

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL

ELEANOR SHARPSTON

apresentadas em 30 de Novembro de 2006¹

1. Será que o direito comunitário exige que no ordenamento jurídico de um Estado-Membro exista a possibilidade, em primeiro lugar, de propor uma acção autónoma com vista a obter a declaração de incompatibilidade de uma disposição legislativa nacional com o direito comunitário e, em segundo lugar, de obter a suspensão provisória dessa disposição legislativa nacional durante a apreciação da respectiva legalidade? Esta é, no essencial, a questão que é submetida ao Tribunal de Justiça pelo Högsta domstolen (Supremo Tribunal da Suécia).

Legislação nacional

2. O pedido de decisão prejudicial presta a seguinte informação acerca da legislação nacional que regula, por um lado, a competência dos tribunais nacionais e as suas regras processuais e, por outro lado, a organização de lotarias.

3. Em primeiro lugar, o capítulo 11, § 14, da Regeringsformen (Lei constitucional de orga-

nização do poder político) estabelece as regras de fiscalização da legalidade. Se um tribunal ou outro órgão público entender que uma disposição é contrária a uma norma constitucional ou legislativa de hierarquia superior, essa disposição pode não ser aplicada. A fiscalização e o eventual afastamento da disposição ao abrigo do capítulo 11, § 14, da Regeringsformen, exige que a questão seja suscitada a título prejudicial numa acção principal. Não é possível, ao abrigo da legislação nacional, propor uma acção judicial autónoma com vista a obter unicamente a declaração de invalidade de um determinado acto normativo. Se foi adoptada pelo Riksdag (Parlamento) ou pelo Governo, a disposição em questão só pode ser afastada em caso de erro manifesto. No entanto, este requisito não é aplicável no caso de a disposição ser contrária ao direito comunitário².

4. Em segundo lugar, nos termos do capítulo 13, § 2, do Rättegångsbalken (Código de Processo Judiciário sueco), uma acção com vista a obter a declaração de existência ou inexistência de uma determinada relação

1 — Língua original: inglês.

2 — Proposta de lei do Governo 1993/94:114, alterações à lei constitucional anteriores à adesão da Suécia à União Europeia, p. 27.

jurídica é admissível se existir incerteza quanto à relação jurídica e essa incerteza puder causar prejuízo ao demandante.

5. Em terceiro lugar, o capítulo 15 do Rättegångsbalken diz respeito às medidas provisórias em acções cíveis. Nos termos do § 3, sempre que o requerente demonstre que tem motivos suficientes para crer que tem um direito em relação a outrem que é ou pode ser objecto de processo judicial ou de apreciação em processo semelhante, e que haja fundado receio de que a parte contrária, pelo exercício de uma determinada actividade, pela realização de um acto ou omissão ou por qualquer outra conduta, possa impedir ou tornar mais difícil o exercício do direito do requerente ou diminuir de forma substancial o seu valor, o tribunal pode decretar medidas adequadas a garantir o direito do requerente. Essas medidas podem incluir a proibição, sob pena de multa, de realizar uma certa actividade ou um determinado acto, ou a intimação, sob pena de multa, a respeitar a pretensão do requerente ou a designação de administrador, ou a adopção de uma medida susceptível de garantir de qualquer outra forma o direito do requerente.

6. Tanto o tribunal de reenvio como o Governo sueco indicam que as medidas provisórias previstas no capítulo 15 devem ser adequadas a garantir o pedido principal. Assim, a suspensão de uma lei alegadamente inválida não é, em princípio, decretada no âmbito de uma acção de indemnização. Verifica-se igualmente (o que talvez não seja surpreendente) que, nos casos em que o

pedido principal é julgado inadmissível, as medidas provisórias não são decretadas.

7. Em quarto lugar, nos termos do § 38 da lei das lotarias (Lotterilagen, 1994:1000), não é permitido, sem autorização expressa, no exercício de uma actividade comercial ou de outra actividade com fim lucrativo, promover a participação em lotarias ilegais organizadas no território nacional ou em lotarias organizadas noutro país. Referir-me-ei a essa disposição como a proibição de promoção. Podem ser concedidas excepções à proibição de promoção. Nos termos do § 45, pode requerer-se ao governo autorização para organizar lotarias. O § 48 regula a fiscalização do cumprimento da lei das lotarias e o § 52 prevê as injunções e proibições que são necessárias para que a lei seja cumprida, podendo a sua violação ficar sujeita a multa. Nos termos do § 54, as pessoas que, no exercício de uma actividade comercial ou de outra actividade com fim lucrativo, promoverem ilegalmente a participação numa lotaria organizada noutro país podem sofrer sanções penais se a promoção for dirigida especialmente à participação a partir da Suécia. O § 59 regula os recursos judiciais de decisões referentes a autorizações.

Antecedentes da acção principal

8. Os factos que conduziram à acção principal são, de acordo com o pedido de reenvio

prejudicial e com as observações escritas do recorrente, os que a seguir se expõe.

9. A Unibet (London) Ltd e a Unibet (International) Ltd são duas sociedades com sede no Reino Unido e em Malta, respectivamente. As suas actividades consistem em organizar jogos, especialmente apostas em eventos desportivos, póquer, casino e outros jogos de fortuna ou azar, de acordo com licenças emitidas nesses Estados autorizando a organização de jogos para, nomeadamente, clientes residentes fora desses Estados. As sociedades serão a seguir designadas conjuntamente por Unibet.

10. A Unibet oferece os seus jogos principalmente através da Internet. Não tem a intenção de se estabelecer na Suécia ou de aí organizar jogos. Apenas pretende promover os seus serviços na Suécia.

11. Em 6 de Novembro de 2003, o Tribunal de Justiça proferiu o acórdão Gambelli³, no qual concluiu que uma legislação nacional que proíbe o exercício de determinadas actividades de jogo sem uma autorização emitida pelo Estado-Membro em causa é incompatível com os artigos 43.º e 49.º CE. Com base nesse acórdão, a Unibet adquiriu espaço publicitário num determinado número de jornais diários na Suécia. A inspecção de lotarias e de jogo sueca indicou

que tinha proposto acções contra os referidos jornais com o fundamento de que tinham violado a lei das lotarias ao publicarem anúncios para uma sociedade de jogo estrangeira. Seguidamente, a Unibet tentou adquirir mais espaço publicitário em jornais, na rádio e na televisão, mas isso foi-lhe recusado com fundamento na proibição de promoção e na posição adoptada pela inspecção de lotarias e de jogo. Desde então, o Estado sueco obteve injunções e instaurou processos-crime contra os jornais que publicaram anúncios para a Unibet. Não foi proposta nenhuma acção contra a própria Unibet.

12. A Unibet propôs uma acção contra o Estado sueco no tingsrätten (tribunal de comarca). A Unibet pediu, no essencial, que o tribunal se dignasse: 1) declarar que a Unibet tem direito, apesar da proibição de promoção, a comercializar os seus jogos na Suécia, 2) condenar o Estado sueco a indemnizar a Unibet pelos danos sofridos e que continua a sofrer em consequência da referida proibição, e 3) ordenar imediatamente que a proibição de promoção, assim como as sanções pela sua violação, não sejam aplicáveis à sociedade.

13. A acção da Unibet funda-se na alegação de que a legislação sueca relativa às lotarias é contrária ao artigo 49.º CE e que, ao abrigo do direito comunitário, a Unibet tem o direito de comercializar os seus jogos na Suécia. Se o pedido referido no ponto 1 for considerado inadmissível porquanto se enquadra no capítulo 13, § 2, do Rättegångsbalken, a Unibet alega que o direito comunitário lhe confere o direito de propor a acção e exige que as disposições nacionais

3 — Acórdão de 6 de Novembro de 2003, Gambelli e o. (C-243/01, Colect., p. I-13031).

que limitam o direito de acção não sejam aplicadas. No que se refere ao pedido enunciado no ponto 3, a Unibet alega que o direito comunitário obriga os tribunais nacionais a concederem uma tutela provisória com o objectivo de garantir os direitos conferidos aos particulares pela ordem jurídica comunitária

14. O Estado alegou perante o tingsrätten que os pressupostos da acção declarativa previstos no capítulo 13, § 2, do Rättegångsbalken, não se verificavam, uma vez que não existia uma relação jurídica concreta entre a Unibet e o Estado.

15. O tingsrätten considerou que o pedido da Unibet formulado no ponto 1 visava uma fiscalização abstracta da legalidade e era como tal inadmissível, tal como era inadmissível o pedido formulado no ponto 3. O pedido de indemnização (ponto 2) foi declarado admissível e está ainda pendente. Foi negado provimento ao recurso interposto pela Unibet relativamente aos pontos 1 e 3 no Hovrätten (tribunal de recurso). A Unibet recorreu dessa decisão para o Högsta domstolen.

16. Pouco depois de o Hovrätten ter negado provimento ao recurso, a Unibet apresentou um novo pedido de medidas provisórias ao tingsrätten. A Unibet pediu ao tribunal que declarasse imediatamente que, apesar da proibição de promoção e das sanções decorrentes da sua inobservância, a Unibet tem o direito, até ser proferida decisão definitiva, de adoptar determinadas medidas de comer-

cialização, ou, em alternativa, que o tribunal decretasse imediatamente medidas a fim de evitar que a actividade da Unibet continuasse a ser prejudicada em virtude da proibição de promoção e das sanções pela sua violação. A Unibet afirmou que este novo pedido de medidas provisórias estava directamente ligado à violação dos direitos que lhe são conferidos pela ordem jurídica comunitária e, portanto, ao seu pedido de indemnização cível nos termos do ponto 2 da sua acção principal, pendente no tingsrätten.

17. O tingsrätten julgou admissível o segundo pedido de medidas provisórias. Declarou, no entanto, que a Unibet não tinha demonstrado que a proibição de promoção era incompatível com o direito comunitário nem que existiam sérias dúvidas relativamente a essa incompatibilidade. O Hovrätten julgou improcedente o recurso interposto pela Unibet. A Unibet interpôs recurso para o Högsta domstolen, o qual submeteu o presente pedido de decisão prejudicial.

18. No pedido de decisão prejudicial, o Högsta domstolen confirma que, de acordo com a legislação nacional⁴, a Unibet não tem o direito de propor uma acção com vista a obter a declaração inicialmente pedida no ponto 1. Consequentemente, este tribunal pergunta se a legislação nacional satisfaz os requisitos impostos pelo direito comunitário

4 — Ou seja, o capítulo 13, § 2, do Rättegångsbalken. V. n.ºs 13 e 14 *supra*.

em matéria de protecção jurisdicional efectiva dos particulares.

19. O Högsta domstolen considera que os pedidos de medidas provisórias da Unibet suscitam igualmente questões de direito comunitário. No que diz respeito ao seu primeiro pedido de medidas provisórias (ponto 1), que foi julgado improcedente pelos tribunais de primeira e segunda instância, decorre do direito nacional, designadamente, que, se o pedido principal de um demandante não puder ser apreciado, o pedido de medidas provisórias não pode também ter provimento. Por conseguinte, relativamente a esse pedido de medidas provisórias, suscitam-se questões de direito comunitário semelhantes às que se suscitaram em relação ao pedido principal da Unibet. A Unibet alega que o seu segundo pedido de medidas provisórias está directamente ligado à violação dos direitos que lhe são conferidos pelo direito comunitário, no qual se baseia no presente processo, e, daí, à sua acção de indemnização (ponto 2 da acção inicial), que se encontra pendente no tingsrätten. Por conseguinte, a questão que se coloca é a de saber se, de acordo com o direito comunitário, são as disposições nacionais ou os critérios de direito comunitário que regulam as condições de concessão de medidas provisórias nos casos em que é posta em causa a compatibilidade das disposições nacionais com o direito comunitário. Se forem os critérios de direito comunitário que se aplicam, suscitam-se questões quanto à natureza precisa destes critérios.

20. O Högsta domstolen decidiu, assim, suspender a instância e submeter as seguintes questões ao Tribunal de Justiça para que este decida a título prejudicial:

- «1) A exigência do direito comunitário segundo a qual as normas processuais nacionais devem conceder uma protecção efectiva aos direitos conferidos aos particulares pelo direito comunitário deve ser interpretada no sentido de que deve ser admissível a propositura de uma acção para que seja declarado que determinadas disposições nacionais são contrárias ao artigo 49.º do Tratado CE, no caso de a compatibilidade das mesmas disposições com o referido artigo, por seu turno, só poder ser submetida a apreciação a título prejudicial, por exemplo, numa acção cível de indemnização, num processo respeitante à violação da disposição nacional em concreto ou num pedido de fiscalização da legalidade?
- 2) A exigência do direito comunitário para uma protecção jurisdicional efectiva implica que a ordem jurídica nacional deve conferir uma tutela provisória nos termos da qual as normas nacionais que impedem o exercício de um direito que o particular considera que lhe advém do direito comunitário possam ser afastadas em relação ao particular para que este possa exercer aquele direito, até que a questão sobre a existência do direito tenha sido objecto de apreciação definitiva pelo tribunal nacional?
- 3) Em caso de resposta afirmativa à questão 2:

Numa situação em que está em causa a compatibilidade de disposições nacio-

nais com o direito comunitário, este último implica que um tribunal nacional, na apreciação de um pedido de tutela provisória de direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária, deve aplicar disposições nacionais relativas aos pressupostos dessa tutela ou deverá, em tal situação, aplicar os critérios do direito comunitário relativos à mesma?

- 4) No caso de a resposta à questão 3 ser no sentido de que devem ser aplicados os critérios do direito comunitário, quais são estes?»

21. Foram apresentadas observações escritas pela Unibet, pelos Governos da Áustria, da Bélgica, da República Checa, da Finlândia, da Alemanha, da Grécia, da Itália, dos Países Baixos, de Portugal, da Suécia e do Reino Unido e pela Comissão. Na audiência, foram novamente apresentadas observações pela Unibet, pelos Governos da Bélgica, da Grécia, da Suécia e do Reino Unido, e pela Comissão.

Admissibilidade

22. O Governo belga alega, a título preliminar, que o pedido de decisão prejudicial é artificial e hipotético, logo, inadmissível. A acção proposta pela Unibet nos tribunais nacionais procura obter apenas uma declaração de incompatibilidade, não existindo, além disso, um verdadeiro litígio subjacente

a essa acção. Essa situação cai directamente no âmbito do acórdão Foglia⁵, no qual o Tribunal de Justiça concluiu que não era competente para emitir «pareceres sobre questões gerais ou hipotéticas» ou para responder a «questões de interpretação que lhe [fossem] submetidas no quadro dos mecanismos processuais encontrados pelas partes com o objectivo de levar o Tribunal de Justiça a dar a sua opinião sobre determinadas questões de direito comunitário que não correspondem a uma condição objectiva inerente à resolução de um litígio».

23. Não posso concordar com a observação do Governo belga. Existe claramente um verdadeiro litígio que exige resolução. A Unibet considera que a proibição de promoção é incompatível com o artigo 49.º CE. Pretende que a proibição seja declarada ilegal, para que possa promover legalmente a sua actividade comercial relativa às lotarias na Suécia. O facto de se poder descrever a sua conduta como utilizando um «mecanismo processual» no sentido de que procura propor uma acção que não está prevista nas regras processuais suecas não afasta a existência da questão subjacente.

24. Consequentemente, considero que o pedido de decisão prejudicial é admissível.

5 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1981, Foglia (244/80, Recueil, p. 3045, n.º 18).

Primeira questão

25. Através da sua primeira questão, o tribunal de reenvio pergunta se a exigência do direito comunitário segundo a qual as normas processuais nacionais devem conceder uma protecção efectiva aos direitos conferidos aos particulares pelo direito comunitário deve ser interpretada no sentido de que deve ser possível propor uma acção para que seja declarado que determinadas disposições nacionais são contrárias ao artigo 49.º CE, no caso de a compatibilidade das mesmas disposições com o referido artigo, por seu turno, só poder ser submetida a apreciação a título prejudicial, por exemplo, numa acção cível de indemnização, num processo respeitante à violação da disposição nacional em concreto ou num pedido de fiscalização da legalidade⁶.

26. A Unibet defende que a resposta a essa questão devia ser afirmativa. Todos os Governos que apresentaram observações, a par da Comissão, têm a opinião contrária.

27. A Unibet alega, em primeiro lugar, que decorre do princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional e do princípio da tutela dos direitos conferidos pelo direito comunitário, que um particular

deverá ter sempre ao seu dispor um direito de acção efectivo para proteger esses direitos⁷. A Unibet tem o direito, decorrente do Tratado CE, de comercializar os seus jogos na Suécia e está ilegalmente impedida de o fazer pela proibição de promoção. Tem, assim, o direito de propor uma acção com vista a obter uma declaração de que tem o direito de comercializar os seus jogos na Suécia sem entraves ou, por outras palavras, de que a Suécia está proibida de aplicar a proibição de promoção.

28. A Unibet faz referência em particular ao acórdão Muñoz e Superior Fruticola⁸, no qual o Tribunal de Justiça declarou que a plena eficácia de uma proibição, prevista no direito comunitário, de oferta de frutos e produtos agrícolas para venda que não estão em conformidade com as normas de qualidade fixadas implica que deve ser possível a um operador impor o respeito dessa proibição no quadro de um processo cível intentado contra um operador concorrente, embora a lei nacional não confira a esse operador o direito de intentar uma acção cível com base na inobservância da legislação.

29. A Unibet alega, em segundo lugar, que o tribunal nacional deve, por força do seu

6 — Apesar de a questão oferecer os três tipos de processo como exemplo, estes parecem ser os únicos disponíveis nas circunstâncias do presente processo (v., no entanto, n.º 46 relativamente a processos de fiscalização judicial).

7 — Acórdãos de 9 de Março de 1978, Simmenthal (106/77, Colect., p. 243, n.ºs 21 e 22); de 19 de Maio de 1990, Factortame e o. (C-213/89, Colect., p. I-2433, a seguir «Factortame I»); de 11 de Julho de 1991, Verholen e o. (C-87/90, C-88/90 e C-89/90, Colect., p. I-3757, n.º 24); e de 22 de Setembro de 1998, Coote (C-185/97, Colect., p. I-5199).

8 — Acórdão de 17 de Setembro de 2002 (C-253/00, Colect., p. I-7289).

dever de interpretar a lei nacional em conformidade com o direito comunitário⁹, alargar o direito, previsto na legislação nacional, de propor uma acção declarativa¹⁰ aos demandantes na sua situação.

30. A Unibet alega, em terceiro lugar, que as outras vias de recurso colocadas à sua disposição pela legislação sueca não constituem direitos de acção efectivos. Indemnizações não são uma alternativa adequada a uma declaração de que a Suécia não pode aplicar a proibição de promoção, dado que é frequentemente muito difícil calculá-las de forma completa para que constituam uma compensação integral do dano sofrido. Além disso, o facto de não estar prevista uma acção declarativa significa que o interessado deverá propor uma nova acção de indemnização se as violações continuarem. Também não é razoável exigir que um particular viole a lei para fazer valer os seus direitos. A fiscalização jurisdicional das decisões administrativas apenas se aplica a decisões aprovadas pelo governo ou por uma entidade administrativa. Só seria aplicável se a Unibet pedisse autorização para organizar uma lotaria na Suécia — o que não corresponde à sua intenção — e o seu pedido fosse indeferido. Finalmente, se um tribunal sueco decidisse, a título de questão prévia, que a proibição de promoção é contrária ao direito comunitário, essa decisão não produziria efeitos jurídicos em relação aos restantes tribunais ou autoridades suecas se a mesma questão se apresentasse num outro contexto, mesmo que envolvesse a Unibet, por exemplo, em processos-crime ou num processo relativo à

aplicação de uma multa por força da lei das lotarias. Aquela decisão não resultaria numa declaração de ilegalidade num sentido lato, mesmo em relação à Unibet, e não exigiria que a Suécia revogasse ou suspendesse a proibição da promoção. Ao invés, uma decisão judicial que proibisse o Estado sueco de aplicar a proibição da promoção à Unibet vincularia todas as situações em que a questão se levantasse, nomeadamente em processos respeitantes à violação da lei da lotaria.

31. Os governos que apresentaram observações e a Comissão são todos de opinião que a resposta à primeira questão do tribunal nacional deve ser negativa. Pelas razões que a seguir se expõem, todas elas apresentadas por algumas ou por todas essas partes, sou igualmente dessa opinião, com uma limitação importante.

32. Em minha opinião, o ponto de partida deve ser o princípio consagrado pela primeira vez no acórdão Rewe I¹¹, de que compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a

9 — Acórdão de 13 de Novembro de 1990, *Marleasing* (C-106/89, Colect., p. I-4135).

10 — Nos termos do capítulo 13, § 2, do *Rättegångsbalken*. V. n.º 4 e 13 *supra*.

11 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1976, *Rewe/Landwirtschaftskammer für das Saarland* (33/76, Colect., p. 813, n.º 5).

garantir a protecção dos direitos que decorrem do direito comunitário, desde que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as modalidades relativas a acções judiciais similares de natureza interna (princípio da equivalência) e que não tornem impossível, na prática, o exercício desses direitos (princípio da efectividade). Esta posição foi confirmada no acórdão Rewe II¹², no qual o Tribunal de Justiça afirmou que o Tratado *não se destinava a criar novas vias de recurso nos tribunais nacionais* para assegurar o respeito do direito comunitário para além daquelas já previstas na legislação nacional e que o sistema de protecção legal constante do Tratado implica que deve ser possível recorrer *a todo o tipo de acção previsto na legislação nacional* para assegurar o respeito das disposições comunitárias com efeito directo.

33. De igual modo, o acórdão Simmenthal¹³, que estabeleceu o dever de o juiz nacional afastar qualquer disposição legislativa nacional contrária ao direito comunitário, limita expressamente esse dever aos processos *da competência* do tribunal nacional em causa ou aos tribunais que *tenham competência para aplicar* o direito comunitário em causa.

34. Estes princípios têm sido constantemente reiterados pelo Tribunal de Justiça.

Veja-se, por exemplo, o acórdão Peterbroeck¹⁴, no qual afirmou que, na falta de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e definir as normas processuais específicas das acções judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que, para os particulares, decorrem do efeito directo do direito comunitário, desde que essas normas não sejam menos favoráveis do que as que regem acções judiciais internas similares, nem podem tornar impossível ou excessivamente difícil, na prática, o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária.

35. Está implícito nessas formulações que os sistemas jurídicos nacionais não estão imunes à fiscalização judicial comunitária. Em primeiro lugar, as regras internas devem respeitar os princípios da equivalência e da efectividade. Em segundo lugar, embora seja, em princípio, da competência do direito nacional determinar a legitimidade e o interesse em agir judicialmente, o direito comunitário exige que a legislação nacional não afecte o direito a uma protecção jurisdicional efectiva¹⁵. Assim, o direito comunitário *pode*, em determinadas circunstâncias, exigir uma nova via de recurso quando essa for a única forma de assegurar que um direito decorrente do direito comunitário pode ser protegido¹⁶. No acórdão Heylens, por exemplo, o Tribunal de Justiça afirmou que, constituindo o livre acesso ao

12 — Acórdão de 7 de Julho de 1981, Rewe/Hauptzollamt Kiel (158/80, Recueil, p. 1805, n.º 44). Sublinhado nosso.

13 — Já referido na nota 7, n.ºs 21 e 22. Sublinhado nosso.

14 — Acórdão de 14 de Dezembro de 1995, Peterbroeck (C-312/93, Colect., p. I-4599, n.º 12).

15 — Acórdão Verholen, já referido na nota 7, n.º 24.

16 — Como aconteceu no acórdão Factortame I.

emprego um direito fundamental conferido pelo Tratado individualmente a todo e qualquer trabalhador da Comunidade, «a existência de uma via de recurso de natureza jurisdicional contra uma decisão de uma autoridade nacional que recusa o benefício desse direito é essencial para garantir ao particular a protecção efectiva do seu direito»¹⁷. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça afirmou, no acórdão Vlassopoulou, que «toda e qualquer decisão [sobre reconhecimento de diplomas profissionais] deve [...] ser susceptível de um recurso de natureza jurisdicional que permita verificar a sua legalidade relativamente ao direito comunitário»¹⁸.

36. É, portanto, essencial que, ao verificar se as regras processuais nacionais cumprem os critérios fixados pelo Tribunal de Justiça, o contexto judicial seja analisado no seu todo. Tal como o Tribunal de Justiça afirmou no acórdão Peterbroek, «cada caso em que se ponha a questão de saber se uma disposição processual nacional torna impossível ou excessivamente difícil a aplicação do direito comunitário deve ser analisado tendo em conta a colocação dessa disposição no conjunto do processo, a tramitação deste e as suas particularidades nas várias instâncias nacionais»¹⁹. O simples facto de um determinado direito de acção não estar previsto num dado ordenamento jurídico para reivindicação de um direito conferido pelo direito comunitário não significa necessariamente que o princípio da protecção efectiva tenha sido violado.

37. Um exemplo de aplicação desse princípio pode ser encontrado no acórdão Safalero²⁰. Esse processo dizia respeito a medidas administrativas que autorizavam a apreensão de bens vendidos a um retalhista pelo facto de não apresentarem a marcação de homologação nacional prevista na legislação nacional. Esse requisito da lei nacional era claramente incompatível com o direito comunitário. O importador pediu ao tribunal nacional que lhe fossem devolvidos os bens apreendidos, mas este decidiu que o importador não tinha legitimidade para impugnar a decisão, que era dirigida ao retalhista. O Tribunal de Justiça declarou que o interesse do importador em que não sejam levantados obstáculos à sua actividade comercial devido a uma disposição nacional contrária ao direito comunitário se afigura suficientemente protegido se aquele puder obter uma decisão judicial que declare a incompatibilidade entre a referida disposição e o direito comunitário. Nesse processo, o importador pôde suscitar essa questão numa acção contra as autoridades públicas, na qual contestou a legalidade da coima que lhe foi aplicada pelo facto de os bens não apresentarem a marcação de homologação em questão. O Tribunal concluiu que, nessas circunstâncias, o princípio da protecção jurisdicional efectiva dos direitos que a ordem jurídica comunitária confere aos particulares não se opõe a uma legislação nacional nos termos da qual um importador não pode interpor recurso contencioso de uma medida de apreensão de mercadorias vendidas a um retalhista, adoptada pela Administração Pública, em relação a este último, uma vez que este importador dispõe de uma via processual susceptível de assegurar o respeito pelos direitos que lhe são conferidos pelo direito comunitário.

17 — Acórdão de 15 de Outubro de 1987 (C-222/86, Colect., p. 4097, n.º 14). Sublinhado nosso.

18 — Acórdão de 7 de Maio de 1991 (C-340/89, Colect., p. 1-2357, n.º 22).

19 — Já referido na nota 14, n.º 14.

20 — Acórdão de 11 de Setembro de 2003 (C-13/01, Colect., p. I-8679).

38. Esta posição reflecte o facto de o próprio princípio da protecção jurisdicional efectiva reflectir um princípio geral de direito que está na base das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros. Esse princípio, o direito a um processo equitativo, está consagrado no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e é agora reconhecido como um princípio geral de direito comunitário por força do artigo 6.º, n.º 2, do Tratado UE. Ao incorporar o «direito à tutela judicial», do qual faz parte o direito não absoluto de acesso, o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção exige implicitamente o acesso para efeitos de fiscalização no contexto de um caso concreto. Só são compatíveis com o artigo 6.º, n.º 1, as restrições a esse acesso quando não prejudicam a essência desse direito, quando prosseguem um fim legítimo, e quando existe uma relação de proporcionalidade razoável entre os meios empregues e o fim que se pretende alcançar²¹.

39. Com base nesse quadro, analisarei agora a questão específica suscitada pelo tribunal de reenvio na primeira questão.

40. No presente processo, é claro, em primeiro lugar, que as normas processuais suecas que regulam a acção com vista a obter

a declaração de incompatibilidade de uma disposição legislativa nacional com normas nacionais de hierarquia superior não são mais favoráveis do que as aplicáveis a uma declaração de incompatibilidade com o direito comunitário. De facto, parece que o inverso é verdade²².

41. Em segundo lugar, decorre igualmente do pedido de decisão prejudicial²³ que, na prática, não é impossível para um particular na situação da Unibet reivindicar os seus direitos conferidos pelo direito comunitário.

42. Devo salientar neste momento que o Tribunal de Justiça está vinculado a aceitar a análise das normas processuais apresentada pelo tribunal de reenvio. Assim, devo prosseguir no pressuposto de que, de acordo com as normas processuais nacionais, a Unibet não pode propor uma acção com vista a obter unicamente uma declaração de que a proibição de promoção é incompatível com o direito comunitário, embora a Unibet tenha contestado essa posição²⁴.

43. O tribunal de reenvio explica ainda que, apesar de as regras nacionais não autorizarem a Unibet a intentar uma acção autó-

21 — V., em geral, TEDH, acórdãos Golder/Reino Unido (1979-1980) 1 EHRR 524, n.º 36; Klass e o./Alemanha (1994) 18 EHRR 305, n.º 49; Ashingdane/Reino Unido, (1985) 7 EHRR 528, n.ºs 55 e 57; e Lithgow e o./Reino Unido (1986) 8 EHRR 329, n.º 194.

22 — V. n.º 3 *supra*.

23 — Restringida pelas alegações apresentadas na audiência. V. n.º 46 *infra*.

24 — V. acórdãos de 5 de Junho de 1985, Roelstraete (116/84, Recueil, p. 1705, n.º 10), de 17 de Setembro de 1998, Kainuun Liikenne e Pohjolan Liikenne (C-412/96, Colect., p. I-5141, n.º 22) e de 9 de Fevereiro de 1999, Dillexport (C-343/96, Colect., p. I-579, n.º 51).

noma sobre a validade da aplicação da proibição de promoção, ela pode suscitar a questão num tribunal por três vias. Em primeiro lugar, se a Unibet agir em violação da proibição de promoção e uma autoridade sueca reagir, a compatibilidade dessa proibição com o direito comunitário pode ser apreciada pelos tribunais. Em segundo lugar, a questão da incompatibilidade pode ser apreciada pelos tribunais na acção de indemnização da Unibet, pendente ainda no tingsrätten. Em terceiro lugar, o tribunal de reenvio afirma que «[n]este contexto, também deve considerar-se a possibilidade de obter a fiscalização da legalidade em conformidade com o que anteriormente foi dito», numa aparente referência à lei das lotarias.

44. No que diz respeito à primeira possibilidade, não considero que uma ordem jurídica nacional cumpra a exigência de protecção efectiva dos direitos conferidos pelo direito comunitário se a única forma de um particular poder reivindicar esses direitos num tribunal nacional fosse, primeiro, violar a lei. Um particular não pode ser colocado na situação de apenas poder testar a legalidade de uma lei se a violar. Não concordo, em particular, com o argumento, apresentado por diversos governos, de que se pode aplicar por analogia os limites à admissibilidade de acções directas impostos pelo direito comunitário, nomeadamente, o de que um particular não pode interpor recurso de anulação

de um acto comunitário de alcance geral nos tribunais comunitários, mesmo que a validade do acto comunitário só possa ser suscitada num tribunal nacional depois de aquele o ter violado²⁵.

45. Por conseguinte, não posso concordar com o tribunal de reenvio quando afirma que os direitos da Unibet que lhe foram conferidos pelo direito comunitário estão efectivamente protegidos pelo facto de, no caso de violar a proibição de promoção e as autoridades suecas reagirem, poderá ser verificada pelos tribunais a compatibilidade dessa proibição com o direito comunitário.

46. Não estou também convencida de que a terceira possibilidade mencionada pelo tribunal de reenvio, nomeadamente a fiscalização jurisdicional no âmbito da lei das lotarias, constitua uma via satisfatória pela qual a Unibet possa reivindicar os seus direitos num tribunal. O pedido de decisão prejudicial é particularmente vago quanto às excepções legais à proibição de promoção e à forma como estas podem ser invocadas. Na audiência, o Governo sueco admitiu que essas excepções não foram concebidas para acolher situações como aquela em causa no processo principal; e não confirmou se nessa situação teria sido aplicada uma excepção caso tal tivesse sido pedido. Além disso, a

25 — Acórdão de 1 de Abril de 2004, Comissão/Jégo-Quéré (C-263/02 P, Colect., p. I-3425, n.ºs 33 e 34).

informação obtida do Governo sueco em resposta a um interrogatório tenaz por parte do Tribunal de Justiça não me convence de que, caso a Unibet tivesse pedido que lhe fosse concedida uma excepção, esse pedido teria necessariamente conduzido a uma decisão administrativa susceptível de fiscalização judicial.

47. Permanece em aberto a questão de saber se a acção de indemnização (ponto 2 do pedido inicial da Unibet) constitui uma via aceitável para a Unibet testar o seu pedido baseado no direito comunitário nos tribunais suecos. Essa acção foi, de facto, declarada admissível. Encontra-se ainda pendente e constitui a base do segundo pedido de medidas provisórias da Unibet.

48. O tribunal de reenvio, a Unibet e o Governo sueco concordam que o tribunal onde corre esta acção deve apreciar a alegação da Unibet de que a proibição de promoção é incompatível com o direito comunitário e que, se aceitar este argumento, esse tribunal fica obrigado a afastar a aplicação dessa proibição, por força do disposto no capítulo 11, § 14, da Regeringsformen.

49. A Unibet reclama que uma acção de indemnização é complexa, porquanto a

quantificação do prejuízo económico é incerta e difícil. No entanto, aplicando o princípio da autonomia processual, o critério não consiste em saber se é complexa (os pedidos de indemnização são, em geral, complexos), mas antes se, apesar disso, satisfaz a dupla condição da equivalência e da efectividade. Em minha opinião, satisfaz. Em particular, com base nas informações apresentadas ao tribunal no presente pedido de decisão prejudicial, não posso aceitar que problemas práticos de quantificação sejam suficientes para tornar uma acção de indemnização «impossível na prática ou excessivamente difícil»²⁶. Ademais, se fosse esse o caso, como questão de princípio, poria radicalmente em causa a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual os Estados-Membros são obrigados a reparar os prejuízos causados aos particulares pelas violações do direito comunitário que lhes sejam imputáveis e que essa obrigação proporciona uma protecção jurisdicional efectiva para o particular em causa²⁷.

50. O que dizer quanto ao argumento da Unibet segundo o qual, mesmo que a sua acção de indemnização tivesse provimento, a natureza dessa acção é tal que o resultado apenas seria vinculativo no caso em apreço — não teria um efeito *erga omnes* nem, com efeito, serviria a Unibet no futuro, de tal forma que esta seria obrigada a propor acções continuamente?

26 — Acórdão Peterbroek, já referido na nota 14, n.º 12.

27 — Acórdão de 19 de Novembro de 1991, Francovich e o. (C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I-5357, n.º 37). No acórdão de 14 de Julho de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Colect., p. I-3325), o Tribunal de Justiça recusou-se a alargar o efeito directo das directivas «horizontalmente», defendendo, pelo contrário, que essa protecção efectiva poderia ser garantida pelo princípio da interpretação uniforme apoiado pela existência de uma acção de indemnização (n.º 27).

51. Não me cabe especular sobre os efeitos precisos no direito sueco de uma determinada decisão de um determinado tribunal — essa é uma questão que se enquadra no âmbito de apreciação e competência do tribunal nacional. Na audiência, o Governo sueco sugeriu que, independentemente dos seus efeitos jurídicos, a decisão de um tribunal nacional, segundo a qual a proibição de promoção é contrária a uma norma hierarquicamente superior de direito comunitário, seria inevitavelmente analisada com cuidado pelo Governo e conduziria, com toda a probabilidade, a uma alteração na lei. Independentemente de assim ser ou não, parece-me que, do ponto de vista do direito comunitário, se a Unibet obtivesse uma decisão favorável numa acção de indemnização, mas, pelo facto de a ela não se seguir uma alteração legislativa, fosse obrigada a propor uma segunda (ou terceira) acção de indemnização, teria boas razões para afirmar que a Suécia estava a violar de forma grave e manifesta as obrigações que lhe incumbiam por força do direito comunitário e que tinha direito a uma indemnização adicional sem mais. Nessas circunstâncias, parece-me que a Unibet pode também ter direito a medidas provisórias, no contexto do referido pedido, para garantir a protecção efectiva dos seus direitos conferidos pelo direito comunitário²⁸.

52. Nestes termos, sou da opinião de que o facto de se encontrar ao dispor da Unibet uma acção de indemnização, no contexto da qual a sua alegação de que a proibição da

promoção é incompatível com o direito comunitário *será necessariamente* apreciada, significa que os direitos que lhe são conferidos pelo direito comunitário estão devidamente protegidos apesar de as regras processuais nacionais não permitirem que proponha uma acção autónoma para obter uma declaração de incompatibilidade.

53. Não estou convencida de que o acórdão Muñoz e Superior Fruticola²⁹, no qual a Unibet se baseia, aponte para uma conclusão diferente. Nesse processo, o Tribunal de Justiça entendeu que as recorrentes, comerciantes de fruta, tinham o direito de impor o respeito da obrigação prevista na legislação comunitária directamente aplicável³⁰ de não colocar à venda fruta não conforme com as normas de qualidade em vigor, através de uma acção cível contra um concorrente. Verifica-se, no entanto, que na ausência desse direito de acção, as recorrentes não teriam *possibilidade* de reivindicar esse direito³¹. Como acima se referiu, não é essa a situação no presente processo.

54. Nem fiquei convencida com o argumento da Unibet de que, por força do seu

28 — V. n.º 85 *infra*.

29 — Já referido na nota 8.

30 — Regulamento (CEE) n.º 1035/72 do Conselho, de 18 de Maio de 1972 (JO L 286, p. 36; EE 03 F5 p. 258) e Regulamento (CE) n.º 2200/96 do Conselho, de 28 de Outubro de 1996, que estabelece a organização comum de mercado no sector das frutas e produtos hortícolas (JO L 271, p. 1)

31 — Ainda que o acórdão seja lacónico, pode presumir-se dos factos descritos pelo Tribunal de Justiça que o nexo de causalidade seria demasiado remoto para uma acção de indemnização.

dever de interpretar a legislação nacional em conformidade com o direito comunitário, o tribunal nacional deva alargar aos demandantes na sua situação o direito, previsto na legislação nacional, de propor uma acção declarativa³².

55. A Unibet faz referência ao acórdão *Marleasing*³³ como base para esta proposição. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que, ao aplicar o direito nacional, «o órgão jurisdicional chamado a interpretá-lo é obrigado a fazê-lo, *na medida do possível*, à luz do texto e da finalidade da» legislação comunitária³⁴. Esta ressalva é, em minha opinião, fundamental³⁵. O Tribunal de Justiça não exige que os tribunais nacionais imponham uma interpretação artificial ou forçada da legislação nacional. Como afirmou o Tribunal de Justiça no acórdão *Murphy*³⁶, o dever aplica-se «em toda a medida em que uma margem de apreciação seja concedida [ao tribunal nacional] pelo respectivo direito interno». É claro que o Tribunal de Justiça considera que em algumas circunstâncias pode não ser possível alcançar, através da interpretação, o resul-

tado previsto na legislação comunitária aplicável³⁷. No presente processo, o Governo sueco nega explicita e veementemente que seja possível, no direito nacional, a interpretação defendida pela Unibet. Este entendimento é coerente com a opinião do tribunal de reenvio³⁸, que refere diversas publicações académicas, expressa na decisão de reenvio.

56. À luz de todas as considerações precedentes, entendo que a resposta à primeira pergunta deve ser negativa. Esta afirmação assenta na dupla premissa de que, se decidir a questão prévia da compatibilidade da proibição de promoção com o direito comunitário a favor da Unibet, o tribunal nacional *concederá* uma forma real de tutela e de que essa tutela *será* eficaz³⁹. A informação apresentada ao Tribunal no quadro do pedido de decisão prejudicial ora em apreciação sugere ser este provavelmente o caso, mas nenhuma das premissas está inteiramente isenta de dúvidas. Sublinho que, se a via da indemnização *não* assegurar, de facto, uma protecção que, na prática, permita à Unibet fazer valer quaisquer direitos conferidos pelo direito comunitário uma vez reconhecidos pelo tribunal nacional, deve necessariamente ser criada uma nova via de recurso para que a Suécia cumpra as obrigações que lhe incumbem por força do direito comunitário⁴⁰.

32 — Ou seja, a acção especificada no capítulo 13, § 2, do *Rättegångsbalken*. V. n.ºs 4 e 13 *supra*.

33 — Já referido na nota 9.

34 — Parágrafo 8, sublinhado nosso. Apesar de o acórdão *Marleasing* dizer respeito ao dever de interpretar a legislação nacional à luz de uma directiva, o Tribunal de Justiça aplicou o mesmo princípio às disposições do Tratado: acórdão de 4 de Fevereiro de 1988, *Murphy* e o. (157/86, *Colect.*, p. 673).

35 — Embora a ressalva não esteja incluída na parte decisória do acórdão, constitui jurisprudência assente que a parte decisória de um acórdão deve ser entendida à luz de um parágrafo anterior da decisão (acórdão de 16 de Março de 1978, *Bosh*, 135/77, *Recueil*, p. 855, n.º 4). De qualquer modo, a ressalva reflecte-se na parte decisória de vários acórdãos posteriores. V. acórdão *Faccini Dori*, já referido na nota 27; acórdão de 27 de Junho de 2000, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores* (C-240/98 a 244/98, *Colect.*, p. 4941); e de 5 de Outubro de 2004, *Pfeiffer* e o. (C-397/01 a C-403/01, *Colect.*, p. 1-8835).

36 — Já referido na nota 34.

37 — V., por exemplo, acórdãos de 16 de Dezembro de 1993, *Wagner Miret* [C-334/92, *Colect.*, p. 1-6911, n.º 22, e ponto 2, alínea b) da parte decisória]; *Faccini Dori*, já referido na nota 27, n.º 27; e de 22 de Maio de 2003, *Connect Austria* (C-462/99, *Colect.*, p. 1-5197, ponto 1 da parte decisória).

38 — E, de facto, nos dois tribunais inferiores.

39 — V. n.º 51 *supra*.

40 — V. acórdão *Factortame I*.

57. Finalmente, observo que, tal como colocada, a pergunta consiste em saber se a exigência do direito comunitário segundo a qual as normas processuais nacionais devem conceder uma protecção efectiva aos direitos conferidos aos particulares pelo direito comunitário significa que se deve permitir a propositura de uma acção para que seja declarado que determinadas disposições nacionais são contrárias ao artigo 49.º CE, no caso de a compatibilidade das mesmas disposições com o referido artigo, por seu turno, só poder ser submetida a apreciação a título prejudicial, por exemplo, numa acção cível de indemnização, *num processo respeitante à violação da disposição nacional em concreto ou num pedido de fiscalização da legalidade* ⁴¹.

58. Expliquei acima que não considero que uma ordem jurídica nacional cumpra as exigências de protecção efectiva dos direitos conferidos pelo direito comunitário se a única forma de um particular poder reivindicar os seus direitos num tribunal nacional for, primeiro, violar o direito nacional.

59. Também não creio, com base na informação que foi apresentada ao Tribunal, que o processo de fiscalização da legalidade fosse possível nas circunstâncias do presente processo.

41 — Sublinhado nosso.

60. Por conseguinte, reformularia a primeira questão na elaboração de uma resposta. Assim, considero que a resposta devia ser que o direito comunitário não exige que seja possível propor uma acção autónoma com vista a obter uma declaração de que determinadas disposições nacionais são contrárias ao artigo 49.º CE, quando se demonstre que a questão vai ser apreciada a título prejudicial numa acção de indemnização em condições que não são menos favoráveis do que as de acções judiciais internas similares, nem tornem impossível ou excessivamente difícil para o demandante o exercício dos direitos que lhe são conferidos pelo direito comunitário.

Segunda questão

61. Na segunda questão, o tribunal de reenvio pergunta se a exigência de uma protecção jurisdicional efectiva ao abrigo do direito comunitário implica que a ordem jurídica nacional deve conferir uma tutela provisória nos termos da qual as normas nacionais que impedem o exercício de um direito que o particular considera que lhe advém do direito comunitário possam ser afastadas em relação ao particular para que este possa exercer aquele direito, até que a questão da existência do direito tenha sido objecto de apreciação definitiva pelo tribunal nacional.

62. A Unibet considera que a resposta a esta questão devia ser afirmativa. O direito comunitário confere um direito absoluto a que um pedido de medidas provisórias seja apreciado por um tribunal nacional, já que cabe aos tribunais nacionais conceder aos particulares um direito de acção efectivo se forem violados os direitos que lhe foram conferidos pelo direito comunitário. Nos acórdãos *Factortame I*⁴² e *Zuckerfabrik*⁴³, o Tribunal entendeu que o princípio da protecção jurisdiccional efectiva de direitos decorrentes do direito comunitário confere o direito a medidas provisórias.

63. Os governos que apresentaram observações e a Comissão consideram essencialmente que a resposta à segunda questão devia ser negativa. Todos admitem que decorre do acórdão *Factortame I* que pode existir uma obrigação de assegurar uma tutela provisória, mas não consideram que daí decorra necessariamente uma resposta afirmativa à segunda questão. Concorde. O direito comunitário não confere ao requerente o direito absoluto a que o seu pedido de medidas provisórias seja apreciado por um tribunal nacional, independentemente das circunstâncias.

64. O ponto de partida é, obviamente, o acórdão *Factortame I*. Nesse processo, os

requerentes pediam, em primeiro lugar, a declaração de que certas disposições de um acto normativo eram contrárias ao Tratado CE, em segundo lugar, uma indemnização e, em terceiro lugar, a aplicação de medidas provisórias até à decisão final sobre essas questões. Reconhecia-se que os tribunais nacionais eram, em princípio, competentes para pronunciar a declaração pedida. Contudo, foi apresentado um pedido de decisão prejudicial para saber se as disposições em causa eram de facto contrárias ao Tratado CE⁴⁴. Ao invés, no que diz respeito à questão das medidas provisórias, ao abrigo do direito nacional os tribunais nacionais não eram competentes para decidir da suspensão temporária de um acto normativo. Por conseguinte, foi submetido um pedido autónomo de decisão prejudicial sobre a questão de saber se o direito comunitário exigia que o tribunal nacional tivesse a possibilidade de decretar essa medida num caso em que tal fosse devido.

65. O Tribunal de Justiça afirmou que a plena eficácia do direito comunitário estaria comprometida se uma regra de direito nacional pudesse impedir o tribunal chamado a conhecer de um litígio sujeito ao direito comunitário de decretar medidas provisórias para assegurar a plena eficácia da decisão judicial a proferir quanto à existência de direitos invocados com base no direito comunitário. Daqui resulta que, o tribunal que *decretasse* medidas provisórias nessas circunstâncias, se não considerasse válida uma regra de direito nacional, estaria

42 — Já referido na nota 7.

43 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Fevereiro de 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen e Zuckerfabrik Soest* (C-143/88 e C-92/89, Colect., p. I-415).

44 — No acórdão de 25 de Julho de 1991, *Factortame e o.* (C-221/89, Colect., p. I-3905) (*Factortame II*), o Tribunal entendeu que algumas das disposições materiais eram contrárias ao Tratado CE (após alteração, actual artigo 43.º CE).

obrigado a afastar essa regra. Por conseguinte, o Tribunal declarou que um tribunal nacional que, num processo em matéria de direito comunitário, entenda que o único obstáculo que o impede de decretar medidas provisórias é uma regra de direito nacional, deve afastar essa regra.

derivado, atendendo ao facto de que em ambos os casos o litígio se baseia no próprio direito comunitário. Por consequência, o artigo 249.º CE não retira competência aos órgãos jurisdicionais nacionais para decretarem a suspensão de uma medida administrativa nacional aprovada com base num regulamento comunitário.

66. Ao contrário do acórdão *Factortame I*, que dizia respeito a uma regra nacional alegadamente incompatível com os direitos decorrentes do Tratado, o acórdão *Zuckerfabrik*⁴⁵ dizia respeito a uma medida nacional baseada num regulamento comunitário⁴⁶, cuja validade se questionava no tribunal nacional. Esse tribunal perguntou se o segundo parágrafo do actual artigo 249.º CE, que prevê que o regulamento tem carácter geral e é obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros, retirava aos tribunais nacionais a competência para suspender a aplicação de uma medida nacional aprovada com base num regulamento comunitário.

68. Pode, assim, distinguir-se duas situações. Na primeira, como no processo *Zuckerfabrik*, é impugnada uma medida comunitária e o requerente pede a suspensão da aplicação da medida nacional que a executa. Na segunda, como no processo *Factortame I*, é impugnada uma lei nacional com base na sua incompatibilidade com o direito comunitário e o requerente pede a suspensão da aplicação dessa lei nacional. O presente processo pertence, claramente, a esta última categoria.

67. O Tribunal de Justiça remeteu para o acórdão *Factortame I* e afirmou que a tutela jurisdicional provisória que o direito comunitário garante aos particulares nos tribunais nacionais não pode variar consoante se discuta a compatibilidade de disposições do direito nacional com o direito comunitário ou a validade de actos de direito comunitário

69. Como observa a Comissão, a *Unibet* apresentou dois pedidos de medidas provisórias: o primeiro no contexto da acção principal em que pede a declaração de que tem direito a comercializar os seus serviços sem ser prejudicado pela proibição de promoção, e o segundo no contexto da acção de indemnização por violação do direito comunitário.

70. No que diz respeito ao primeiro pedido, decorre do pedido de decisão prejudicial que

45 — Já referido na nota 43.

46 — Regulamento (CEE) n.º 1914/87 do Conselho, de 2 de Julho de 1987, que instaura uma quotização de reabsorção especial no sector do açúcar para a campanha de comercialização de 1986/1987 (JO L 183, p. 5).

o tribunal nacional pretende saber, em especial, se o direito comunitário exige que o tribunal nacional decrete a suspensão provisória da proibição de promoção no caso de a acção principal ter por objecto uma declaração de incompatibilidade que é inadmissível em direito nacional.

71. Dado que não considero que, nas circunstâncias do presente processo, o direito comunitário exija a admissibilidade de uma acção principal (autónoma) desse tipo, entendo também que o direito comunitário claramente não exige que o direito nacional preveja a possibilidade de serem decretadas medidas provisórias nesse contexto. Esta opinião é partilhada pelos Governos belga, finlandês, alemão, grego e sueco, e pela Comissão.

72. Esta conclusão decorre, na minha opinião, da própria natureza das medidas provisórias. Está também reflectida na jurisprudência do Tribunal de Justiça. No acórdão *Factortame I*, que, como no processo em apreço, dizia respeito a um pedido de suspensão de legislação nacional, o Tribunal afirmou que «a plena eficácia do direito comunitário seria [...] afectada se uma regra do direito nacional pudesse impedir o juiz a que é submetido um litígio regulado pelo direito comunitário de conceder medidas provisórias»⁴⁷ «para garantir a plena eficácia

da decisão jurisdicional a tomar sobre a existência dos direitos invocados com base no direito comunitário»⁴⁸. Não penso que possa considerar-se que foi «submetido um litígio» a um tribunal quando o pedido principal corresponde a uma acção que não é reconhecida pelo direito nacional nem é exigida no quadro do direito comunitário.

73. No que diz respeito ao segundo pedido, aplica-se o inverso. A acção de indemnização por violação do direito comunitário (no âmbito da qual será examinada a compatibilidade da proibição de promoção com o direito comunitário) é admissível em direito nacional.

74. Não há dúvida que nessas circunstâncias, o tribunal nacional em que foi proposta essa acção deverá *poder* decretar medidas provisórias.

75. Tal não significa, no entanto, que um tribunal nacional em que tenha sido proposta uma determinada acção tenha que necessariamente ter a possibilidade de decretar (e muito menos, *esteja obrigado* a decretar) toda e qualquer forma concebível de medidas provisórias. Pelo contrário, decorre, da formulação adoptada pelo Tribunal de Justiça que as medidas provisórias que o tribunal nacional deve poder decretar devem ser aptas a garantir a plena eficácia da decisão definitiva pedida.

47 — N.º 21; sublinhado nosso. A parte decisória também está formulada em termos do dever de o «órgão jurisdicional nacional ao qual foi submetido um litígio que se prende com o direito comunitário [considerar] que o único obstáculo que se opõe a que ele conceda medidas provisórias é uma norma do direito nacional» (sublinhado nosso). Um litígio apenas é «submetido» a um tribunal nacional se, a título de condição prévia, for admissível. Esta posição também é veiculada pela versão francesa do acórdão, que refere «de juge saisi d'un litige» (n.º 21) e «la juridiction nationale [...] saisie d'un litige» (parte decisória).

48 — Acórdão *Factortame I*, já referido, n.º 21.

76. A Unibet afirmou na audiência que o presente processo é um «Factortame I sueco» e que a questão essencial é idêntica. Existe no entanto, em minha opinião, uma diferença crucial entre os dois processos. Embora no processo Factortame I, como no presente processo, os requerentes tivessem pedido uma indemnização e a suspensão provisória da legislação nacional impugnada, o pedido *principal* consistia na declaração de que a aplicação daquela legislação deveria ser afastada⁴⁹. Essa acção era admissível em direito nacional⁵⁰. Assim, as medidas provisórias requeridas estavam directamente associadas ao pedido principal. O tribunal nacional entendeu, ademais, que os argumentos dos requerentes, de que sofreriam danos irreparáveis se as medidas provisórias requeridas não fossem concedidas e a acção principal fosse julgada procedente, mereciam provimento⁵¹.

77. No presente processo, ao invés, a segunda questão diz respeito essencialmente ao pedido de medidas provisórias da Unibet efectuado no contexto da acção de indemnização contra o Estado para a compensar pelos efeitos da proibição de promoção (ponto 2 do seu pedido inicial). Não é claro como é que uma decisão definitiva de concessão de uma indemnização pode ser tornada plenamente eficaz pelas medidas provisórias requeridas pela Unibet, nomeadamente uma decisão pela qual, apesar da proibição de promoção e das sanções pela

sua violação, a Unibet tem o direito, até ser proferida uma decisão definitiva, a tomar determinadas medidas de comercialização. O pedido de medidas provisórias não corresponde, assim, à acção principal. Nesse caso, eu não considero que o direito comunitário exija que tais medidas provisórias devam ser concedidas.

78. Além disso, no presente processo, a plena eficácia da decisão definitiva relativamente ao pedido de *indemnização* não «necessita» de ser acautelada. Se nessa decisão o Högsta domstolen decidir que os direitos da Unibet decorrentes do direito comunitário foram violados, de forma a responsabilizar o Estado sueco que terá que pagar uma indemnização, pode presumir-se que o Estado sueco cumprirá essa decisão.

79. A Unibet defende, em conformidade com o acórdão ABNA⁵², que um particular deve ter acesso à mesma tutela provisória quer esteja em causa a conformidade das normas nacionais com o direito comunitário, quer esteja em causa a validade de um acto comunitário. Uma vez que os particulares têm direito a medidas provisórias quando a legalidade de uma medida comunitária é

49 — V. n.º 7 do relatório da audiência e n.º 10 do acórdão.

50 — V. n.º 23 do relatório de audiência. A legislação administrativa inglesa permite que uma acção declarativa seja intentada como acção principal. A legislação administrativa sueca não o permite.

51 — *Ibidem*, n.º 10.

52 — Acórdão de 6 de Dezembro de 2005, ABNA (C-453/03, C-11/04 e C-194/04, Colect., p. I-10423).

posta em causa com base no artigo 234.º, CE, deve ser garantida a mesma protecção jurisdicional quando as medidas nacionais são impugnadas pelo facto de serem incompatíveis com o direito comunitário.

80. Esta afirmação provém, de facto, do acórdão Zuckerfabrik⁵³. Nesse processo, foi apresentado ao órgão jurisdicional nacional um pedido de anulação da medida nacional que executou o regulamento comunitário cuja validade era impugnada. Nada leva a crer que houvesse algum problema quanto à admissibilidade desse pedido. A medida provisória era, portanto, totalmente apropriada para acautelar o efeito da decisão definitiva. Tal como indiquei, não considero que o mesmo se possa dizer quando — como no presente processo — a decisão definitiva pretendida é a atribuição de uma indemnização.

81. Por último, a Unibet alega que decorre claramente do despacho proferido no processo Antonissen⁵⁴ que o objectivo da protecção jurisdicional conferida pelo direito comunitário é pôr termo a uma violação continuada que prejudica um particular. O tribunal chamado a conhecer de um pedido de medidas provisórias tem um amplo poder discricionário no que diz respeito à apreciação do pedido e às medidas que devem ser decretadas para garantir o direito de protecção jurisdicional do particular. Por conse-

guinte, decorre dos acórdãos Factortame I e Antonissen que o particular que sofra um prejuízo continuado tem sempre legitimidade para requerer medidas provisórias; e o juiz que julgar esse pedido tem um amplo poder discricionário no que diz respeito às condições e natureza dessa medida. No presente processo, um despacho de medidas provisórias proibindo o Estado sueco de aplicar a proibição de promoção à Unibet seria a solução mais eficaz.

82. É verdade que o despacho Antonissen tinha por objecto uma acção de indemnização. A medida provisória requerida nesse processo era o pagamento de um adiantamento por conta da indemnização pedida na acção principal. As medidas constantes do requerimento de medidas provisórias correspondiam, portanto, a parte das medidas requeridas na petição da acção principal⁵⁵. Também é verdade que o Tribunal concluiu que o juiz que conhece do requerimento de medidas provisórias dispõe de um amplo poder discricionário na apreciação das condições para decretar essas medidas.

83. O que o Tribunal efectivamente declarou no despacho Antonissen foi que «uma proibição absoluta de obter [medidas provi-

53 — Já referido na nota 43.

54 — Despacho de 29 de Janeiro de 1997, Antonissen/Conselho e Comissão [C-393/96 P(R), Colect., p. I-441].

55 — V. n.º 7 do acórdão. Um pedido de prestações financeiras provisórias acessório de uma acção de indemnização suscita os seus próprios problemas, que não estão em causa no presente processo.

sórias], independentemente das circunstâncias do caso, não era compatível com o direito a uma protecção jurisdicional completa e efectiva que os particulares têm por força do direito comunitário, que implica, nomeadamente, que possa ser garantida a sua protecção provisória, se a mesma for necessária à plena eficácia da futura decisão definitiva. [...] Não se pode, portanto, excluir antecipadamente, de forma geral e abstracta, que um pagamento a título provisório [...] seja necessário [...] e, eventualmente, se justifique na perspectiva dos interesses em presença»⁵⁶.

84. O despacho Antonissen corrigiu, assim, uma apreciação jurídica errada de que existia uma proibição absoluta de concessão de medidas provisórias nos casos em que a acção principal é uma acção de indemnização. O despacho do Tribunal de Justiça esclarece, no entanto, que a concessão de tal medida provisória é simultaneamente pouco comum e, acima de tudo, discricionária. A segunda questão colocada no presente processo refere-se essencialmente à questão de saber se a ordem jurídica nacional *deve* prever a suspensão provisória da legislação nacional quando a acção principal for uma acção de indemnização. Não vejo nada no despacho Antonissen que ajude nessa questão — no limite, aquele aponta para a conclusão inversa.

85. No entanto, para uma análise completa, acrescento que caso a Unibet obtivesse provimento na acção de indemnização que se encontra pendente, mas posteriormente se visse obrigada a propor uma segunda acção para assegurar os direitos que lhe são conferidos pelo direito comunitário, seria então, efectivamente, necessário recorrer a medidas provisórias para garantir a sua protecção efectiva⁵⁷. Neste contexto (excepcional), essas medidas provisórias consistiriam necessariamente, penso eu, na suspensão das disposições em causa da lei nacional que (por hipótese) já tivessem sido declaradas incompatíveis com um direito com efeito directo decorrente do direito comunitário⁵⁸.

86. Considero, por conseguinte, que se deveria responder à segunda questão, em primeiro lugar, que o direito comunitário não exige que um Estado-Membro preveja a possibilidade de decretar a suspensão provisória ou de declarar a não aplicação de normas nacionais que impedem o exercício de um alegado direito baseado no direito comunitário, se a acção principal do requerente for inadmissível ao abrigo do direito nacional. Em segundo lugar, se a acção principal for admissível mas tiver por objecto uma indemnização por prejuízos sofridos em consequência dessas normas nacionais, o direito comunitário exige que o órgão jurisdicional nacional tenha uma margem de apreciação para, num caso em que tal seja devido, decretar essa medida provisória.

56 — N.ºs 36 e 37. Nos n.ºs 38 a 43, o Tribunal de Justiça prosseguiu com o exame cuidadoso dos parâmetros dentro dos quais o juiz que conhece do pedido de medidas provisórias deveria exercer o seu amplo poder discricionário.

57 — V. n.º 57 *supra*.

58 — V. n.º 6 *supra*.

Terceira e quarta questões

87. A terceira questão apenas se suscita se a resposta à segunda questão for no sentido de que os Estados-Membros devem prever a possibilidade de decretar a suspensão provisória ou de declarar a não aplicação de regras nacionais que impedem o exercício de um alegado direito decorrente do direito comunitário. Com esta questão, o tribunal nacional pergunta se decorre do direito comunitário que, numa situação em que está em causa a compatibilidade de disposições nacionais com o direito comunitário, o tribunal nacional deve aplicar critérios nacionais ou deve, em tal situação, aplicar os critérios do direito comunitário na apreciação do mérito de um pedido de tutela provisória de direitos conferidos pelo direito comunitário. Com a quarta questão, que apenas se colocará se a resposta à terceira questão for no sentido de que devem ser aplicados os critérios do direito comunitário, pergunta que critérios são esses.

88. Não obstante a resposta que proponho seja dada à segunda questão implique que a terceira e quarta questões não se colocam, analisarei brevemente essas questões.

89. A Unibet e o Governo português alegam que se deveriam aplicar os critérios do direito comunitário. A Unibet considera que é muito importante que a tutela provisória seja uniforme, na medida do possível, em toda a Comunidade. O Tribunal de Justiça deveria assim estabelecer as

condições fundamentais necessárias. No entender da Unibet, são critérios adequados o da existência de sérias dúvidas quanto à conformidade de uma medida nacional com o direito comunitário e o da probabilidade de o requerente sofrer prejuízos em consequência disso. O requisito de direito comunitário de que o dano deve ser «irreparável» não é claro; o Tribunal de Justiça deverá esclarecer se este deve ser aplicado. O Governo português refere os acórdãos Zuckerfabrik e Atlanta⁵⁹ e alega que a uniformidade de interpretação e a aplicação subjacente ao direito comunitário leva a crer que os critérios que regulam a concessão de medidas provisórias devem corresponder aos que são utilizados pelos tribunais comunitários, nomeadamente, o *fumus boni juris*, a urgência, o equilíbrio dos interesses e a relação entre a medida provisória pretendida e o objecto da acção principal⁶⁰.

90. Os Governos austríaco, checo, finlandês, alemão, italiano e sueco, e a Comissão não apresentaram observações relativamente à terceira e quarta questões. Os Governos belga, grego e holandês e do Reino Unido alegam que se aplicam as disposições nacionais. Eu partilho dessa opinião.

91. Esta abordagem decorre da regra básica estabelecida pelo Tribunal de Justiça e

59 — V. acórdão de 9 de Novembro de 1995, Atlanta (C-465/93, Colect., p. I-3761).

60 — V. acórdão Antonissen/Conselho e Comissão, já referido na nota 54.

discutida no âmbito da primeira questão, segundo a qual, na ausência de disposições comunitárias, compete ao ordenamento jurídico de cada Estado-Membro estabelecer as regras processuais específicas que regulam as acções para salvaguardar os direitos decorrentes do direito comunitário, no respeito dos princípios da efectividade e da equivalência.

92. É igualmente apoiada pelo facto de, no próprio acórdão *Factortame I*, o Tribunal de Justiça não ter estabelecido as condições específicas para a concessão de medidas provisórias. Nas suas conclusões nesse processo, o advogado-geral G. Tesauro expressou a opinião segundo a qual os métodos e duração da tutela provisória são, e permanecem, na ausência de harmonização, aqueles que são oferecidos pelos ordenamentos jurídicos nacionais, na condição de que não tornem impossível na prática o exercício dos direitos que os tribunais nacionais têm o dever de proteger⁶¹.

93. É verdade que, nos acórdãos *Zuckerfabrik e Atlanta*, o Tribunal de Justiça estabeleceu as condições de direito comunitário para a concessão de medidas provisórias pelos tribunais nacionais, incluindo a suspensão de medidas nacionais baseadas em medidas comunitárias. Esses processos tinham por objecto a alegada invalidade da legislação comunitária subjacente. Nesses

casos, naturalmente, apenas o Tribunal de Justiça é competente para declarar a invalidade dos actos das instituições comunitárias⁶². Num tal contexto, existe claramente interesse comunitário em critérios uniformes e rigorosos⁶³. O presente processo, pelo contrário, tem por objecto a validade de uma medida nacional que, por definição, se aplica apenas num Estado-Membro. Nesse caso, não vejo razão para divergir da regra geral da autonomia processual⁶⁴. Seria efectivamente mais lógico se o processo se regula a suspensão provisória de uma lei nacional com base na alegada incompatibilidade com o direito comunitário fosse o mesmo que regula a suspensão provisória de uma lei nacional com outro fundamento, de natureza puramente interna (em aplicação do princípio da equivalência), desde que o princípio da efectividade seja também sempre respeitado.

94. Além disso, o Tribunal de Justiça, no acórdão *Zuckerfabrik*, observou que o poder de os órgãos jurisdicionais nacionais decretarem a suspensão de uma medida comunitária corresponde à competência reservada ao Tribunal de Justiça pelo artigo 242.º, CE. Decidiu, por conseguinte, que os órgãos jurisdicionais nacionais apenas poderiam decretar tal medida provisória nas mesmas condições que devem ser preenchidas para o

62 — Acórdão de 22 de Outubro de 1987, *Foto-Frost* (314/85, *Colect.*, 4199, n.º 20).

63 — Afirmando recentemente no acórdão de 10 de Junho de 2006, *International Air Transport Association e European Low Fares Airline Association* (C-344/04, *Colect.*, p. I-403, n.º 27), no qual o Tribunal de Justiça afirmou que a exigência de aplicação uniforme do direito comunitário pelos órgãos jurisdicionais nacionais «é especialmente imperiosa quando está em causa a validade de um acto comunitário. Divergências entre os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros quanto à validade dos actos comunitários seriam susceptíveis de comprometer a própria unidade da ordem jurídica comunitária e de prejudicar a exigência fundamental da segurança jurídica».

64 — Acórdão *Factortame*, já referido, n.º 19.

61 — N.º 33 das conclusões; v., igualmente, n.º 30.

Tribunal de Justiça julgar procedente um pedido de medidas provisórias⁶⁵. Esta posição assegura a coerência das regras de concessão de medidas provisórias, independentemente do facto de ser proposta uma acção nos termos do artigo 230.º CE, ou do artigo 234.º CE. No caso em apreço, pelo contrário, não existe essa analogia relativamente à jurisprudência do Tribunal de Justiça. Tal como é referido pelo Reino Unido, a situação mais parecida é a do poder que os tribunais dos Estados-Membros têm para apreciar questões de incompatibilidade quanto ao mérito. Aí, o processo é regulado pelas disposições nacionais, no respeito dos princípios da equivalência e da efectividade.

95. Tenho presente, naturalmente, que o Tribunal de Justiça afirmou no acórdão Zuckerfabrik que «a tutela provisória assegurada aos particulares perante os órgãos jurisdicionais nacionais pelo direito comunitário não pode variar consoante se discuta a compatibilidade de disposições do direito nacional com o direito comunitário ou a validade de actos comunitários de direito derivado, desde que, em ambos os casos, a impugnação se baseie no próprio direito comunitário»⁶⁶. Esta jurisprudência não decide, em minha opinião, a questão suscitada na terceira pergunta em apreço no presente processo. No acórdão Zuckerfabrik, a questão apresentada ao Tribunal era a de saber se se poderia recorrer a uma medida provisória — a qual, nos termos do acórdão Factortame I, um tribunal nacional deve

poder decretar na pendência de uma decisão do Tribunal sobre a questão da compatibilidade — nos casos em que a validade das disposições comunitárias subjacentes à medida nacional fosse posta em causa. No entanto, não foi pedido ao Tribunal que determinasse os critérios de aplicação de medidas provisórias pelos tribunais nacionais em processos relativos a medidas nacionais alegadamente incompatíveis com o direito comunitário.

96. Pelas razões apontadas, sou da opinião de que se deveria responder à terceira questão referida que, nos casos em que seja posta em causa a compatibilidade de disposições nacionais com o direito comunitário, o órgão jurisdicional nacional deve aplicar as disposições nacionais que regulam as medidas provisórias na apreciação do mérito de um pedido de tutela provisória de direitos conferidos pelo direito comunitário, desde que o princípio da efectividade seja sempre respeitado.

97. Nestes termos, não se coloca a quarta questão. Se, no entanto, o Tribunal de Justiça entender que, nessas circunstâncias, se aplicam os critérios de direito comunitário, parece-me que os critérios determinados pelo acórdão Zuckerfabrik⁶⁷ seriam claramente apropriados.

65 — N.º 27.

66 — N.º 20; v., igualmente, acórdão Atlanta, já referido, n.º 24.

67 — V. n.º 33 e parte dispositiva do acórdão.

Conclusão

98. Por conseguinte, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões submetidas pelo Högsta domstolen do seguinte modo:

- 1) O direito comunitário não exige que seja possível propor uma acção autónoma com vista a obter uma declaração de que determinadas disposições nacionais são contrárias ao artigo 49.º CE, quando se demonstre que a questão vai ser apreciada a título prejudicial numa acção de indemnização em condições que não são menos favoráveis do que as de acções judiciais nacionais similares, nem tornem impossível ou excessivamente difícil para o demandante o exercício dos direitos que lhe são conferidos pelo direito comunitário.
- 2) O direito comunitário não exige que um Estado-Membro preveja a possibilidade de decretar a suspensão provisória ou de declarar a não aplicação de normas nacionais que impedem o exercício de um alegado direito baseado no direito comunitário, se a acção principal do requerente for inadmissível ao abrigo do direito nacional. Se a acção principal for admissível mas tiver por objecto uma indemnização por prejuízos sofridos em consequência dessas normas nacionais, o direito comunitário exige que o órgão jurisdicional nacional tenha uma margem de apreciação para, num caso em que tal seja devido, decretar essa medida provisória.
- 3) Nos casos em que seja posta em causa a compatibilidade de disposições nacionais com o direito comunitário, o órgão jurisdicional nacional deve aplicar as disposições nacionais que regulam as medidas provisórias na apreciação do mérito de um pedido de tutela provisória de direitos conferidos pelo direito comunitário, desde que o princípio da efectividade seja sempre respeitado.