre as medidas conservatórias e antecipatórias.

As medidas conservatórias, como o próprio nome indica, têm por móbil conservar, assegurar, manter o *statu quo*. Como não produzem alterações na ordem jurídica, o juiz satisfar-se-á com a verificação do *fumus boni iuris*, e com o *periculum in mora*, provando-se desta forma que se o juiz cautelar não actuar, a posição do requerente, ou o direito que invoca corre o risco de sofrer danos irreversíveis. Desta forma, fácil se torna concluir

⁽⁵³⁾ Para mais desenvolvimentos consultar, Joël CAVALLINI, **Le juge national, du provisoire face au Droit Communautaire**, Bruxelles, 1995, pp. 12 e segs.

⁽⁵⁴⁾ R. CHAPUS, **Droit des Contentieux Administratif**, 5.ª ed., Paris, 1995, pp. 1026 e segs.

⁽⁵⁵⁾ Corresponde ao *référé* do Processo Civil, permitindo ao juiz decretar todas as medidas cautelares necessárias, por forma a que o objecto do litígio não sofra quaisquer danos.

⁽⁵⁶⁾ Permite ao tribunal decretar a tomada de medidas essenciais à boa instrução do processo, por forma a tentar atingir a verdade material.

⁽⁵⁷⁾ O *référé-provision*, permite ao particular consignar um adiantamento pecuniário, quando está por exemplo em causa uma dívida da administração por responsabilidade extracontratual, e se encontrem preenchidos os requisitos.

⁽⁵⁸⁾ A. OLIVEIRA E SILVA, **A suspensão da executoriedade...**, cit., p. 258.

⁽⁵⁹⁾ Joël CAVALLINI, **Le juge national...**, cit., p. 18.

que estas medidas são verdadeiramente instrumentais face à acção principal.

Diferentemente as medidas antecipatórias, que embora pertencentes à família das medidas cautelares, e portanto comunguem do mesmo objectivo, actuam de forma diferente, pois consomem o pedido material, uma vez que o antecipam ⁽⁶⁰⁾. Devido à sua própria natureza, são susceptíveis de gerar controvérsia, na medida em que, ainda que provisoriamente e sempre na pendência da acção principal, criam direitos na esfera jurídica dos particulares produzindo alterações de ordem material. Contudo mesmo neste caso, há quem entenda que este tipo de medida provisória nunca consumiria a decisão final, dado que apenas altera um estado de facto provisoriamente, não a situação jurídica em si mesma, que só será alterada e definida após a sentença final.

Em síntese, o direito fundamental à efectividade, que aparece como a verdadeira materialização e objectivo da tutela jurisdicional efectiva, confere ao cidadão, as seguintes prerrogativas: desde logo, o direito de solicitar a adopção de medidas cautelares, por forma a evitar que a resolução final fique vazia de conteúdo. Correlacionado com este, o direito a oferecer ao órgão jurisdicional os meios probatórios por forma a provar que existe *fumus boni iuris* e *periculum in mora*; direito a obter do órgão jurisdicional a respeito da solicitação de medidas cautelares, uma resposta fundamentada. Por fim, direito a que a decisão judicial sobre as medidas cautelares garanta a permanência durante o processo, do direito ou interesse jurídico a tutelar.

4. Forma como o TJCE e o TPI aplicam as medidas cautelares

O tema das medidas provisórias — *référés* ⁽⁶¹⁾ — é abordado directamente no Tratado de Roma, nos arts. 185.º e 186.º (arts. 242.º e 243.º, respectivamente) TCE, prevendo a primeira

⁽⁶⁰⁾ Note-se que para obstar a uma entrada sem limites de pedidos em que se pede a antecipação de uma quantia, pode instituir-se um sistema de caução.

⁽⁶¹⁾ Termo usualmente utilizado para designar a tutela provisória, J. CRUZ VILAÇA aponta algumas razões para o enorme sucesso que estas medidas têm vindo a ter

norma, a possibilidade de o TJCE ordenar a suspensão da execução do acto impugnado; e a segunda, que nas causas submetidas à sua apreciação, o TJCE possa ordenar as medidas provisórias necessárias, para a salvaguarda do direito invocado.

O facto de o legislador ter consignado em normas autónomas a suspensão do acto impugnado, e as medidas provisórias, não significa que estas tenham uma natureza distinta ⁽⁶²⁾. Esta inserção sistemática em duas normas distintas ficou a dever-se ao facto de o TJCE ter uma dupla vertente, compaginando simultaneamente competências próprias de um órgão jurisdicional administrativo, e de um órgão jurisdicional civil, que necessitam em princípio de dois tipos distintos de medidas provisórias ⁽⁶³⁾.

Em matéria administrativa, os litigantes não se encontram em pé de igualdade, desde logo, porque uma das partes corresponde à enorme máquina administrativa do Estado, encarregue da prossecução do interesse geral, por contraposição ao administrado. Acresce referir, que o contencioso-administrativo tem como figura central o acto administrativo, que conta com dois poderosos aliados, dois princípios basilares do direito administrativo, por um lado, a presunção de legalidade do acto inerente à própria actividade da administração, e por outro lado, o privilégio da execução prévia — que permite à administração impor coactivamente aos particulares os imperativos contidos no acto, independentemente da sua validade ou invalidade, sem que para isso seja necessário o aval do poder judicial ⁽⁶⁴⁾. Foi para assegurar o efeito útil da garantia jurisdicional que se institui nos sistemas de matriz francesa, o

junto dos particulares, por um lado, são uma forma de obter a título provisório uma decisão que preserve os seus direitos e interesses legítimos, por outro lado, são um meio de reacção contra o risco de um prejuízo grave e irreparável, *Le système...*, *cit.*, p. 244.

⁽⁶²⁾ Cfr. Mar JIMENO BULNES, *La cuestión...*, *cit.*, p. 433, quando refere que a suspensão supõe a adopção de uma medida provisória, mas esta não pode qualificar-se de medida cautelar *strictu sensu*. Ainda que toda a medida cautelar possa considerar-se na essência provisória, não se pode defender a posição contrária, as medidas cautelares são uma espécie do género medidas provisórias.

⁽⁶³⁾ B. PASTOR BORGNOÑ/E. VAN GINDERACHTER, *El Procedimiento de Medidas Cautelares*, Madrid, 1993, pp. 15, *maxime* 16.

⁽⁶⁴⁾ Como refere, L. PAREJO ALFONSO, *La tutela...*, *cit.*, p. 19, “El derecho administrativo español, como el francés (que es su modelo histórico), descansa sobre la idea y el principio del poder público”, referindo ainda nesta sequência que a posição jurí-

mecanismo da suspensão da eficácia dos actos administrativos, por forma a impedir que da anulação tardia do acto, não resultasse qualquer benefício para o recorrente ⁽⁶⁵⁾.

Diferentemente em matéria civil ou comercial, em que ambas as partes por contraposição ao processo administrativo, se encontram numa situação de igualdade, podendo intervir no processo. Neste tipo de situações, para conservar o *statu quo* pode ser necessária a aplicação de determinadas medidas com um conteúdo positivo.

No âmbito das medidas provisórias cabem quaisquer outras medidas cautelares relativas aos actos comunitários, que não a suspensão, permitindo-se assim uma adequação da medida cautelar à situação concreta. Mas analisemos separadamente, as duas grandes categorias de medidas cautelares, começando pela única que é expressamente enunciada pelo legislador no art. 185.º (art. 242.º) TCE, que corresponde à suspensão. O TJCE pode ordenar a suspensão de qualquer acto de uma instituição comunitária, na medida em que, o destinatário de uma sentença pode pedir a suspensão da execução de uma sentença do TPI ⁽⁶⁶⁾, se tiver sido interposto recurso contra a mesma. Estamos perante uma medida com um cariz iminente negativo, destinando-se somente à paralisação dos efeitos do acto, podendo ser fixada uma data a partir da qual a medida cessa os seus efeitos, caso contrário cessa a partir da pronúncia da sentença que põe fim à instância ⁽⁶⁷⁾.

dica da administração é exorbitante, caracterizando-se pela capacidade de decisão unilateral, presumivelmente legítima e executiva.

⁽⁶⁵⁾ Corresponde à *sursis à exécution*.

⁽⁶⁶⁾ Sobre a forma como o TPI e o TJCE se relacionam, Antonio TIZZANO, *Le transfer des recours directs in La reforme du systeme juridictionnel communautaire*, Bruxelles, 1994, pp. 67 e segs. Tendo em conta que se criou um novo grau de jurisdição do qual cabe recurso para o TJCE, D. WAELBROECK, *Le transfer des recours directs au Tribunal de Première Instance des Communautés européennes vers une meilleure protection judiciaire des justiciables? in La reforme du systeme juridictionnel communautaire*, Bruxelles, 1994, pp. 89 e segs.

⁽⁶⁷⁾ Jean-Victor LOUIS/G. VANDERSANDEN/D. WAELBROECK/M. WAELBROECK, *Commentaire Megret*, Le droit de la CEE, La Cour de Justice les actes des institutions, Vol. 10, 12.º editon (entièrement refondue et mise à jour), Bruxelles, 1993, p. 403.

Diferentemente as outras medidas provisórias, previstas no artigo 186.º (art. 243.º) TCE, começando o âmbito de aplicação destas, quando a protecção de cariz negativo que confere a suspensão se torna insuficiente para proteger o requerente de um prejuízo grave e irreparável. Estamos perante uma situação *patológica*, que pode assumir uma de duas vias: a primeira, em que a instituição comunitária se recusa a reconhecer ao requerente um direito, e a segunda, em que a instituição se abstém, ou seja, estamos perante uma omissão na verdadeira acepção da palavra.

As medidas que se podem adoptar neste âmbito não vêm elencadas nos Tratados, podendo deduzir-se dos arts. 186.º (art. 243.º) TCE; 83.º, n.º 1 RPTJ e 104.º, n.º 1 RPTPI, que proporcionam algumas pistas para aplicação destas.

Assim a medida requerida deve ser necessária — o que implica uma actuação precisa e apropriada para assegurar a efectividade que se pretende —, e ter algum ponto de conexão com a questão principal colocada perante o Tribunal, este requisito implica que as actuações solicitadas possibilitem a exequibilidade da sentença, pelo que na maioria dos casos serão medidas objectivamente idênticas às que se adoptarão para a execução da sentença (68), mas que pelo facto de serem apenas provisórias não podem dar origem a uma situação irreversível que converta em inútil a sentença.

Neste caso, torna-se evidente o paralelismo das normas comunitárias e das normas internas, uma vez que a finalidade é exactamente a mesma, assegurar a efectividade da declaração jurisdiccional que põe fim ao litígio, nomeadamente no que concerne ao esquema de protecção dos particulares, e da salvaguarda de um direito enquanto se espera a sentença definitiva.

Daqui se infere que estamos perante um procedimento célere e sumário, que regula de forma provisória a situação em litígio, garantindo os direitos e interesses das partes enquanto dura o processo, por forma a que, quando for proferida uma sentença, possa ser exequível surtindo os efeitos práticos visados.

(68) B. PASTOR BORGÑOÑ/E. VAN GINDERACHTER, *El procedimiento...*, cit., p. 124.

Podemos descortinar *a priori* duas finalidades nas medidas cautelares. A primeira, é a de garantir provisoriamente o respeito pela legalidade comunitária, estamos perante uma finalidade meramente objectiva, pois existem fundadas dúvidas, por exemplo sobre a validade de um acto. A segunda, prende-se com o direito subjectivo das partes, implícito no direito fundamental à tutela e que tem como corolário, a efectividade da decisão judicial que irá pôr fim ao litígio principal.

O advogado geral CAPOTORTI, apontou três requisitos para que se possam outorgar medidas provisórias em sede de art. 186.º (art. 243.º) TCE: 1.º um vínculo estreito entre a medida cautelar e a resolução do litígio; 2.º o carácter provisório deste tipo de medidas; 3.º o facto de não poderem prejudicar a decisão sobre o fundo da questão ⁽⁶⁹⁾.

Quando se fala num vínculo estreito quer-se sobretudo salientar o carácter instrumental, subordinado e dependente que estas medidas assumem relativamente ao processo principal, o que é patente no art. 83.º, n.º 1 RPTJ e art. 104.º, n.º 1 RPTPI, *in fine*, que prevêm respectivamente, que as medidas requeridas são admissíveis se formuladas por uma das partes do assunto submetido ao TJCE e tenham conexão com o mesmo ⁽⁷⁰⁾.

O que se entende por uma conexão entre os dois processos? Apontam-se três aspectos principais para analisar o vínculo entre o processo principal e o processo cautelar.

O primeiro, prende-se com o objecto, que não tem que ser idêntico ao do recurso principal, sendo suficiente que estejam unidos por um vínculo de causa efeito, de forma a que o segundo apareça como consequência inevitável do primeiro. O objecto das medidas cautelares deve derivar directamente do objecto do recurso principal.

O segundo, tem que ver com as medidas solicitadas, não devem exceder a competência do juiz, que não pode conhecer da questão de fundo objecto do litígio principal.

⁽⁶⁹⁾ Acórdão de 28/3/1980, **Commission/France**, Proc. 24/80 R e 97/80 R, Rec. 1980, pp.1336 e 1337.

⁽⁷⁰⁾ Daí a necessidade de ser colocado em simultâneo ou posteriormente ao processo principal, mas nunca antes.

O terceiro, prende-se com a análise do processo principal, mais do que aferir da seriedade das alegações, deve analisar-se a admissibilidade da questão posta no processo principal, o que significa que se o pedido principal for rejeitado as medidas cautelares também o serão ⁽⁷¹⁾.

Do exposto resulta, que estamos perante um processo que não tem autonomia, é acessório porque dependente de um processo principal. O fim último deste tipo de processos, consiste em permitir assegurar que a decisão que será proferida ulteriormente no processo principal, possa produzir efeitos jurídicos. Prova disso mesmo, é o facto de a medida provisória ⁽⁷²⁾ cessar os seus efeitos, assim que se pronunciar a sentença do processo principal. O art. 86.º, n.º 3 RPTJ (que tem o seu homólogo no art. 107.º, n.º 3 RPTPI) refere justamente o que acabamos de dizer, nomeadamente, que as medidas provisórias ficam sem efeito quando se pronuncie a sentença que ponha fim ao processo, ressaltando de forma clara o seu carácter provisório e limitado no tempo “Es decir, que la medida acordada nace ya con una duración *transitoria*” ⁽⁷³⁾.

A provisoriedade destas medidas, prende-se com a característica subsequente, não podem criar uma situação fáctica de carácter irreversível, o mesmo equivale dizer que não podem prejudicar a decisão de fundo, tanto o art. 36.º, último parágrafo do PETJCE, como o art. 86.º, n.º 4 RPTJ, e art. 107.º, n.º 4 RPTPI, consagram esta exigência de forma clara, quando referem que “tem um carácter meramente provisório não podendo prejudicar a decisão final sobre o assunto principal”.

As condições substanciais necessárias para a adopção das medidas cautelares encontram-se subordinadas a determinados requisitos cumulativos que vêm previstos no art. 83.º, n.º 2, do RPTJ (que tem o seu homólogo no art. 104.º, n.º 2 RPTPI),

⁽⁷¹⁾ Ami BARAV/G. VANDERSANDEN, *Contentieux Communautaire*, Bruxelles, 1977, p. 435, no mesmo sentido, Jesús FUENTETAJA PASTOR, *El Proceso Judicial Comunitario*, Madrid, 1996, pp. 151 e 152.

⁽⁷²⁾ Que o é na verdadeira acepção da palavra, uma vez que podem ser modificadas ou revogadas a todo o tempo, devido a alteração das circunstâncias, María del Carmen DÍAZ JIMÉNEZ, *Principios...*, *cit.*, p. 53

⁽⁷³⁾ B. PASTOR BORGONÓN/E. VAN GINDERACHTER, *El procedimiento...*, *cit.*, p. 28.

segundo o qual, a demanda deve especificar o objecto do litígio, as circunstâncias que dão lugar à urgência, assim como os antecedentes de facto e os fundamentos de direito que justifiquem a concessão da medida provisória requerida.

Não podemos olvidar que estamos perante uma matéria que é ditada em grande parte pela casuística, a jurisprudência que se tem formado a partir deste artigo exige para adopção de medidas cautelares o *fumus boni iuris* — ou a aparência de bom direito — e o *periculum in mora*, ou urgência ⁽⁷⁴⁾. Apontando-se ainda como exigência, a ponderação dos interesses em jogo, isto é, de quem solicita a medida, do demandado, de terceiros e do interesse geral da comunidade ⁽⁷⁵⁾. Esta exigência tem por base o princípio da proporcionalidade, permitindo-se que o juiz avalie os interesses das várias partes por forma a evitar que a outorga da medida provisória, quando proceda, não venha a causar um prejuízo grave e irreparável à parte demandada ou a terceiros.

Embora não exista uma ordem estrita na ponderação das medidas, parece que o juiz comunitário deveria esforçar-se por verificar em primeiro lugar, se existe *periculum in mora* antes de passar ao exame do *fumus boni iuris* ⁽⁷⁶⁾. Uma vez que a análise deste último requisito, obriga sempre o juiz a entrar no fundo da questão, numa altura em que apenas dispõe de informações necessariamente limitadas, pelo que só deveria proceder à sua análise depois de verificar e comprovar a urgência das medidas requeridas para salvaguardar o bem que se visa proteger.

Esta tem sido a orientação jurisprudencial, pois quando nega a concessão de medidas cautelares, o juiz tem fundamentado com

⁽⁷⁴⁾ Neste sentido Gil RODRÍGUEZ IGLESIAS, *La Tutela Judicial Cautelar en el Derecho Comunitario in El Derecho Comunitario Europeo y Su Aplicación Judicial*, Dirigido por Gil Iglesias e Liñan Noguera, Madrid, 1993, p. 641.

⁽⁷⁵⁾ Kurt RIECHEMBERG, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas in El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de 1ª Instancia*, Bilbao, 1991, p. 91.

⁽⁷⁶⁾ Também assim E. VAN GINDERACHTER, *Réfééré, cit.*, p. 917, pois o art. 83.º, 2.º parágrafo do RPTJ, nada diz sobre a ordem pela qual se deverá começar por fazer uma análise, por uma questão de lógica, parece impor que o juiz verifique se a condição de urgência está preenchida antes de se debruçar sobre as razões que poderiam indicar a existência do *fumus boni iuris*.

base na ausência de um prejuízo grave e irreparável ⁽⁷⁷⁾, só examinando o requisito da aparência de bom direito quando se verifica a urgência ⁽⁷⁸⁾. Do que acabamos de referir é exemplo o acórdão Comissão c. Irlanda ⁽⁷⁹⁾, em que o juiz considera que a requerente aduziu um argumento pertinente constitutivo de um *fumus boni iuris*, o que poderia suscitar à primeira vista a concessão da medida provisória requerida, mas mesmo tendo verificado este requisito o TJCE arroga-se a possibilidade de apreciar se as circunstâncias determinam urgência, pelo que, se pode subentender que se não existir urgência, e ainda que verificada a aparência de bom direito, a medida não será concedida.

Parece-nos que as duas medidas devem ser ponderadas cumulativamente, uma vez que, o próprio art. 83.º, n.º 2 RPTJ, prevê que os requerentes devem especificar as circunstâncias que dão lugar à urgência, assim como os antecedentes de facto e de direito e os fundamentos do direito invocado. A ordem pela qual o TJCE tem examinado quer o requisito de urgência quer o da aparência de bom direito, não parece ser a questão primordial, sobretudo se tivermos em linha de conta que “chaque cas concret est différent des autres et doit, par conséquent, être examiné par le juge dans son contexte précis”, neste contexto torna-se imperioso avaliar o verdadeiro sentido deste tipo de processo, onde predomina a necessidade de uma resposta rápida e pragmática ⁽⁸⁰⁾.

Existem dois entendimentos para a aceção de *fumus boni iuris*, a mais rigorosa entende que a pretensão principal de quem solicita as medidas cautelares tenha perspectivas de êxito, isto é, que a concessão das mesmas seja fundamental para garantir o direito que irá ser decretado pela sentença final. O segundo, mais

⁽⁷⁷⁾ Acórdão de 28/10/1987, Proc. 85/87R, Col. 1987, pp. 4367 e segs..

⁽⁷⁸⁾ B. PASTOR BORGONÓN/E. VAN GINDERACHTER, **El procedimiento...**, cit., p. 77. Diferentemente J. CRUZ VILAÇA, **La procédure...**, cit., p. 1797, que se mostra céptico (posição que perfilhamos) quanto a uma linha unívoca por parte do TJCE relativamente à ponderação dos dois requisitos. O que de qualquer forma, parece não ter relevância uma vez que estamos perante requisitos cumulativos, como refere o mesmo autor, p. 1810, a propósito do art. 104.º, n.º 2 RPTPI, existindo a mesma a previsão para o TJCE no art. 83.º, n.º 2 RPTJ.

⁽⁷⁹⁾ Acórdão de 13/3/1987, Proc. 45/87 R, Col. 1987, p. 1376 (pontos 23 e 24).

⁽⁸⁰⁾ J. CRUZ VILAÇA, **La procédure...**, cit., p. 1787.

flexível, apenas preconiza que a dita pretensão não esteja desprovida de fundamento, isto é, que exista um interesse jurídico para tutelar.

O que parece necessário, quer se adopte uma ou outra posição, é que o juiz antes de conceder as ditas medidas, faça uma primeira apreciação das perspectivas de êxito quanto ao fundamento da pretensão da parte que solicita a medida cautelar, e por mais aleatório que seja, é um elemento determinante para a concessão das mesmas. Para conferir um maior grau de certeza na outorga destas medidas, deve analisar-se a procedência do processo principal, isto é, a seriedade dos fundamentos de facto e de direito invocados em abono da pretensão principal.

Ao longo da jurisprudência do TJCE, muitas são as formas que o Tribunal tem adoptado para outorgar ou negar a concessão das medidas cautelares, por exemplo, no caso *Commission c. Royame Uni* ⁽⁸¹⁾, aquela solicita uma medida provisória a coberto do art. 186.º (art. 243.º) TCE, que o TJCE concedeu, com fundamento em que o recurso da Comissão não estava manifestamente desprovido de fundamento; no caso *Agricola Commerciale* ⁽⁸²⁾, em virtude da oposição dos demandantes se apoiar em elementos sérios o TJCE infere que a legalidade dos actos da Comissão seria duvidosa; no caso *Sofrimport Sàrl* ⁽⁸³⁾ as considerações apresentadas pelos requerentes fizeram o TJCE acreditar que aqueles estavam expostos a um prejuízo grave e imediato, pelo que os danos não poderiam ser compensados pela perspectiva de uma futura indemnização, a parte demandante invocou um argumento pertinente de tal forma que parece existir um *fumus boni iuris* susceptível de justificar à primeira vista, a outorga da medida cautelar solicitada.

Não obstante as várias formulas que o TJCE emprega pode retirar-se como conclusão que o juiz cautelar considera que o requisito do *fumus boni iuris*, está preenchido quando, entende que o requerente tem uma possibilidade séria de ganhar o litígio. Variando a exigência em razão da medida solicitada, uma vez que, uma medida positiva pode produzir alterações na esfera jurídica do

⁽⁸¹⁾ Acórdão de 21/5/1977, Proc. 31/77 e 53/77, Rec. 1977, pp. 931 e segs.

⁽⁸²⁾ Acórdão de 21/8/1981, Proc. 232/81 R, Rec. 1981, pp. 2193 e segs.

⁽⁸³⁾ Acórdão de 10/6/1988, Proc. 152/88 R, Col. 1988, pp. 2931, *maxime* 2939.

particular, por contraposição a uma medida de suspensão, que tem um conteúdo meramente negativo.

O *periculum in mora*, outra condição que necessariamente terá que ser preenchida para o juiz outorgar as medidas, é a justificação para a existência de um procedimento excepcional, como o cautelar. O carácter urgente do pedido de concessão destas medidas deverá apreciar-se em relação à necessidade de que haja um pronunciamento provisório para evitar um prejuízo grave e irreparável à parte que solicita a medida, devendo fazer prova do que alega. O prejuízo alegado pode ser material ou moral, muito embora, a jurisprudência comunitária entenda que um prejuízo material possa ser sempre ressarcido *a posteriori*.

Segundo as conclusões do advogado geral CAPOTORTI ⁽⁸⁴⁾ os dois adjectivos, grave e irreparável, devem considerar-se sinónimos, o demandante tem que se encontrar exposto a um prejuízo grave no sentido de que este seja irreparável. O carácter irreparável pode entender-se em dois sentidos, no sentido de que a natureza do dano excluirá toda e qualquer possibilidade de reparação, ou de que o dano é de tal natureza que privaria de objecto a sentença definitiva, pelo que se não forem concedidas medidas provisórias a sentença será decretada em vão porque não terá possibilidade de produzir efeitos práticos ⁽⁸⁵⁾.

O último requisito prende-se com a ponderação dos interesses em jogo, e tem uma origem exclusivamente jurisprudencial. Baseia-se sobretudo, numa avaliação do interesse de quem solicita a medida, e no prejuízo ocasionado ao demandado e a terceiros caso a medida seja concedida. No fundo, prende-se com uma ponderação das consequências da decisão, e da forma como se irão repercutir nas esferas jurídicas em questão. O interesse público não é relegado para segundo plano, devendo avaliar-se as repercussões que as medidas cautelares possam ter sobre aquele, uma vez que

⁽⁸⁴⁾ Acórdão de 28/3/1980, *cit.*, pp. 1341 e 1342.

⁽⁸⁵⁾ A este propósito existe uma rica jurisprudência, para uma análise dos vários tipos de prejuízo grave que as partes podem alegar, consultar B. PASTOR BORGONÓN/E. VAN GINDERACHTER, **El procedimiento...**, *cit.*, pp. 96 e segs., *maxime* pp. 101 e segs.

estamos perante interesses antagónicos entre si ⁽⁸⁶⁾, cabendo ao requerente demonstrar que o dano que para ele resulta da não concessão é maior do que o dano que poderá causar ao interesse geral.

O procedimento sobre as medidas cautelares é um procedimento sumário, onde se distinguem sobretudo a brevidade dos prazos, apanágio da urgência com que estas medidas são requeridas, e que são fixadas casuisticamente pelo Presidente do Tribunal ⁽⁸⁷⁾. O objectivo desta atribuição de competência, prende-se mais uma vez, com razões de celeridade processual, e eficácia, indispensáveis para solucionar as situações de urgência que são colocados perante o Tribunal. Tendo em conta as circunstâncias que justificam a outorga desta concessão, bem como, a maior flexibilidade que resulta da ampla discricionariedade conferida ao órgão jurisdicional ⁽⁸⁸⁾, dado que, a relevância do papel do Presidente ⁽⁸⁹⁾ se vê acentuada pelo facto de ter plena liberdade para decidir ⁽⁹⁰⁾ ⁽⁹¹⁾ — a outorga ou não das medidas requeridas — que por um período de tempo regularão a situação material, até que exista uma sentença definitiva e executória com força de caso julgado.

⁽⁸⁶⁾ Para mais desenvolvimentos nestas matérias, sobretudo análise dos processos em que o TJCE aplicou medidas cautelares consultar Gil RODRÍGUEZ IGLESIAS, *La Tutela Judicial...*, *cit.*, pp. 642 e segs.

⁽⁸⁷⁾ Veja-se o art. 36.º, 1.º parágrafo do PETJCE, art. 85.º, 1.º parágrafo do RPTJ, e o art. 106.º, 1.º parágrafo do RPTPI, que é ligeiramente distinto dos anteriores, uma vez que devido aos arts. 12.º, 13.º e 14.º RPTPI, os assuntos levados ao conhecimento deste órgão se atribuem directamente a uma sala. Assim o art. 106.º, 1.º parágrafo RPTPI, prevê que o Presidente possa resolver o assunto por si, ou atribuir a uma sala onde se tenha interposto o recurso principal, ou ao pleno do TPI se o assunto principal for interposto perante este último.

⁽⁸⁸⁾ Kurt RIECHENBERG, *El Tribunal...*, *cit.*, p. 91.

⁽⁸⁹⁾ Que tem uma tripla competência, outorga da suspensão da execução; outorga de qualquer outra medida cautelar solicitada; e por último forçar a exequibilidade da medida provisória outorgada, Ami BARAV/G. VANDERSANDEN, *Contentieux...*, *cit.*, p. 429.

⁽⁹⁰⁾ Muito embora na prática ouça a opinião do juiz e do advogado geral designados para aquele caso, quer devido às normas de cortesia, quer à necessidade de ouvir outras opiniões, não ficando, contudo vinculado às mesmas, pois tem total discricionariedade para decidir a concessão ou não das medidas requeridas, B. PASTOR BORGONÓN/E. VAN GINDERACHTER, *El procedimiento...*, *cit.*, p. 50.

⁽⁹¹⁾ Os arts. 36.º, 2.º parágrafo do PETJCE, art. 85.º, 2.º parágrafo RPTJ e art. 106.º, 2.º parágrafo RPTPI, prevêem as situações de substituição quando o juiz presidente esteja impedido.

O pedido de medidas cautelares deve ser feito através de um escrito separado, tal como previsto nos arts. 83.º, n.º 3 RPTJ e 104.º, n.º 3 RPTPI, respectivamente quando a acção é intentada junto do TJCE ou TPI, obedecendo aos requisitos previstos dos arts. 37.º e 38.º RPTJ e arts. 43.º e 44.º RPTPI, e que se prendem com a identificação das partes. O que significa que têm que ser apresentado autonomamente, e nunca com o pedido principal, podendo contudo ser apresentados em simultâneo com aquele, ou depois, mas nunca antes ⁽⁹²⁾ ⁽⁹³⁾. Muito embora, não exista um prazo que preclua a possibilidade de pedir as medidas cautelares, estas terão que estar sujeitas a um critério de oportunidade.

Quanto ao pedido, deve invocar as razões de fundo, por forma a que se justifique a outorga das medidas, especificando o objecto do litígio principal, tendo em conta que há um nexo de causalidade entre este e a medida que se pede. O requerente, deve solicitar ao TJCE as medidas que entende necessárias, muito embora o órgão jurisdicional não se encontre vinculado à concessão das medidas especificamente solicitadas, podendo inclusivamente, segundo um critério de oportunidade conceder as que entender mais convenientes, pois goza de uma ampla discricionariedade. Contudo, está vedado ao TJCE conceder medidas que constituam uma violação do Direito Comunitário.

O pedido de medidas cautelares será notificado ao demandado, fixando o Presidente um prazo breve para apresentação das suas observações escritas ou orais ⁽⁹⁴⁾, nesta sequência o Presi-

⁽⁹²⁾ A admissibilidade *prima facie* do recurso principal passa a constituir uma questão prévia à decisão sobre a admissibilidade do pedido em que se solicita a concessão das medidas cautelares. Assim deve verificar-se que o pedido principal não tem nenhuma causa de inadmissibilidade, que permitisse considerar totalmente excluída a possibilidade de outorga da medida provisória requerida José PALACIO GONZÁLEZ, **El sistema judicial comunitario**, Bilbao, 1996, pp. 352 e 353.

⁽⁹³⁾ Diferentemente no caso português em que se prevê no CPC art. 383.º n.º 1 que “O procedimento cautelar é sempre dependência da causa que tenha por fundamento o direito acautelado e pode ser instaurado como preliminar ou como incidente da acção”, referindo ainda o art. 389.º n.º 1 al. a) que as providências cautelares extinguem-se, e quando decretada, a providência caduca, se o requerente não propuser a acção do qual a providência depende dentro de dois meses a contar da data da instauração do procedimento.

⁽⁹⁴⁾ Art. 84.º, n.º 1 RPTJ e art. 105.º, n.º 1 RPTPI.

dente determinará a procedência ou não de qualquer actividade probatória, e posteriormente a audiência das partes. Por fim o órgão jurisdicional deve pronunciar-se sobre as pretensões e outorga ou não da medida cautelar, através de uma sentença fundamentada, da qual não cabe qualquer recurso, e se notificará imediatamente às partes (art. 86.º, n.º 1 RPTJ).

A resolução pode ser de dois tipos ⁽⁹⁵⁾: provisória ou final. A provisória está reservada a casos de extrema urgência e é concedida durante a tramitação do próprio processo de medidas provisórias, podendo inclusivamente, o juiz decidir antes de ouvir as observações do demandado (art. 84.º, n.º 2 RPTJ e art. 105.º, n.º 2 RPTPI).

A resolução final, põe termo ao processo de medidas cautelares. Havendo uma especificidade relativamente ao TPI, uma vez que a recusa de outorga de medidas cautelares, é susceptível de recurso perante o TJCE — art. 50.º, 2.º parágrafo PETJCE —, sendo que para as resoluções adoptadas em virtude dos arts. 185.º (art. 242.º) e 186.º (art. 243.º) do TJCE, o prazo é de dois meses a partir da data de notificação da resolução, o que significa que a sentença não será definitiva até que decorra o prazo para recorrer.

No entanto, o recurso da decisão do TPI para o TJCE é limitado às questões de direito, por força do art. 168.º A, n.º 1 (art. 225.º) TCE, e às condições estabelecidas pelo respectivo estatuto, nomeadamente no art. 50.º, 1.º parágrafo PETJCE. O legislador estabeleceu que o recurso apenas se pode fundar em: incompetência do TPI, as irregularidades processuais que lesionem os interesses do demandante, e por último violação do Direito Comunitário pelo TPI (art. 51.º, 1.º parágrafo PETJCE).

Diferentemente no caso do TJCE, que põe fim ao procedimento cautelar, seja em primeira instância, seja resolvendo um recurso contra um acto cautelar do TPI, como refere o art. 86.º, n.º 1 do RPTJ a decisão será fundamentada, não existindo qualquer tipo de recurso, produz efeitos de caso julgado e é vinculante para

⁽⁹⁵⁾ Jesús FUENTETAJA PASTOR, *El Proceso...*, cit., p. 161.

as partes ⁽⁹⁶⁾ que podem recorrer ao órgão competente para pedir a sua execução ⁽⁹⁷⁾.

A resolução final pode conceder todas ou apenas algumas medidas cautelares solicitadas, ou então declarar o pedido inadmissível por falta de algum pressuposto processual, podendo ainda subordinar-se a outorga das medidas provisórias requeridas a uma fiança, concorrendo para a sua fixação as circunstâncias do caso concreto, tal como previsto no art. 86.º, n.º 2 RPTJ.

A competência do juiz comunitário em matéria cautelar estende-se ao processo por incumprimento [art. 169.º (art. 226.º) TCE], recurso de anulação [art. 173.º (art. 230.º) TCE], ao recurso por omissão [art. 175.º (art. 232.º) TCE], ao recurso de indemnização por responsabilidade extracontratual [art. 178.º (art. 235.º) TCE em relação com o art. 215.º (art. 288.º) TCE] e por fim, ao contencioso da função pública [art. 179.º (art. 236.º) TCE] ⁽⁹⁸⁾.

As medidas de suspensão podem ser requeridas por exemplo numa acção de anulação e pedido de indemnização pelos danos causados, podem ser requeridas num recurso por omissão, uma vez que, estamos perante uma abstenção e é contra esse vazio que o particular reage, reclamando por um acto por parte de uma instituição comunitária. A tutela provisória pode ser requerida num processo por incumprimento, que será alvo de um desenvolvimento diferenciado.

A excepção à competência do TJCE e do TPI, para a outorga da tutela provisória, encontra-se na questão prejudicial, nesse caso é o órgão jurisdicional perante o qual se desenrola o processo, e que coloca a questão, que deverá outorgar as medidas de suspensão, caso contrário, estaríamos perante uma ingerência do TJCE nos tribunais nacionais, uma vez que tudo se passa nas instâncias nacionais.

⁽⁹⁶⁾ Muito embora, em caso de denegação do pedido de medidas cautelares os arts. 88.º RPTJ e 109.º RPTPI, permitem que as partes possam apresentar outro pedido de concessão de medidas cautelares com base em factos novos. Constituinte este pedido um novo pedido, ao qual se aplicam exactamente as mesmas disposições e requisitos.

⁽⁹⁷⁾ B. PASTOR BORGONÓN/E. VAN GINDERACHTER, **El procedimiento...**, *cit.*, p. 67.

⁽⁹⁸⁾ Jesús FUENTETAJA PASTOR, **El Proceso Judicial...**, *cit.*, p. 152.

5. Protecção provisória e processo por incumprimento: incompatibilidade absoluta ou mais uma forma de reagir contra a inércia do EM

A eficácia do Direito Comunitário depende em última instância dos EM, uma vez que, muita da legislação comunitária necessita de uma medida ulterior de transposição para vigorar no ordenamento interno (caso específico das directivas comunitárias).

O art. 189.º, parágrafos 1 e 3 (art. 249.º) do TCE, dá-nos uma noção exacta da finalidade da directiva, vinculando o EM destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando às instâncias nacionais competência quanto à forma e quanto aos meios de transposição, impondo apenas uma obrigação quanto ao resultado.

Tendo em conta, que os EM aderem aos Tratados porque querem, ficam vinculados à prossecução dos deveres que o Direito Comunitário lhes impõe. A propósito desta questão, o ac. Costa/Enel⁽⁹⁹⁾ elucida-nos, ao fazer referência ao facto de o Tratado de Roma ter instituído “Uma ordem jurídica própria (...) uma Comunidade de duração ilimitada, dotada de atribuições próprias, de personalidade, de capacidade jurídica, de capacidade de representação internacional e, mais precisamente, de poderes reais decorrentes de uma limitação de competências ou de uma transferência de atribuições dos Estados à Comunidade”. Os Estados limitaram “ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos e criaram assim um corpo de direito aplicável aos seus súbditos e a si próprios (...) implica, pois, uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos contra a qual não poderá prevalecer um acto unilateral ulterior incompatível com a noção de Comunidade”⁽¹⁰⁰⁾. O que desde logo decorreria do princípio da solidariedade do art. 5.º (art. 10.º) do TCE⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁹⁾ Acórdão de 15/7/1964, Proc. 6/64, Rec. 1964, pp. 1141 e segs.

⁽¹⁰⁰⁾ Acórdão de 15/7/1964, *cit.*, *apud* MOTA DE CAMPOS, **Direito Comunitário**, Vol. I, *cit.*, p. 564.

⁽¹⁰¹⁾ Tanto o princípio da tutela efectiva como o princípio da eficácia, foram desenvolvidos com base numa interpretação teleológica extensiva deste artigo, que impõe às instâncias nacionais a obrigação de assegurarem que os direitos subjectivos que derivam das normas jurídicas comunitárias, devem usufruir de mecanismos que assegurem uma tutela efectiva em direito interno, dando assim consecução a uma uniformidade e

Esta realidade pode ser ensombrada pelo facto de os EM nem sempre transporem Direito Comunitário atempadamente, invocando para tal os mais variados motivos, tais como, lentidão do processo legislativo, crises internas, mudança de governo, argumentos que não têm qualquer peso perante a Comissão, uma vez que, a presença e a participação de representantes dos EM no processo legislativo comunitário, lhes retira qualquer capacidade de argumentação ⁽¹⁰²⁾.

Por este motivo, a comunidade dotou-se de um mecanismo específico — processo por incumprimento — que visa impedir este comportamento, ao mesmo tempo que, repõe a plena legalidade na ordem jurídica comunitária, tutelando uma aplicação uniforme do Direito Comunitário em todos os EM.

O processo por incumprimento, previsto nos artigos 169.º e 170.º (arts. 226.º e 227.º, respectivamente) TCE, pode ser desencadeado pela Comissão que é por excelência a *guardiã dos Tratados* ⁽¹⁰³⁾ [art. 155.º, 1.º travessão (art. 211.º, 1.º travessão) TCE], uma vez que a esta, são facultadas todas as informações pelo EM sobre a transposição ⁽¹⁰⁴⁾, sendo o seu poder totalmente discricio-

igualdade no desfrute por todos os cidadãos das normas que para si derivam do Direito Comunitário.

⁽¹⁰²⁾ Neste sentido, M. Carmen GONZÁLEZ, *Sobre la Responsabilidad...*, cit., p. 271. Marta RIBEIRO, *Da Responsabilidade do Estado Pela Violação do Direito Comunitário*, Coimbra, 1996, p. 61, em abono desta posição refere que no caso de existirem quaisquer dificuldades no que à transposição diz respeito, a única atitude correcta será a dos EM tomarem as iniciativas apropriadas por forma a conseguirem uma prorrogação do prazo perante a instituição Comunitária competente.

⁽¹⁰³⁾ A Comissão é a instituição que garante o interesse geral comunitário, desta forma deve velar para que os Estados, particulares e as outras instituições comunitárias, actuem em consonância com o previsto nos Tratados. Para o desempenho das funções que lhe foram destinadas a Comissão possui, poderes eficazes de informação e prevenção - por exemplo os EM devem comunicar as medidas, projectos, assinalar situações, notificar a Comissão das medidas que estão a ser tomadas para implementação das directivas - nesta sequência pode intentar processos no TJCE contra os infractores, e exercer acções de fiscalização, por último é a instituição competente para as cláusulas de salvaguarda, autorizando em casos particulares e devidamente especificados a não aplicação dos Tratados, para mais desenvolvimentos consultar, Guy ISAAC, *Manual de derecho...*, cit., p. 70.

⁽¹⁰⁴⁾ É com base nas informações que os EM facultam à Comissão que se afere se o EM transpôs correctamente Direito Comunitário, Jean-Victor LOUIS, aponta duas fases, a primeira, com um carácter essencialmente geral e formal, em que a Comissão verifica se os EM informaram correctamente e puseram as medidas em vigor; em segundo lugar,

nário, no que concerne à possibilidade de intentar uma acção contra o EM em questão ⁽¹⁰⁵⁾.

Porque a Comissão não é obrigada a proceder judicialmente, os Tratados não podiam recusar aos EM a possibilidade de agir na defesa dos direitos e interesses que para eles decorrem da sua participação na Comunidade. Muito embora um processo desencadeado por um EM contra outro seja *utópico*, e nunca tenha sido levado às últimas consequências, pois na prática não seria *politicamente correcto* um EM instaurar um processo por incumprimento a outro EM ⁽¹⁰⁶⁾, na medida em que se podia gerar um clima de tensão latente entre os dois Estados.

Não podemos esquecer, o importante papel que os particulares têm neste processo, pois, como o próprio Tribunal frisou no ac. Van Gend en Loos, a vigilância dos particulares afectados com o objectivo de protegerem os seus direitos, acaba por constituir um controlo efectivo, mas indirecto ⁽¹⁰⁷⁾, que completa os poderes conferidos à Comissão e aos EM, no processo por incumprimento. Tanto mais, que a lógica do sistema ⁽¹⁰⁸⁾, impõe aos titulares dos direitos a assunção da sua própria defesa relativamente ao exercício das faculdades que lhes concedem as normas aplicáveis, não devendo esse papel caber à Comissão.

A finalidade do processo por incumprimento aparece com duas vertentes: apreciação do comportamento dos EM no que diz

prende-se com um exame prolongado e aprofundado de comparação entre os objectivos prosseguidos pela legislação comunitária, e as medidas nacionais. *Le rôle...*, *cit.*, pp. 397 e 398.

⁽¹⁰⁵⁾ Sobre o papel desenvolvido pela Comissão nos processos por incumprimento, consultar Jean- Victor LOUIS, *Le rôle...*, *cit.*, pp. 387 e segs.

⁽¹⁰⁶⁾ Como refere MOTA DE CAMPOS, *Direito Comunitário*, Vol. II, *cit.*, p. 466, "por razões de ordem política conviria, na medida do possível, evitar litígios judiciais entre os Estados, cuja eclosão significaria, inevitavelmente, uma séria crise nas suas relações".

⁽¹⁰⁷⁾ Neste mesmo sentido, Deirdre CURTIN, *Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights in CMLR*, Vol. 27, 1990, pp. 709 e segs., p. 712, uma vez que considera uma alternativa plausível o controlo que é conferido aos indivíduos na protecção dos seus direitos, o que lhes permite "indirectly enforce Community law and in particular the provisions of directives before their national courts".

⁽¹⁰⁸⁾ José FERNANDEZ MARTIN, *El Principio...*, *cit.*, p. 853.

respeito ao cumprimento das obrigações decorrentes do Direito Comunitário ⁽¹⁰⁹⁾, e interpretação de disposições de Direito Comunitário controversas, na medida em que, permite determinar o alcance exacto das obrigações dos EM, em caso de divergência de interpretação. Contudo, não podemos esquecer que este processo tem uma componente política muito forte ⁽¹¹⁰⁾, pois torna público perante os outros EM o comportamento faltoso do Estado ⁽¹¹¹⁾.

Questão diferente é a dos efeitos jurídicos do acórdão, que é obrigatório para o Estado Membro faltoso, seu directo e imediato destinatário, podendo também produzir efeitos *erga omnes* ⁽¹¹²⁾. Porém, este efeito *erga omnes* será indirecto e não directo, uma vez que, devido ao princípio da uniformidade, não obstante ter sido proferido para um caso em concreto, estender-se-á indirectamente aos restantes EM.

O acórdão do TJCE tem um efeito meramente declarativo, não passando de uma constatação em abstracto de uma situação jurídica determinada, não privando a lei nacional do seu efeito, nem criando uma nova lei, pois não estamos perante um tribu-

⁽¹⁰⁹⁾ E não se pense que estamos perante uma vertente com uma importância menor, uma vez que na prática, equivale para o EM em questão um prejuízo moral, na medida em que não honrou o compromisso assumido, de acordo com a norma que vigora no direito internacional do *pacta sunt servanda*, Robert LECOUR, *Le rôle...*, *cit.*, p. 22.

⁽¹¹⁰⁾ Pronunciando-se pela dimensão política do respeito pelas obrigações que decorrem para os EM do Tratado, Jean-Victor LOUIS, *Le rôle...*, *cit.*, p. 388.

⁽¹¹¹⁾ Neste sentido, Maria José MESQUITA, **Efeitos dos Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias Proferidos no Âmbito de uma Acção por Incumprimento**, Coimbra, 1997, pp. 29 e segs.

⁽¹¹²⁾ Maria José MESQUITA, *Efeitos...*, *cit.*, p. 40.

⁽¹¹³⁾ Como refere o acórdão Humblet de 10/12/1960, Proc. 6/60, Rec. 1960, pp. 1125 e segs., enquanto os Tribunais Federais têm o poder de anular os actos jurídicos dos Estados federados que violam o direito da federação e ainda lhes impor um determinado comportamento restaurador do direito violado, o TJCE, não dispõe segundo os Tratados de um poder análogo, MOTA DE CAMPOS, *Direito Comunitário*, Vol. II, *cit.*, p. 481, *idem* *Direito Comunitário*, Vol. I, *cit.*, p. 327, “Convém sublinhar que o Tribunal das Comunidades Europeias em caso algum funciona em relação aos tribunais nacionais como um tribunal de recurso ou como uma jurisdição suprema de um sistema federal; não lhe cabe, com efeito, em circunstância alguma, reformar as decisões proferidas na ordem interna em que se faça aplicação do Direito Comunitário, ou anular os actos dos Estados contrários ao Direito Comunitário”.

nal federal ⁽¹¹³⁾ ⁽¹¹⁴⁾, com competência para anular leis nos EM ⁽¹¹⁵⁾.

Cabendo ao EM, alvo de um processo deste tipo, determinar a sua actuação, quer mudando a lei nacional criando nova legislação, quer emendando-a, isto é, é ao EM incumpridor destinatário directo e imediato do acórdão ⁽¹¹⁶⁾ que cabe actuar em conformidade com o Direito Comunitário, muito embora, o art. 171.º (art. 228.º) TCE omita qualquer referência a prazos. Tendo o TJCE repetido por diversas vezes que a execução deve iniciar-se de imediato, e concluir-se no mais curto espaço de tempo.

Num processo deste tipo devemos equacionar dois tipos de situações distintas que embora correlacionadas, nos merecem uma análise separada, a do EM incumpridor e a situação dos particulares que se vêem lesados em virtude da não transposição.

Começamos a nossa dicotomia pelo EM que é o directo destinatário do acórdão, que constata o incumprimento e tem como móbil levar o EM faltoso à reposição da legalidade no seu ordenamento em conformidade com a legislação comunitária. Daqui podemos inferir que ficava dependente da boa vontade do EM a tomada das medidas necessárias para dar execução ao acórdão,

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. Hjalte RASMUSSEN, *O tribunal...*, *cit.*, pp. 164 e segs., fazendo uma comparação entre o TJCE e o Tribunal Federal Americano, para na p. 166, concluir que os autores não adoptaram um sistema judicial que no plano da legitimidade institucional ou nos meios de actuação do poder judicial efectivo, se aproximasse do sistema americano.

⁽¹¹⁵⁾ Javier DIEZ-HOCHLEITNER, *La Respuesta del TUE al Incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados Miembros*, in *RIE*, Vol. 20, n.º 3, 1993, pp. 861 e segs., afirma que o TUE não atribuiu ao TJCE competência para anular através da sentença por incumprimento as disposições nacionais contrárias ao Direito Comunitário, referindo que não obstante as vantagens, teriam um alcance limitado pois, os tribunais nacionais estão proibidos de aplicar uma disposição nacional que tenha sido declarada incompatível com o Direito Comunitário. Tal competência também se mostraria inoperante, sempre que o incumprimento derivasse de uma omissão por parte do EM. Podendo contudo, introduzir uma segurança jurídica acrescida, muito embora o reconhecimento deste tipo de competência pudesse introduzir uma profunda alteração, provocando um desequilíbrio no sistema jurisdicional, em virtude de nestas circunstâncias o TJCE, no sistema descentralizado que actualmente vigora, exercer funções correspondentes aos Tribunais Constitucionais nacionais.

⁽¹¹⁶⁾ Sobre os acórdãos educativos, e a possibilidade de o TJCE indicar especificamente as medidas de reposição da ilegalidade, ver Maria José MESQUITA, *Efeitos...*, *cit.*, pp. 118 e segs., e Javier DIEZ-HOCHLEITNER, *La Respuesta...*, *cit.*, p. 870.

correndo-se o risco da perpetuação do incumprimento, ainda que previamente constatado pelo TJCE.

Bem vistas as coisas, o processo por incumprimento na forma como estava gizado (queremos reportar-nos ao período que antecedeu a entrada em vigor do TUE), não acarretaria alterações práticas, uma vez que o TCE não previa qualquer regime sancionatório, susceptível de ser aplicado ao infractor. Quanto muito, poderia intentar-se uma segunda acção por incumprimento, ou incumprimento em 2.º grau ⁽¹¹⁷⁾, que teria por objectivo a constatação de que o EM não teria actuado em conformidade com o acórdão proferido pelo TJCE. Muito embora estivéssemos perante acções distintas entre si, e processos diferentes, podemos concluir que em termos substanciais o objectivo seria exactamente o mesmo, isto é, constatar pela segunda vez o incumprimento e tentar que o EM em falta transpusesse Direito Comunitário, levando a uma perpetuação de acções por incumprimento.

Não podemos no entanto deixar de verificar que em termos práticos o *modus operandi* desta medida, continuava ainda assim a ser escasso. Diferentemente, se analisarmos a questão pelo ponto de vista político, uma vez que, a segunda acção por incumprimento equivale a uma reiteração expressa e formal de um comportamento faltoso, constituindo um forte elemento de pressão.

Com a entrada em vigor do TUE no dia 1 de Novembro de 1993, esta situação altera-se, a revisão ao TR veio introduzir alterações no regime do processo por incumprimento, nomeadamente o art. 171.º, n.º 2 (art. 228.º, n.º 2) TCE, prevê que se o EM não tomar as medidas necessárias para a execução do acórdão dentro do prazo fixado pela Comissão, esta poderá submeter o caso novamente ao Tribunal, indicando desde logo, o montante da quantia fixa ou progressiva, correspondente à sanção pecuniária a pagar pelo EM que não cumprir. Estamos perante uma verdadeira multa, constituindo uma inovação sem precedentes no Direito Comunitário.

⁽¹¹⁷⁾ A este propósito Deirdre CURTIN, *Directives...*, cit., p. 711, refere, “The fact that the Court cannot impose a dissuasive penalty on such an errant State gives directives a dangerously elastic quality: Italy, Greece or Belgium (the most frequent culprits) may, for example, agree to accept the enactment of a directive with it is uncomfortable knowing that the price to pay for possible failure to transpose is non-existent or minimal”.

rio ⁽¹¹⁸⁾, tendo inclusive sofrido algumas críticas, pois nem sequer os Estados Federais vão tão longe na sua relação com os Estados Federados. A aplicação destas sanções pecuniárias denota uma maior preocupação com a eficácia da aplicação do Direito Comunitário, contudo as disposições contidas no artigo supra citado, só por si, não constituem garantia de um cabal funcionamento ⁽¹¹⁹⁾, pois cabe à Comissão e ao TJCE determinar as medidas a tomar em virtude da sentença.

Coloca-se no entanto uma questão, que não é de menor importância, e que tem a ver com a determinação da quantia a pagar pelo EM, correspondente à sanção pecuniária, até porque, se por um lado, está em questão um EM que não cumpre as obrigações que para si derivam do Tratado; por outro lado, e como contraponto desta, poderemos deparar com uma situação em que os particulares são lesados em virtude da não transposição, ou de transposição incorrecta do Direito Comunitário. Mesmo que, nenhum particular tenha invocado o efeito directo, e portanto se tenha apercebido directamente que lhe estão a ser negados direitos, que teria de outra forma.

O ac. Humblet dos anos 60 poderá dar alguma ajuda, pois considerou que as obrigações dos EM têm duas vertentes, a primeira afastar a legislação contrária ao Direito Comunitário, a

⁽¹¹⁸⁾ Note-se o paralelismo com o artigo 829.º A do CC português, cuja epígrafe refere a sanção pecuniária compulsória, referindo o n.º 1 do citado artigo, que nas obrigações de prestação de facto infungível positivo ou negativo, o tribunal deve condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento, o n.º 2 do mesmo artigo manda atender ao critério de razoabilidade para a fixação da sanção pecuniária. "O artigo 829.º A, elimina os escrúpulos da legislação anterior e dá um novo passo no sentido da coercibilidade das prestações de facto não fungíveis", F. PIRES LIMA/J. ANTUNES VARELA, **Código Civil Anotado**, Vol. II, 3.ª edição rev. e act, Coimbra, 1986, comentário ao art. 829.º A, pp. 104 e segs. O avanço face à legislação anterior é significativo, pois o credor nas prestações de facto não fungíveis, não fica na mera expectativa de que o devedor cumpra, ou na mira de uma indemnização, uma vez, que o devedor fica sujeito ao pagamento compulsório de uma quantia diária, até à realização da prestação devida. Também neste caso, o EM fica obrigado ao pagamento de uma quantia até à reposição da legalidade na sua própria ordem interna. Facto também ele infungível, uma vez que a sentença do TJCE é meramente declarativa, não podendo aquele substituir-se ao EM na reposição da legalidade na sua ordem interna.

⁽¹¹⁹⁾ Tecendo várias críticas ao novo artigo 171.º (art. 228.º) TCE, Maria José MESQUITA, **Efeitos...**, *cit.*, pp. 128 e segs., entre outras, quais os critérios que pautarão a graduação da multa, quais os limites da competência da Comissão, quais os critérios para a escolha de uma das duas formas possíveis de sanção pecuniária.

segunda, reparar os actos ilegais que foram praticados a cobro desta legislação.

Em casos posteriores, o TJCE tem seguido este princípio, ao considerar que a compensação na forma de indemnização é necessária, apenas se não for possível restituir a situação que existiria, caso não tivesse havido violação. Como se antolha óbvio, o principal objectivo do pagamento é o do EM restituir a conformidade com os Tratados e restante legislação comunitária, o mais rapidamente possível.

Os princípios gerais de Direito Comunitário, sugerem que a determinação da quantia a pagar dependa da ponderação de dois critérios, nomeadamente, a gravidade da infracção, e a necessidade de um impedimento adequado. O primeiro, tem que ver com o impacto que causa na vida comunitária, o que inclui saber: se de alguma forma as liberdades de circulação foram ameaçadas, se para os EM ou seus cidadãos adveio um benefício da infracção, se os outros EM se sentem lesados em termos económicos, se os cidadãos sofreram danos, se há possibilidade de compensação, se a infracção será reparada, e se é recente ou não ⁽¹²⁰⁾.

Porém este tipo de procedimento não é isento de reparos, uma vez que, uma das críticas que lhe apontam, se prende com o facto de ir mais além do que num sistema federal, o que para os EM mais eurocéticos é sem dúvida um enorme obstáculo.

Como referimos anteriormente não podemos olvidar a situações dos particulares num processo deste tipo.

Configuremos por isso a seguinte situação limite: da parte do EM alvo do processo por incumprimento continuamos a assistir a uma situação de inércia, e por isso a um vazio jurídico relativamente à legislação que deveria ter sido transposta e não o foi, uma vez que não obstante o avanço introduzido pelo TUE para obviar a este tipo de comportamentos por parte dos EM, estamos sempre sujeitos a que o incumprimento se perpetue, não se importando o EM infractor de pagar as multas que lhe serão instituídas.

⁽¹²⁰⁾ Neste sentido, Rolf WÄGENBAUR, **How to Improve compliance with European Community legislation and the judgements of the European Court of Justice in FILJ**, Vol. 19, Number 3, February, 1996, pp. 946.

Poderíamos sempre dizer que os particulares têm mecanismos próprios dos quais se podem prevalecer para obviar a esta situação que para eles resulta danosa, nomeadamente, o efeito directo e a acção de responsabilidade extracontratual fazendo-se desta forma ressarcir dos danos que lhes foram infligidos pelo Estado.

Imaginemos um quadro de não transposição por parte de um EM, em que as normas não têm efeito directo (porque não são claras, precisas e incondicionais) e, devido a uma situação financeira precária, o particular está sob pena de deterioração da sua situação, não podendo esperar por um processo de responsabilidade extracontratual contra o EM recalcitrante. *Quid iuris?*

Quais os meios de reacção que o particular tem numa situação de urgência, afastada a hipótese de ser ressarcido pelo EM incumpridor?

Que fazer numa situação em que a mera indemnização seja insuficiente para ressarcir o particular dos danos?

Numa situação deste género não podemos deixar de abordar a competência do TJCE para aplicação de medidas provisórias neste tipo de processo, até porque estamos perante um EM incumpridor e qualquer tipo de medida outorgada pelo TJCE, repercutir-se-á necessariamente no seu ordenamento interno. Sendo certo, que estamos perante uma sentença que tem um efeito meramente declarativo, não produzindo por si só quaisquer efeitos materiais na ordem jurídica do EM recalcitrante, poderíamos ser levados a pensar que não faria qualquer sentido a aplicação de medidas cautelares neste caso ⁽¹²¹⁾.

O facto de não se poder o mais (uma vez que, o TJCE não pode — *ainda* — imiscuir-se na ordem jurídica do EM faltoso, porque a sentença é meramente declarativa), não invalida que não se possa o menos, que neste caso tem que ver, apenas e tão só, com a salvaguarda de uma situação de um particular ⁽¹²²⁾.

⁽¹²¹⁾ Contrariando esta posição, Jesús FUENTETAJA PASTOR, *El Proceso...*, cit., p. 153, refere que a aplicação de medidas provisórias inclusivamente a comportamentos dos EM.

⁽¹²²⁾ Não obstante ser um processo desencadeado pela Comissão, que pode receber queixas dos particulares, que a *ajudam* na sua missão de *guardiã dos Tratados*.

Numa situação como a que apresentamos, parece poder considerar-se legítimo que o particular utilize os meios que tem à sua disposição, interpondo um pedido de medidas cautelares no TJCE, para suspender o acto nacional em questão obstando à produção de efeitos naquele caso concreto, ou através de uma outra qualquer medida cautelar apropriada às circunstâncias daquele caso. E note-se, como é apanágio das medidas cautelares, apenas se visa salvarguardar ⁽¹²³⁾ uma situação jurídica até que o Tribunal se pronuncie definitivamente sobre a questão, e no caso do processo por incumprimento até que o próprio EM transponha a legislação comunitária para o direito interno.

Não se retire daqui a conclusão que o TJCE se está a imiscuir na execução da sentença, o que é apontado por alguma doutrina como sendo o próximo passo do Tribunal. A sentença continua a ter um efeito meramente declarativo, e é ao Estado que compete daí retirar as consequências para a sua ordem jurídica interna.

Sobre esta questão, o ac. Comissão c. Reino Unido ⁽¹²⁴⁾, relativo à concessão pelo Reino Unido de uma ajuda temporal aos produtores de suínos, o advogado geral MAYRAS, questionou a competência do TJCE para dirigir um requerimento a um EM, num processo por incumprimento com base no artigo 186.º (art. 243.º) TCE, argumentando que a sentença proferida neste tipo de processo apenas podia constatar o incumprimento, e não produzir alterações jurídicas na ordem interna ⁽¹²⁵⁾.

O TJCE rejeitou a argumentação do advogado geral. Daqui retirar-se-ia a prova, segundo alguns autores, que o TJCE teria competência para decretar medidas provisórias que acautelassem a correcta execução da sentença que será decretada definitivamente

⁽¹²³⁾ Incluindo nesta salvaguarda as medidas conservatórias e as antecipatórias, na manutenção do *statu quo*, ou na antecipação dos efeitos da sentença, ainda que parcialmente, quando estão em jogo quantias em dinheiro.

⁽¹²⁴⁾ Acórdão de 21/5/1977, *cit.*, pp. 921 e segs.

⁽¹²⁵⁾ Acórdão 21/5/1977, *cit.*, pp. 934 e 935, referindo o advogado geral que o TJCE pode enviar uma injunção a uma instituição comunitária, a uma pessoa física ou moral, mas não a um EM. Nessas circunstâncias não estamos perante um título executivo, não sendo por isso passível de execução. O texto e a letra do art. 186.º (art. 243.º) TCE não permitem que o TJCE exerça as competências idênticas às exercidas pela Comissão. O tribunal não pode enviar uma injunção ao EM quanto muito pode acelerar o processo por incumprimento.

pelo TJCE e futuramente executada pelo EM. O que implica que para justificar a competência do TJCE no exercício da justiça cautelar num processo por incumprimento, ter-se-ia que negar o carácter meramente declarativo da mesma.

DIEZ-HOCHLEITNER ⁽¹²⁶⁾ contraria frontalmente esta argumentação, com base no seguinte argumento, o objectivo primordial das medidas cautelares é manter ou restabelecer a posição das partes no processo, de modo a que o efeito útil da decisão final seja salvaguardado. No processo por incumprimento a medida cautelar cumpre assim, sem prejuízo do seu papel instrumental face ao processo principal, uma função distinta da sentença final que possa decretar o Tribunal. Ao adoptar este tipo de medidas o TJCE apenas ordena, com carácter provisório, uma determinada actuação por parte do EM, para evitar males maiores, isto é, evitar situações irreversíveis ou danos irreparáveis. Desta forma, permite reunir as condições para que, quando a sentença final seja proferida, possa ser susceptível de execução plena, uma vez que as medidas provisórias constituem uma etapa do processo que terminará necessariamente numa sentença, que impõe uma obrigação específica de execução. Daqui, pode deduzir-se que o TJCE está a fazer através da via cautelar o que lhe é vedado pela sentença que proclama o incumprimento.

Ainda que o EM entenda persistir num comportamento de incumprimento, não adoptando quaisquer medidas para cessar a infracção, a sentença que veicula a conformidade com o Direito Comunitário, poderia sempre impor-se em virtude do efeito directo e do primado do Direito Comunitário. Nestas circunstâncias, os órgãos do Estado são obrigados a dar preferência à aplicação da norma comunitária sobre as medidas nacionais, e note-se que a obrigação de inaplicação das medidas nacionais contrárias ao Direito Comunitário, não deriva da própria sentença mas sim das

⁽¹²⁶⁾ Javier DIEZ-HOCHLEITNER, *La Respuesta...*, *cit.*, pp. 866 e segs., no mesmo sentido B. PASTOR BORGONÓN/E. VAN GINDERACHTER, *El procedimiento...*, *cit.*, pp. 125 e 126; E. VAN GINDERACHTER, *Référé*, *cit.*, pp. 912 e 913, quando refere que não existe qualquer dúvida que o artigo 186.º (art. 243.º) TCE se pode aplicar ao processo por incumprimento, e que o TJCE é competente para ordenar aos EM através de uma injunção as medidas provisórias que aquele deve adoptar.

disposições de Direito Comunitário com efeito directo, do princípio primado, e da protecção que é devida aos particulares ⁽¹²⁷⁾.

Não obstante toda esta panóplia de medidas, a situação de infracção continua a existir independentemente do facto de as autoridades nacionais não aplicarem as ditas normas, devendo o EM incumpridor pôr formalmente fim às disposições finais incompatíveis com a norma comunitária ⁽¹²⁸⁾.

Este comportamento pode implicar a responsabilidade extra-contratual do Estado, em virtude dessa não conformidade, uma vez que, poderão advir prejuízos para a comunidade, outros EM ou para os particulares. A sentença Francovich ⁽¹²⁹⁾ prevê a reparação dos danos aos particulares, em consequência da falta de transposição adequada de uma directiva comunitária, nascendo a obrigação de reparação no sistema comunitário, mas cabendo ao ordenamento interno de cada EM designar os órgãos judiciais e regular as modalidades processuais para a sua efectivação.

Cenário diferente se vislumbra quando a exigência de reparação é feita por outro EM, ou pela Comunidade em caso de se considerarem lesionados. O TJCE considera que o EM é responsável perante a comunidade pela execução do Direito Comunitário no seu território. Não obstante, a acção de reparação de danos tem o seu campo primordial de actuação nas relações entre o EM infractor e os particulares, e não entre a CE e os restantes EM.

Nesta sequência, facilmente se chega à conclusão que cabe ao EM recalcitrante extrair do acórdão proferido pelo TJCE todas as medidas para actuar conforme ao Direito Comunitário. Pelo que, o particular continua numa posição desprivilegiada, para além de estarmos perante um processo especialmente moroso, por todas as especificidades processuais a que está submetido, caberá ao EM

⁽¹²⁷⁾ Ami BARAV, *Enforcement of community rights in the national courts in CMLR*, Vol. 26, n.º 3, 1989, pp. 375 e 376, "It may be argued that the presumption that national legislation, primary and subordinate, and also administrative regulations are valid unless and until they are declared invalid does in no way preclude a court from having jurisdiction to grant interim relief ordering the disapplication of the contested national provision. A court hearing an application for an interim relief must have the power to decide whether such relief is justified in the special circumstances of the case".

⁽¹²⁸⁾ Javier DIEZ-HOCHLEITNER, *La Respuesta...*, cit., pp. 848 a 851.

⁽¹²⁹⁾ Acórdão de 19/11/1991, Proc. C- 6/90 e C- 9/90, Col. 1991, pp. 5357 e segs.

cumprir o acórdão do Tribunal, repondo a legalidade comunitária, por forma a que o particular se possa prevalecer daqueles direitos. Por este motivo, o Tribunal inteligentemente desenvolveu soluções alternativas que permitiam os mesmos fins, através de uma protecção judicial efectiva que tem vindo a consagrar a favor dos particulares, nomeadamente, alargando a noção de autoridades públicas dos EM que são obrigadas a respeitar e a tornar efectivo o Direito Comunitário; reconhecendo actos fora do contexto do artigo 189.º (art. 249.º) TCE como fazendo parte da ordem jurídica comunitária atribuindo-lhes concomitantemente efeito directo; e por último, considerando que uma infracção das normas com efeito directo pode fazer com que o EM incorra em responsabilidade civil extracontratual, tendo que compensar os particulares pelos danos sofridos ⁽¹³⁰⁾.

Questão diferente, mas colateral a esta, pois prende-se ainda com a protecção dos particulares e com a possibilidade de um particular invocar o acórdão proferido pelo TJCE num tribunal nacional. Isto é, trata-se de saber se o acórdão do Tribunal proferido numa acção por incumprimento tem efeito directo. O acórdão de NSO/Commission ⁽¹³¹⁾ pronunciou-se sobre esta questão, referindo que em face das disposições de Direito Comunitário directamente aplicáveis, os particulares não têm necessidade de esperar um acórdão declarando o incumprimento para fazerem valer os seus direitos. Esclarecendo que os direitos dos particulares decorrem não desse acórdão, mas das próprias disposições de direito que têm efeito directo na ordem jurídica interna. Cabendo aos órgãos competentes do Estado infractor a obrigação de o executar.

6. Conclusão

A forma como os dois ordenamentos, nacional e comunitário se interrelacionam, implica que os EM apliquem de forma descentralizada Direito Comunitário.

⁽¹³⁰⁾ Gerhard BEBR, *Court of Justice judicial protection and the rule of law in Institutional Dynamics of European Integration, Essays in Honour of Henry Schermers*, Vol. II, Dordrecht/Boston/London, 1994, p. 313.

⁽¹³¹⁾ Acórdão de 14/2/1982, Proc. 260/82, Rec. 1982, pp. 4371 e segs.

As directivas pretendem dar alguma margem de manobra aos EM — aparecendo como uma aplicação prática do princípio da subsidiariedade ⁽¹³²⁾ —, na medida em que aquele apenas fica vinculado aos fins mas não aos meios e formas de transposição. Desta forma, podemos desde logo antever, que se torna necessária uma colaboração por parte dos EM na transposição da directiva para os seus ordenamentos, o que nem sempre acontece com a celeridade desejável.

Quando nos encontramos perante uma situação deste tipo, podemos equacionar duas posições, por um lado, o próprio EM que dá origem ao processo por incumprimento, e por outro lado, a situação dos particulares.

No primeiro caso, e após a inovação trazida pelo TUE do pagamento de multas, o EM fica sujeito ao pagamento de uma determinada quantia que tem uma função dissuasora *a priori*, e *a posteriori* de rápida reposição da legalidade. Não obstante este mecanismo sancionatório, o EM pode persistir no incumprimento sem que a CE possa tomar quaisquer medidas mais drásticas que não a constatação desse incumprimento e a continuação de aplicação de multas.

Na perspectiva dos particulares, a questão coloca-se com maior acuidade, sendo certo que o TJCE percorreu um longo caminho jurisprudencial para desenvolver meios que lhes permitissem reagir contra a inércia legislativa do Estado, caso do efeito directo das directivas e do processo de responsabilidade extracontratual contra o Estado incumpridor.

Não obstante, num quadro pessimista em que por hipótese a directiva em questão não fosse clara, concreta e incondicional, e portanto não fosse possível invocar o efeito directo, e o particular não pudesse esperar por um acção de responsabilidade extracontratual que se processa no ordenamento nacional, sofrendo desta

⁽¹³²⁾ Uma vez que deixam aos EM um espaço de manobra por forma a escolherem as medidas internas mais adequadas para a transposição, para mais desenvolvimentos sobre o princípio da subsidiariedade consultar, FAUSTO DE QUADROS, **O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia**, Coimbra, 1995, *idem* **Princípio da subsidiariedade no Tratado da União Europeia: contributo para a revisão do Tratado** in *Em Torno da Revisão do Tratado da União Europeia*, Coimbra, 1997, pp. 231 e segs.

forma da morosidade da justiça. Torna-se necessário, encontrar meios para os particulares poderem reagir em tempo útil para salvaguardar uma situação que de outra forma poderia ser ruínosa.

As medidas cautelares, aparecem justamente para obviar a este tipo de situações, provada a aparência de bom direito e a urgência do particular, o Tribunal pode provisoriamente compor o litígio.

Não obstante as vantagens que resultam para os particulares, a aplicação das medidas cautelares ao processo por incumprimento não é líquida. Os princípios opositores apontam o facto de o TJCE conseguir pela via cautelar o que lhe é vedado na sentença do processo por incumprimento, na medida em que aquela sentença é meramente declarativa de pura constatação da *falha* do Estado, não havendo possibilidade de o Tribunal se imiscuir na ordem interna dos Estados.

Desta forma se se permitisse a aplicação destas medidas pelo TJCE, ainda que provisoriamente, equivaleria na prática a uma substituição do EM em questão, por outras palavras permitir-se-ia ao Tribunal pela via cautelar o que lhe era vedado pela sentença, já que esta é meramente declarativa.

Os opositores da aplicação destas medidas parecem esquecer que, aquelas são norteadas pela provisoriedade, o que significa que não equivalem a uma composição definitiva do litígio. Assim sendo, quando o TJCE em virtude de um processo por incumprimento e por solicitação dos particulares compõe provisoriamente uma situação *in concreto* desapplicando a legislação nacional, ou tutelando a situação de qualquer outra forma, por exemplo através de medidas antecipatórias de acordo com a directiva que deveria estar em vigor, substitui-se ao legislador nacional, mas apenas com o único objectivo de preservar uma situação isolada até que o EM reponha a legalidade e nesse sentido a conformidade com o ordenamento comunitário.

Bibliografia

I. Doutrina

- ALEXANDRE, Willy, **Recevabilité des renvois préjudiciels** in *CDE*, n.º 5/6, 1995, pp. 561 e segs.
- ANTUNES VARELA, J./F. Pires de Lima, **Código Civil Anotado**, Vol. III, 3.ª ed., rev. e act., Coimbra, 1986
- BARAV, Ami,
 — **La fonction Communautaire du Juge National**, Consultado na Biblioteca do Serviço Jurídico da Comissão Europeia, 1983, pp. 421 e segs.
 — **Enforcement of Community right in the national courts** in *CMLR*, Vol. 26, n.º 3, 1989, pp. 369 e segs.
 — **La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire** in *L'Europe et le Droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, 1991, pp. 1 e segs.
- BARAV, Ami/G. Vandersanden, **Contentieux Communautaire**, Bruxelles, 1977
- BEHR, Gerhard, **Court of Justice: judicial protection and the rule of law** in *Institutional Dynamics of European Integration, Essays in Honour of Henry Schermers*, Vol. II, Dordrecht/Boston/London, 1994, pp. 303 e segs.
- BONICHOT, Jean Claude/Fernand Grevisse, **Les incidences du Droit Communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres** in *L'Europe et le Droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, 1991, pp. 297 e segs.
- BOULOUIS, Jean, **Droit Institutionnel des communautés européennes**, 4.ª ed., Paris, 1993.
- CAPITÃO, Gonçalo/Pedro Machado, **Direito à Tutela Jurisdicional Efectiva — Implicações na Suspensão Jurisdicional da Eficácia dos Actos Administrativos** in *RP*, n.º 3, Abril-Junho, 1995, pp. 33 e segs.
- CASTRO MENDES, João de, **Direito Processual Civil**, I Vol., rev. e act., Lisboa, 1990.
- CAVALLINI, Joël, **Le Juge National du provisoire face au Droit Communautaire**, Bruxelles, 1995.
- CHAMORRO BERNAL, Francisco, **La Tutela Judicial Efectiva**, Barcelona, 1994.
- CHAPUS, R., **Droit du Contentieux Administratif**, 5.ª ed., Paris, 1995.
- COHEN-TANUGI, Laurent, **Le Choix de L'Europe**, France, 1995.
- CRUZ VILAÇA, José
 — **Le système juridictionnel communautaire** in *RMUE*, n.º 3, 1995, pp. 243 e segs.
 — **La procedure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire** em curso de publicação Liber Amicorum Federico Mancini, pp. 1793 e segs.
- CURTIN, Deidre, **Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights** in *CMLR*, Vol. 27, 1990, pp. 709 e segs.
- DARMON, Marco, **Réflexions sur le recours préjudiciel** in *CDE*, n.º 5/6, 1995, pp. 577 e segs.
- DÍAZ JIMÉNEZ, Maria del Carmen, **Principios de derecho processual comunitario**, Madrid, 1996.

- DÍEZ DE VELASCO, Manuel, **Prologo El Tratado de la Union Europea o Tratado de Maastricht** in *GJCE (y de la competencia)* serie D, número monográfico, 1.ª parte, Septiembre, 1992, pp. 9 e segs.
- DIEZ-HOCHLEITNER, Javier, **La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados Membros** in *RIE*, Vol. 20, n.º 3, 1993, pp. 837 e segs.
- EVERLING, Ulrich, **L'avenir de l'organisation juridictionnelle de l'Union Européenne** in *La réforme du système juridictionnelle communautaire*, Bruxelles, 1994, pp. 19 e segs.
- FAUSTO DE QUADROS, J.,
 — **O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia**, Coimbra, 1995
 — **Princípio da subsidiariedade no Tratado da União Europeia: contributo para a revisão do Tratado** in *Em Torno da Revisão do Tratado da União Europeia*, Coimbra, 1997, pp. 231 e segs.
- FERNANDEZ MARTIN, Jose, **El principio de tutela efectiva de los derechos subjetivos derivados del derecho comunitario. Evolucion y alcance** in *RIE*, Vol. 21, n.º 3, 1994, pp. 845 e segs.
- FUENTETAJA PASTOR, Jesús, **El proceso judicial comunitario**, Madrid, 1996
- GOFFIN, Léon, **Introduction** in *CDE*, n.º 5/6, 1995, pp. 529 e segs.
- GONZÁLEZ, Maria Carmen, **Sobre la responsabilidad del Estado frente a los particulares por la no transposición de las directivas comunitarias** in *RDCE*, Vol. I, Enero/Junio, 1997, pp. 261 e segs.
- GREVISSE, Fernand/Jean Bonichot, **Les incidences du Droit Communautaire sur l'organisation e l'exercice de la fonction juridictionnelle dans le États membres** in *L'Europe et le Droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, 1991, pp. 297 e segs.
- HIGGINS, Rosalyn, **Interim measures for the protection of human rights** in *CJTL*, Vol. 36, 1997, pp. 91 e segs.
- ISAAC, Guy, **Manual de Derecho Comunitario General**, 3.ª ed., Barcelona, 1995
- JIMENO BULNES, Mar, **La cuestión prejudicial del artículo 177.º TCE**, Barcelona, 1996.
- KOOPMANS, Thijmen, **La procédure préjudicielle — victime de son succès?** in *Du Droit International au Droit de l'Integration, Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, pp. 347 e segs.
- KOVAR, Robert, **L'évolution de l'article 177 du Traité CE** in *La Reforme du Systeme Juridictionnel Communautaire*, Bruxelles, 1994, pp. 35 e segs.
- LECOUR, Robert,
 — **La Cour de Justice des Communautés Européennes vue de l'interieur** in *Europäische Gerichtsbarkeit und Nationale Verfassungsgerichtsbarkeit*, coord. Wilhelm G. Grewe/ Hans Rupp/Hans Schneider, Baden-Baden, 1981, pp. 261 e segs.
 — **Le rôle unificateur du juge de la Communauté** in *Études de Droit des Communautés Européennes, Melanges offerts à Pierre-Henri, Teigten*, Paris, 1984, pp. 229 e segs.
- LOUIS, Jean-Victor, **Le rôle de la Commission dans la procédure en manquement selon la jurisprudence récente de la Cour de Justice** in *Du Droit International au Droit de l'Integration, Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, pp. 387 e segs.

- LOUIS, Jean-Victor/G. Vandersanden/D. Waelbroeck/M. Waelbroeck, **Commentaire Megret**, Le Droit de la CEE, La Cour de Justice les Actes des Institutions, Vol. 10, 12.^a édition (entièrement refondue et mise à jour), Bruxelles, 1993.
- MACHADO, Pedro/Gonçalo Capitão, **Direito à Tutela Jurisdicional Efectiva — Implicações na Suspensão Jurisdicional da Eficácia dos Actos Administrativos** in *RP*, n.º 3, Abril-Junho, 1995, pp. 33 e segs.
- MARCH HUNNINGS, Neville, **The European Courts**, London, 1996.
- MENGOZZI, Paolo, **European Community Law from Common Market to European Union**, London/Dordrecht/Boston, 1992.
- MESQUITA, Maria José, **Efeitos dos Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**, Coimbra, 1997.
- MOITINHO DE ALMEIDA, L. P., **Providências Cautelares não especificadas**, Reimpressão, Coimbra, 1981.
- MOTA DE CAMPOS, João
— **Direito Comunitário**, Vol. II, 4.^a ed., Lisboa, 1994.
— **Direito Comunitário**, Vol. I, 7.^a ed., Lisboa, 1995.
- MOURA RAMOS, Rui, **Das Comunidades à União europeia**, Coimbra, 1994.
- OLIVEIRA E SILVA, A., **A suspensão da executoriedade dos actos administrativos na República Federal Alemã** in *DDC*, n.º 20, 1984, pp. 224 e segs.
- O'NEILL, Michael, **Article 177 and limits to the right to refer: an end to the confusion?** in *EPL*, Vol. II, issue 3, September, 1996, pp. 375 e segs.
- PALACIO GONZÁLEZ, José, **El sistema judicial comunitario**, Bilbao, 1996.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, **La Tutela Judicial Cautelar en el orden contencioso administrativo** in *REDA*, n.º 49, Jan./Mar., 1986, pp. 19 e segs.
- PASTOR BORGONÓN, B./E. Van Ginderachter, **El procedimiento de medidas cautelares**, Madrid, 1993.
- PIRES LIMA, F./J. Antunes Varela, **Código Civil Anotado**, Vol. II, 3.^a ed., rev. e act., Coimbra, 1986.
- PITTA E CUNHA, Paulo, **Reflexões sobre a União Europeia** in *Integração Europeia*, Lisboa, 1993, pp. 397 e segs.
- RASMUSSEN, Hjalte, **O Tribunal de Justiça** in *Trinta Anos de Direito Comunitário*, Bruxelas/Luxemburgo, 1981, pp. 159 e segs.
- RIBEIRO, Marta, **Da responsabilidade do Estado pela violação do Direito Comunitário**, Coimbra, 1986.
- RIECHEMBERG, Kurt, **El Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas** in *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de 1.º Instancia*, Bilbao, 1991, pp. 83 e segs.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil, **La Tutela Judicial Cautelar en el Derecho Comunitario** in *El derecho comunitario europeo y su aplicacion judicial*, Dirigido por Gil Iglesias e Liñan Noguerras, Madrid, 1993, pp. 633 e segs.
- SHERMERS, Henry/Denis Waelbroek, **Judicial Protection in the European Communities**, fourth edition, Deventer, 1991.
- STEINER, Josephine, **EC Law**, fourth edition, London, 1994.
- TEIXEIRA, Sónia,
— **Da Bipolarização à Multipolarização: Europa Uma estratégia a definir** in *RFDUL*, Vol. XXXVIII, n.º 2, 1997, pp. 507 e segs.

- **A protecção dos Direitos fundamentais na revisão do Tratado da União Europeia**, Lisboa, 1998.
- TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, **Estudos sobre o novo Processo Civil**, Lisboa, 1997.
- TEMPLE LANG, John, **The Duties of National Courts under Community Constitutional Law** in *ELR*, Vol. 22, n.º 1, February, 1997, pp. 3 e segs.
- TIMMERMANS, C. W., **Judicial Protection against Member States articles 169 and 177 revisited** in *Institutional Dynamics of European Integration Essays in Honour of Henry Schermers*, Vol. II, Dordrecht/Boston/London, 1994, pp. 391 e segs.
- TIZZANO, Antonio, **Le transfer des recours directs** in *La reforme du systeme juridictionnel communautaire*, Bruxelles, 1994, pp. 67 e segs.
- VANDERSANDEN, G./ Ami Barav, **Contentieux Communautaire**, Bruxelles, 1977.
- VANDERSANDEN, G./ Jean-Victor Louis/D. Waelbroeck/M. Waelbroeck, **Commentaire Megret**, Le Droit de la CEE, La Cour de Justice les Actes des Institutions, Vol. 10, 12.ª edition (entièrement refondue et mise à jour), Bruxelles, 1993.
- VAN GINDERACHTER, E., **Référé** in *Dictionnaire juridique des Communautés Européennes*, coord. de Ami Barav et Chritian Philip, Paris, 1993, pp. 911 e segs.
- WAELEBROECK, Denis, **Le Transfer des recours directs au Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes vers une meilleure protection judiciaire des justiciables?** in *La reforme du systeme juridictionnel communautaire*, Bruxelles, 1994, pp. 87 e segs.
- WAELEBROECK, Denis/Henry Schermers, **Judicial Protection in the European Communities**, fourth edition, Deventer, 1991.
- WAELEBROECK, D./G. Vandersanden/ Jean-Victor Louis/M. Waelbroeck, **Commentaire Megret**, Le Droit de la CEE, La Cour de Justice les Actes des Institutions, Vol. 10, 12.ª edition (entièrement refondue et mise à jour), Bruxelles, 1993.
- WAELEBROECK, M./G. Vandersanden/ Jean-Victor Louis/D. Waelbroeck, **Commentaire Megret**, Le Droit de la CEE, La Cour de Justice les Actes des Institutions, Vol. 10, 12.ª edition (entièrement refondue et mise à jour), Bruxelles, 1993.
- WÄGENBAUR, Rolf, **How to improve compliance with European Community legislation and the judgements of the European Court of Justice** in *FILJ*, Vol. 19, Number 3, February, 1996, pp. 936 e segs.

II. Jurisprudência

- Acórdão de 10/12/1960, **Humblet**, Proc. 6/60, Rec. 1960, pp. 1125 e segs.
- Acórdão de 15/7/1964, **Costa/Enel**, Proc. 6/64, Rec. 1964, pp. 1141 e segs.
- Acórdão de 21/5/1977, **Commission des Communautés européennes contre Royaume-Uni de Grand-Bretagne et d'Irlande du Nord**, Proc.31/77 e 53/77, Rec. 1977, pp. 921 e segs.
- Acórdão de 28/3/1980, **Commission/France**, Proc. 24/80 R e 97/80 R, Rec. 1980, pp. 1319 e segs.
- Acórdão de 21/8/1981, **Agricola Commerciale Olio et autres contre Commission des Communautés européennes**, Proc. 232/81 R, Rec. 1981, pp. 2193 e segs.

- Acórdão de 14/12/1982, **NSO/Commission**, Proc. 260/82, Rec. 1982, pp. 4371 e segs.
- Acórdão de 13/3/1987, **Comissão das Comunidades Europeias contra Irlanda**, Proc. 45/87 R, Col. 1987, pp. 1369 e segs.
- Acórdão de 28/10/87, **Dow Chemical Netherland B. V. contra Comissão das Comunidades Europeias**, Proc. 85/87 R, Col. 1987, pp. 4367 e segs.
- Acórdão de 10/6/88, **Sofrimport Sàrl contra Comissão das Comunidades Europeias**, Proc. 152/88 R, Col. 1988, pp. 2931 e segs.
- Acórdão de 19/6/1990, **Factortame**, Proc. C- 213/90, Col. 1990, pp. 2433 e segs.
- Acórdão de 11/7/1991, **Verholen**, Proc. apensos C- 87/90 e C- 89/90, Col. 1991, pp. 3757 e segs.
- Acórdão de 19/11/1991, **Francovich**, Proc. C-6/90 e C-9/90, Col. 1991, pp. 5357 e segs.