

Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro

O REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL
EXTRACONTRATUAL DOS ESTADOS-MEMBROS
PELA VIOLAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO.
DELINEAMENTO E APERFEIÇOAMENTO
PROGRESSIVO



ALMEDINA

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

A consagração da responsabilidade civil extracontratual dos Estados-membros pela violação do Direito comunitário

1. Enquadramento no plano dos princípios
2. O acórdão Francovich e o acórdão Brasserie du pêcheur e Factortame: afirmação da responsabilidade civil do Estado e procura de definição de um regime geral
 - a) Justificação da competência do TJCE
 - b) Fundamentos
 - c) Condições comunitárias mínimas exigidas
 - d) A autonomia processual e institucional dos Estados-membros
3. Apreciação suportada pela evolução jurisprudencial posterior

EFEITOS NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

1. Responsabilidade por actos legislativos
2. Responsabilidade por actos da administração
3. Responsabilidade por actos jurisdicionais

CONCLUSÃO FINAL

INTRODUÇÃO *

Já não constitui novidade para a honrosa assembleia que me escuta o qualificativo de “*atrevida*” ou “*criativa*” relativamente a uma ou outra decisão que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) tem tido ocasião de tomar, arrastando consigo a evolução de concepções e a reformulação de princípios que dão corpo às ordens jurídicas nacionais. Neste enquadramento insere-se, indiscutivelmente, o tema que me foi proposto desenvolver e cuja importância espero conseguir fazer chegar até vós. A responsabilidade civil extracontratual dos Estados-membros pela violação do direito comunitário foi inaugurada pelo acórdão *Francovich*, de 9 de Novembro de 1991¹. O regime comunitário global só foi, contudo, definido no acórdão *Brasserie du pêcheur e Factortame*, de 5 de Março de 1996², fruto do amadurecimento da problemática complexa subjacente ao tema que só o necessário decurso do tempo torna possível.

* Reproduz-se neste trabalho uma conferência proferida no Centro de Estudos Judiciários, em Lisboa, no dia 27 de Junho de 2000.

¹ Proc. C-6/90 e C-9/90, Col. p. I-5357. Para mais desenvolvimentos ver o nosso trabalho *Da responsabilidade do Estado pela violação do Direito Comunitário*, Coimbra, Almedina, 1996.

² Proc. C-46/93 e C-48/93, Col. p. I-1029. Para mais desenvolvimentos ver o nosso trabalho, *op. cit.*, p. 165; Nicholas EMILIOU, «State liability under community law: shedding more light on the *Francovich* principle?», ELR, 1996, vol. 21, n.º 5, p. 399; Julian LONBAY e Andrea BIONDI, *Remedies for breach of EC law*, Chichester, Wiley, 1996; Georges VANDERSANDEN e Marianne DONY, *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire – Études de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruxelas, Bruylant, 1997; Francette FINES, «Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de l'État normateur», RTDE, 1997, n.º 1, p. 69; Melchior WATHELET e Sean VAN RAEPENBUSCH, «La responsabilité des États-membres en cas de violation du Droit Communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse?», CDE, 1997, n.º 1-2, p. 13; Olivier DUBOS, «Le principe de la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire», RAE-LEA, 1997, n.º 2, p. 209; Christopher HIMSWORTH, «Things fall apart: the harmonisation of community judicial procedural protection revisited», ELR, 1997, vol. 22, n.º 4, p. 291; Matthias RUFFERT, «Rights and remedies in european community law: a comparative view», CMLR, 1997, vol. 34, n.º 2, p. 307; Nadine DANTONEL-COR, «La violation de la norme communautaire et la responsabilité extracontractuelle de l'État», RTDE, 1998, n.º 1, p. 75; Sophia ABOUDRAR-RAVANEL, «Responsabilité et primauté, ou la question de l'efficience de l'outil. À propos du principe de la responsabilité extra-contractuelle des États membres pour violation du droit communautaire», RMCUE, 1999, n.º 431, p. 544. O Gabinete de Direito Europeu, do Ministério da Justiça, organizou uma compilação dos acórdãos mais importantes sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do direito comunitário, *Colecção Divulgação do Direito Comunitário*, 1998, Ano 10, n.º 27.

A responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados aos particulares (contencioso subjectivo) não está consagrada em nenhuma disposição dos Tratados comunitários. Mesmo perante a Comunidade Europeia revelam-se frágeis as garantias convencionais do cumprimento das obrigações comunitárias pelos Estados-membros. Referimo-nos, principalmente, ao princípio da solidariedade previsto no artigo 10.º CE e ao seu principal instrumento de defesa, a acção por incumprimento (contencioso objectivo) prevista nos artigos 226.º a 228.º CE. Efectivamente, a solução aqui indicada, embora inédita (em última instância, condenação do Estado ao pagamento de uma quantia fixa ou de uma sanção pecuniária temporária) mantém-se tributária das debilidades e, muitas vezes, ineficácia dos mecanismos de sanção encontrados pelo direito internacional. Além disso, o procedimento é consabidamente moroso, sem participação directa dos particulares e não lhes oferecendo uma protecção efectiva e imediata dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária. Foi longo, por conseguinte, o caminho que o princípio da responsabilidade civil extracontratual do Estado teve de percorrer. Por um lado, pela barreira legal atrás enunciada. Por outro lado, porque o espírito que preside a acção por incumprimento parece muito distante das exigências de protecção efectiva e imediata dos particulares, facto que constituía uma barreira psicológica à admissibilidade do princípio.

As resistências, embora numerosas, não impediram os juízes do TJCE de, no âmbito do reenvio prejudicial, chamar a si o protagonismo da consagração do novo princípio que, aliás, o sentido da evolução da jurisprudência já deixava adivinhar³. As decisões

³ Relativamente ao Tratado CECA, no acórdão *Humblet*, de 16-12-1960, proc. 6/60, Rec. p. 1124, reconheceu-se explicitamente a obrigação de o Estado prevaricador indemnizar as vítimas do seu comportamento: *esse Estado é obrigado, nos termos do artigo 86.º do Tratado CECA* (equivalente ao artigo 10.º CE – ex-artigo 5.º), *quer a afastar o acto de que se trata, quer a reparar os efeitos ilícitos que o mesmo tenha podido produzir*. No âmbito do Tratado CE, os acórdãos em matéria de incumprimento já incumbiam o juiz nacional de retirar todas as consequências dos acórdãos que declaram o incumprimento, de forma a que o pleno efeito do direito comunitário fosse assegurado, não apenas para o futuro, mas incluindo a obrigação de reparar os prejuízos que, no passado, tivessem sido causados por violações do direito comunitário imputáveis aos Estados-membros (v.g.: acórdãos *Comissão/Rep. Italiana*, de 13-07-1972, proc. 48/71, Rec. p. 529, *Comissão/Alemanha*, de 12-07-1973, proc. 70/72, Rec. p. 813). Mais especificamente, o TJCE, em muitas circunstâncias, admitiu o interesse que para ele tinha a declaração do incumprimento, mesmo se entretanto o Estado-membro em falta lhe tivesse posto fim: *esse interesse pode traduzir-se na obtenção de uma declaração de existência dos pressupostos da responsabilidade em que um Estado-membro pode incorrer pelo seu incumprimento face àqueles que, designadamente, se podem prevalecer dessa infracção* (v.g.: acórdãos *Comissão/Rep. Italiana*, de 07-02-1973, proc. 39/72, Rec. p. 101; *Comissão/Rep. Italiana*, de 20-02-1986, proc. 309/84, Col. p. 599; e *Comissão/Grécia*, de 24-03-1988, proc. 240/86, Col. p. 1835). O acórdão *Waterkeyn*, de 14-12-1982, proc. 314/81 a 316/81 e 83/82, Rec. p. 4337, trouxe um importante esclarecimento. Os direitos dos particulares provêm directamente das disposições comunitárias sem que, para protecção dos seus direitos, haja prévia necessidade de verificação do incumprimento. Por fim, no acórdão *Russo*, de 22-01-1976, proc. 60/75, Rec. p. 45, a propósito de um reenvio prejudicial (o Sr. Russo pretendia a indemnização de um prejuízo aparentemente causado pelo comportamento de um organismo de intervenção, atendendo a que violava um regulamento comunitário), o TJCE considerou que *no caso de ter sido causado um prejuízo ao produtor individual, em virtude de uma intervenção do Estado-membro em violação do direito comunitário, incumbe ao Estado assumir, em relação à pessoa lesada, as respectivas consequências no âmbito das disposições do direito nacional relativas à responsabilidade do Estado*.

anteriores ao acórdão *Francovich*, não obstante, só pontualmente afluíam a questão da responsabilidade civil do Estado e, em todo o caso, faziam-na depender exclusivamente da qualidade das soluções jurídicas encontradas pelos direitos nacionais.

A CONSAGRAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DOS ESTADOS-MEMBROS PELA VIOLAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO

1. ENQUADRAMENTO NO PLANO DOS PRINCÍPIOS

Dentro do objecto da nossa exposição, o passo de gigante foi dado pelo acórdão *Francovich*, mais tarde confirmado e limado pelo acórdão *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*. Estas decisões explicam-se, em termos globais, como veremos, dentro dos princípios que são os verdadeiros alicerces de todo o edifício construído pela jurisprudência comunitária. Falamos da autonomia, do primado e do efeito directo do direito comunitário. A consagração da responsabilidade civil extracontratual do Estado é apenas, tal como a exigência de protecção imediata, efectiva e eficaz, mais um fruto destes princípios estruturantes⁴.

2. O ACÓRDÃO *FRANCOVICH* E O ACÓRDÃO *BRASSERIE DU PÊCHEUR* *FACTORTAME*: AFIRMAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E PROCURA DE DEFINIÇÃO DE UM REGIME GERAL

A responsabilidade civil extracontratual do Estado pela violação do direito comunitário teve de esperar o acaso dos factos levados perante um juiz italiano para poder ser promovida, pelo TJCE, a princípio geral comunitário. O acórdão *Francovich*⁵ não resolveu, porém, todas as dúvidas que o assunto suscitava. Continuou-se a especular

⁴ Ver o nosso trabalho, *op. cit.*, p. 23-42. Citem-se, também, os acórdãos IN.CO.GE.'90 Srl e outros, de 22-10-1998, proc. C-10/97 a C-22/97, Col. p. I-6037; *Van Schijndel*, de 14-12-1995, proc. C-430 e 431/93, Col. p. I-242; *Van Peterbroeck*, de 14-12-1995, proc. C-312/93, Col. p. I-259; *Kraaijeveld*, de 24-10-1996, Proc. C-72/95, Col. p. I-5403.

⁵ Na origem do processo estava um prejuízo causado a alguns assalariados, em virtude da não transposição, pela República Italiana, da Directiva 80/987 do Conselho, de 20-10-1980, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador. Esta directiva tem por finalidade assegurar aos trabalhadores assalariados um mínimo comunitário de protecção em caso de insolvência do empregador, prevendo, designadamente, garantias específicas para o pagamento de créditos em dívida respeitantes a remunerações.

sobre a questão da própria competência do TJCE para fixar regras nesta matéria. Controversa mostrava-se, também, para alguns, a consideração sem excepções da responsabilidade do legislador, bem como as condições gerais de apuramento da responsabilidade do Estado, entre elas a eventual procura de um comportamento culposos. A preocupação sentida conduziu o TJCE, numa outra oportunidade oferecida pelas questões dos juízes nacionais, a definir um regime comunitário global da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Tomaram-se em atenção duas exigências lógicas fundamentais: primeira, a congruência com as opções tomadas no domínio da responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia; segunda, evitar uma ruptura total com as concepções gerais informadoras das soluções jurídicas nacionais. Por tudo isto, o acórdão *Brasserie du pêcheur e Factortame*⁶ constitui um segundo acórdão nuclear. Desfaz ambiguidades e hesitações que pudessem subsistir e traduz um verdadeiro esforço, confirmado pela jurisprudência posterior, no sentido de se fixar uma disciplina geral, única e coerente, no caso da violação do direito comunitário ser imputável ao Estado.

Vamos estruturar a análise desta jurisprudência em quatro pontos essenciais: primeiro, argumentos justificativos da competência do TJCE; segundo, fundamentos para a consagração da responsabilidade civil extracontratual dos Estados-membros pela violação do direito comunitário; terceiro, condições comunitárias mínimas exigidas; quarto, limites à autonomia processual dos Estados-membros.

a) Justificação da competência do TJCE

O Tribunal de Justiça não acolheu a tese sustentada, fundamentalmente, pelo Governo alemão segundo a qual um direito geral à reparação em favor dos particulares só poderia ser sancionado por via legislativa e que o reconhecimento desse direito por via judicial seria incompatível com a repartição de competências entre as instituições da Comunidade e os Estados-membros, bem como com o equilíbrio institucional organizado pelo Tratado CE. Foram essencialmente três as razões aduzidas pelo TJCE para legitimar a sua

⁶ Prejuízos causados a particulares decorrentes, respectivamente, da violação do artigo 28.º CE (ex-artigo 30.º) pela Lei do imposto sobre a cerveja alemã e da violação, designadamente, dos artigos 43.º CE (ex-artigo 52.º) e 294.º CE (ex-artigo 221.º) por uma lei britânica, de 1988, sobre a Marinha Mercante. A *Brasserie du pêcheur*, sociedade francesa, foi obrigada a interromper as suas exportações de cerveja para a Alemanha, em virtude das autoridades alemãs considerarem que a cerveja que fabricava não estava em conformidade com a «lei da pureza» alemã, de 1952, alterada em 1976. Noutro contexto, a sociedade *Factortame*, entre outras, de direito britânico, viu-se impedida de desenvolver a sua actividade, por causa do *Merchant Shipping Act*, de 1988. Esta lei britânica sobre a Marinha Mercante previa a criação de um novo registo para os navios de pesca britânicos, passando a sujeitar a sua matrícula, incluindo a dos já matriculados num anterior registo, a determinadas condições de nacionalidade, residência e domicílio dos proprietários.

intervenção numa matéria de extraordinária sensibilidade como é a da responsabilidade do Estado perante os particulares⁷ :

1.^a - na ausência de disposições comunitárias expressas, o problema em discussão é assumido como uma questão de interpretação do Tratado CE (artigo 220.º CE – ex-artigo 164.º)⁸ ;

2.^a - um dos métodos de interpretação geralmente aceite é o do recurso aos *princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-membros*⁹ (v.g.: artigo 288.º CE, segundo parágrafo – ex-artigo 215.º);

3.^a - em várias ordens jurídicas internas o regime jurídico da responsabilidade do Estado foi determinadamente estabelecido por via jurisprudencial (v.g.: Irlanda e França)¹⁰ .

b) Fundamentos

Previamente à exposição deste ponto, gostaríamos de referir que a argumentação desenvolvida pelos juízes do Luxemburgo para justificar a sua decisão conheceu algumas novidades no acórdão *Brasserie*. Lê-se nas entre-linhas deste raciocínio amadurecido uma evidente preocupação de fundamentar a responsabilidade do Estado perante os particulares dentro de uma construção fechada e de alicerçar o correspondente direito à reparação abertamente no direito comunitário.

O Tribunal de Justiça começa por cimentar o princípio da responsabilidade civil extracontratual do Estado no sistema inerente ao Tratado CE¹¹ , destacando-se a autonomia da ordem jurídica comunitária¹² , as exigências de uma protecção efectiva e eficaz dos direitos que esta confere aos particulares¹³ e o dever de cooperação e lealdade

⁷ Quanto à possível abordagem desta questão no âmbito do princípio da subsidiariedade, ver, entre outros, Denys SIMON, «La subsidiarité juridictionnelle: notion-gadget ou concept opératoire?», RAE-LEA, 1998, n.º 1-2, p. 84, em especial p. 89, e Francette FINES, «Subsidiarité et responsabilité», RAE-LEA, 1998, n.º 1-2, p. 95, em especial p. 98-99.

⁸ Parág. 25.º e 26.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

⁹ Parág. 27.º a 29.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

¹⁰ Parág. 30.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

¹¹ Parág. 30.º e 35.º do acórdão *Francovich* e parág. 31.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

¹² Parág. 31.º do acórdão *Francovich*.

¹³ Parág. 32.º e 33.º do acórdão *Francovich* e parág. 39.º e 52.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

que resulta do artigo 10.º CE (ex-artigo 5.º)¹⁴, este intrinsecamente ligado ao princípio do primado. Depois prossegue com o argumento da uniformidade de aplicação do direito comunitário (encarada numa dupla perspectiva, horizontal e vertical¹⁵) e, por último, invoca o regime da responsabilidade internacional, onde o Estado é considerado na sua unidade, sendo irrelevante que o prejuízo causado encontre origem numa actuação do legislador, da administração ou até do juiz¹⁶.

O TJCE mostra-se hesitante em utilizar expressamente a tese dos *princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-membros*¹⁷ para consolidar o princípio geral da responsabilidade do Estado. Aliás, no acórdão *Francovich* preferiu-se omitir este tema. Que possíveis razões justificarão estas atitudes? A resposta poder-nos-á parecer óbvia quando analisamos comparativamente as soluções previstas nos direitos nacionais. A responsabilidade do Estado não é concebida da mesma forma, e são muito díspares a extensão e as condições do seu reconhecimento nos diversos Estados-membros. No caso da responsabilidade do Estado por actos legislativos permanece mesmo, na maioria dos países, o princípio da irresponsabilidade do legislador, e quando reconhecida só o é em circunstâncias muito específicas. Mas, para além desta heterogeneidade e insuficiência de soluções, não deveremos reter a óptica da evolução do conjunto? A óptica do aperfeiçoamento progressivo do Estado de Direito?

Em matéria de eleição de um princípio geral comum aos direitos dos Estados-membros a perspectiva do TJCE tem sido maximalista. Por conseguinte, atrevo-me a considerar que, apesar da subtilidade, o TJCE colocou na mesa mais um trunfo: o princípio da responsabilidade do Estado é um princípio geral comum aos direitos dos Estados-membros.

c) Condições comunitárias mínimas exigidas

Estabelecida e fundamentada a obrigação de o Estado reparar os prejuízos causados aos particulares por violações do direito comunitário que lhe sejam imputáveis, vamos de seguida apreciar as condições em que uma indemnização efectiva deverá ser atribuída. Neste contexto refere o Tribunal de Justiça:

Embora a responsabilidade do Estado seja assim imposta pelo direito comunitário, as condições em que a mesma institui um direito a reparação dependem da natureza da violação

¹⁴ Parág. 36.º do acórdão *Francovich* e parág. 39.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

¹⁵ Respectivamente, parág. 33.º e 42.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

¹⁶ Parág. 34.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

¹⁷ Parág. 27.º a 29.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

do direito comunitário que está na origem do prejuízo causado¹⁸. Estes termos pouco explícitos levantaram algumas dúvidas quanto ao verdadeiro sentido da afirmação e só foram minimamente precisados no posterior acórdão *Dillenkofer*, de 8 de Outubro de 1996¹⁹. Neste acórdão o TJCE considerou que *a apreciação de tais condições era função de cada tipo de situação*, mais concretamente, o acento tónico passa a colocar-se na amplitude do poder de apreciação concedido às autoridades estaduais, não sendo irrelevante a natureza, designadamente, legislativa, regulamentar ou administrativa da medida nacional causadora do prejuízo.

A economia de tempo com que somos confrontados obriga-nos a deixar para trás a primeira formulação das condições, constante do acórdão *Francovich*²⁰, e a passar de imediato à análise do acórdão *Brasserie du pêcheur e Factortame*. Como já referimos, este acórdão, tal como foi confirmado pela jurisprudência posterior²¹, originou uma verdadeira “comunitarização” das condições de exercício das acções de indemnização no plano nacional²², criando um regime harmonizado a dois níveis: horizontal, na medida em que estabelece um regime de responsabilidade comum para o conjunto dos direitos internos; vertical, ao pautar as condições de responsabilidade dos Estados-membros pelas condições de responsabilidade da Comunidade Europeia²³.

¹⁸ Parág. 38.º do acórdão *Francovich* e parág. 38.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

¹⁹ Processos apensos C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94, Col. p. I-4845, em especial parág. 24.º e 25.º.

²⁰ Foram as seguintes as condições fixadas neste acórdão: atribuição de direitos a favor dos particulares; que o conteúdo desses direitos possa ser identificado com base nas disposições da directiva; existência de um nexo de causalidade (parág. 40.º). O acórdão *Francovich* levantava uma questão importante associada à aparente atribuição automática de um direito a reparação aos particulares prejudicados pela não transposição de uma directiva. Os acórdãos *Brasserie du pêcheur* (parág. 46.º) e *Dillenkofer*, *cit.* (parág. 23.º e 29.º), esclareceram que o direito a reparação naquele caso só era evidente porque à não transposição de directivas dentro dos prazos está visivelmente subjacente um comportamento culposos do Estado.

²¹ No acórdão *Dillenkofer* (parág. 23.º, 25.º, 26.º e 27.º), *cit.*, apesar de estar em causa a não transposição de uma directiva, o TJCE aplicou as condições estabelecidas no acórdão *Brasserie du pêcheur* e não as estipuladas no acórdão *Francovich*.

²² Princípio da subsidiariedade jurisdicional de “natureza material” “ascendente”, fazendo nossa a terminologia de Denys SIMON, *op. cit.*, nota 7, em especial p. 89.

²³ *As condições de efectivação da responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares em virtude da violação do direito comunitário não devem, caso não existam razões específicas, diferir das que regulam a responsabilidade da Comunidade em circunstâncias equiparáveis* (parág. 42 – sublinhado nosso). O TJCE deixa aqui em aberto a possibilidade do alinhamento vertical poder, caso existam razões específicas, ser parcialmente afastado. Ver, a este propósito, Melchior WATHELET e Sean VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, p. 39-43.

No acórdão *Brasserie du pêcheur e Factortame* o TJCE confirmou que o princípio da responsabilidade do Estado é válido para qualquer violação do direito comunitário imputável a um Estado-membro, independentemente da entidade estadual cuja acção ou omissão está na origem do incumprimento, incluindo-se, portanto, as violações do direito comunitário imputáveis aos órgãos legislativos²⁴. Assume-se, pois, nas palavras de Denys SIMON, que se o legislador “*pode mal fazer*”, também pode “*fazer mal*”²⁵.

Sem prejuízo de condições nacionais mais favoráveis²⁶, são susceptíveis de aplicação a qualquer caso de incumprimento das obrigações comunitárias, nos termos do acórdão *Brasserie du pêcheur e Factortame*, as seguintes condições²⁷:

1.^a – que a disposição comunitária violada tenha por objecto conferir direitos aos particulares

Esta condição merece duas observações. A primeira diz respeito à interpretação do termo “*direitos*”. O progresso a que se tem assistido em matéria de protecção, ao nível comunitário, dos direitos dos particulares faz-nos acreditar que na expressão estão contidos, tanto os direitos subjectivos, como o interesse legítimo. A segunda prende-se com a própria identificação dos direitos. Esta, se não oferece qualquer dificuldade na hipótese das disposições comunitárias possuírem efeito directo²⁸, já suscita alguma controvérsia nas restantes situações. A resposta terá de ser encontrada dentro das circunstâncias singulares de cada caso concreto. No acórdão *Franovich*, por exemplo, recusou-se o efeito directo dos preceitos comunitários em discussão, mas a identificação dos direitos pressupôs uma precisão e uma incondicionalidade muito aproximadas daquelas que são específicas do efeito directo²⁹. Referindo-se a esta problemática Melchior WATHELET e Sean VAN RAEPENBUSCH propõem que se considere existir aqui uma “*condição específica*” de abertura de um direito a reparação³⁰.

²⁴ Parág. 32.º e parág. 36.º.

²⁵ «Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille?», AJDA, 1993, n.º 4, p. 235.

²⁶ Parág. 66.º.

²⁷ Parág. 51.º e seguintes.

²⁸ Como por exemplo no acórdão *Brasserie du pêcheur*. O efeito directo dos artigos 28.º CE (ex-artigo 30.º) e 43.º CE (ex-artigo 52.º) já tinha sido determinado pelo TJCE (parág. 54.º).

²⁹ Parág. 10.º e seguintes, em especial o parág. 26.º.

³⁰ *Op. cit.*, p. 22 e também p. 44-45.

2.^a – que a violação seja suficientemente caracterizada

O critério decisivo para que se considere uma violação suficientemente caracterizada é o da existência de uma violação *manifesta e grave, tanto por um Estado-membro, como por uma instituição comunitária, dos limites que se impõem ao seu poder de apreciação*³¹. O TJCE entendeu que, no caso em apreço, não podia substituir a sua apreciação à dos juízes nacionais, únicos competentes para conhecer dos factos que estão na origem dos processos e para qualificar as violações do direito comunitário em causa³². Indicou, contudo, algumas pistas: *o grau de clareza e de precisão da regra violada, o âmbito da margem de apreciação que a regra violada deixa às autoridades nacionais ou comunitárias, o carácter intencional ou involuntário do incumprimento verificado ou do prejuízo causado, o carácter desculpável ou não de um eventual erro de direito, o facto de as atitudes adoptadas por uma instituição comunitária terem podido contribuir para a omissão, a adopção ou a manutenção de medidas ou práticas nacionais contrárias ao direito comunitário*. Seja como for, está-se perante uma violação do direito comunitário suficientemente caracterizada quando esta perdurou, apesar de ter sido proferido um acórdão em que se reconhecia o incumprimento imputado ou um acórdão num reenvio prejudicial, ou apesar de existir uma jurisprudência bem assente do Tribunal de Justiça na matéria, dos quais resulte o carácter ilícito do comportamento em causa. Estas circunstâncias, faça-se o reparo, não são necessárias, mas podem ser determinantes para abrir o direito a indemnização. Em decisões ulteriores, por considerar ter disponíveis todos os elementos indispensáveis, o próprio TJCE apreciou³³ a eventual existência de responsabilidade do Estado. Nalguns casos os condicionalismos (*v.g.*: a norma violada não era clara nem precisa e inexistência de jurisprudência prévia) justificaram uma pronúncia em sentido negativo e o consequente afastamento da obrigação de indemnizar. Refiram-se, designadamente, os acórdãos *British Telecommunications*, de 26 de Março de 1996³⁴, *Denkavit*, de 17 de Outubro de 1996³⁵, e *Brinkmann*, de 24 de Setembro de 1998³⁶. Noutros processos o

³¹ Parág. 55.º e seguintes.

³² Princípio da subsidiariedade jurisdicional de “*natureza funcional*” “*descendente*”, fazendo nossa a terminologia de Denys SIMON, *op. cit.*, nota 7, em especial p. 89.

³³ Princípio da subsidiariedade jurisdicional de “*natureza funcional*” “*ascendente*”, fazendo nossa a terminologia de Denys SIMON, *op. cit.*, nota 7, em especial p. 89.

³⁴ Proc. C-392/93, Col. p. I-1631, parág. 41.º e seguintes, em especial os parág. 45.º e 46.º.

³⁵ Proc. C-283/94, e C-291 a 292/94, Col. p. I-5063, parág. 49.º, 53.º e 54.º.

³⁶ Proc. C-319/96, Col. p. I-5255, parág. 30.º e 33.º.

TJCE sugeriu ou decidiu-se categoricamente pela existência de uma violação suficientemente caracterizada. Tomemos como exemplos os acórdãos *Lomas*³⁷, de 23 de Maio de 1996, *Dillenkofer*, supracitado³⁸, *Norbrook*, de 2 de Abril de 1998³⁹, e *Rechberger*, de 15 de Junho de 1999⁴⁰.

Concluímos nesta parte que a exigência de uma violação do direito comunitário suficientemente caracterizada, por todos os esclarecimentos que o TJCE adiantou, necessariamente nos remete para o regime da responsabilidade subjectiva. Este só não foi frontalmente assumido porque o conceito nuclear em que se baseia, falamos da culpa (dolo ou negligência), não é tratado de maneira idêntica nas diferentes ordens jurídicas nacionais. Face às dificuldades o Tribunal de Justiça preferiu inovar, criando uma condição comunitária autónoma - *violação suficientemente caracterizada* – maleável o bastante para, num mesmo tempo, atender à divergência de concepções e dar voz ao imperativo de uma protecção efectiva dos direitos conferidos aos particulares pelo direito comunitário. Saliente-se, por último, que o TJCE não rejeitou a hipótese da responsabilidade do Estado ser avaliada com base na culpa⁴¹. Apenas colocou como limites os princípios da equivalência e da efectividade, tratados mais adiante, tendo em mente, sobretudo, o rigor e a insuficiência dos regimes internos, nalguns casos inclusive inexistentes, relativos à responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrente do exercício da função legislativa⁴².

3.^a – que exista um nexo de causalidade directo entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas

O silêncio do TJCE remete a apreciação desta condição para o juiz nacional. No acórdão *Brinkmann*, contudo, o TJCE entendeu faltar nexo de causalidade directa entre a não transposição de uma directiva e o dano alegado pelo particular⁴³. Tudo porque a

³⁷ Proc. C-5/94, Col. p. I-2553, parág. 28.º e 29.º.

³⁸ Parág. 26.º, 27.º e 29.º.

³⁹ Proc. C-127/95, Col. p. I-1531, parág. 112.º.

⁴⁰ Proc. C-140/97, Col. p. I-3499, parág. 51.º a 53.º.

⁴¹ Parág. 78.º a 80.º.

⁴² Parág. 67.º a 74.º.

⁴³ *Cit.*, parág. 29.º. Também no acórdão *Rechberger*, *cit.*, são tecidas considerações acerca desta condição, parág. 72.º e seguintes.

aplicação imediata das disposições da directiva pelas autoridades nacionais, ainda que ocasionalmente errada, quebrou o nexo causal.

Em matéria de causalidade discute-se uma questão acessória relativa à subsidiariedade da acção de indemnização. Dito de outro modo, a acção de indemnização constitui um meio de protecção jurisdicional subsidiário face a outros procedimentos existentes no direito interno, assinaladamente, interposição de um recurso de anulação das disposições nacionais contrárias ao direito comunitário? E em relação a outros meios oferecidos pela ordem jurídica comunitária, tais como a invocação do efeito directo no momento devido ou a utilização pelo juiz nacional do princípio da interpretação conforme do direito nacional à luz do direito comunitário⁴⁴?

No âmbito desta problemática o TJCE considerou o efeito directo, como seria de esperar, uma simples *garantia mínima* que não chega para assegurar, por si só, a plena e completa aplicação das disposições comunitárias. Esclarecendo, o efeito directo nem sempre consegue garantir ao particular o benefício dos direitos que lhe são conferidos pelas normas comunitárias e, nomeadamente, evitar que o particular sofra um prejuízo em virtude de uma sua violação imputável às autoridades estaduais⁴⁵. Eis o enquadramento dos casos *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*. As disposições comunitárias violadas, os artigos 28.º CE (ex-artigo 30.º) e 43.º CE (ex-artigo 52.º), têm efeito directo. Em suma, se, como no acórdão *Francovich*, se admite a responsabilidade do Estado em situações onde, formalmente, o efeito directo é recusado, pelo argumento da “maioria de razão” seria indefensável uma tese que denegasse a reparação dos prejuízos sofridos pelos particulares precisamente quando estes resultam da violação de preceitos comunitários com efeito directo indiscutível. Todavia, o TJCE elucida que, para determinar se existe e em que medida um prejuízo indemnizável, o juiz nacional pode verificar se a pessoa lesada foi razoavelmente diligente para evitar o prejuízo ou limitá-lo e se, designadamente, utilizou em tempo útil todas as vias de direito que estavam à sua disposição⁴⁶. Este raciocínio coloca um fardo bem pesado sobre os ombros dos particulares.

A acção de indemnização poderá, de qualquer modo, ser introduzida a título acessório ou complementar.

⁴⁴ No acórdão *Wagner Miret*, de 16-12-1993, proc. C-334/92, Col. p. I-6911, o TJCE fez depender a responsabilidade do Estado da impossibilidade das disposições nacionais serem interpretadas num sentido conforme ao da directiva em causa (parág. 22.º).

⁴⁵ Parág. 20.º.

⁴⁶ Parág. 84.º e 85.º.

d) A autonomia processual e institucional dos Estados-membros

A autonomia processual e institucional significa que, na ausência de disposições comunitárias, justificada pelo forçoso respeito da soberania estadual, cabe aos Estados-membros determinar, de acordo com o direito interno, quais as condições de forma e de fundo e quais os órgãos jurisdicionais competentes destinados a assegurar os direitos que a ordem jurídica comunitária confere aos particulares⁴⁷. A protecção jurisdicional que os direitos nacionais concedem aos particulares não é, porém, exemplar e, por isso, o TJCE viu-se progressivamente obrigado a introduzir alguns limites à autonomia processual dos Estados, enquadrando-os em duas exigências fundamentais⁴⁸. O exercício de um direito concedido pela legislação comunitária não pode estar submetido a condições mais rigorosas do que o exercício do direito correspondente puramente nacional (*“princípio do tratamento nacional”* - *“princípio da equivalência”*), nem pode estar sujeito a condições que na prática tornem impossível ou excessivamente difícil o seu exercício (*“princípio do limiar mínimo de eficácia”* - *“princípio da efectividade”*).

No domínio específico da responsabilidade civil extracontratual do Estado os princípios da equivalência e da efectividade assumem-se como pedra angular da jurisprudência comunitária. Com efeito, estabelecido e fundado directamente no direito comunitário o dever do Estado indemnizar os prejuízos causados aos particulares, em virtude de violações de disposições comunitárias imputáveis aos órgãos legislativos, administrativos ou judiciais, e definidas as condições comunitárias mínimas para a responsabilização do Estado⁴⁹, o TJCE remeteu para os direitos internos a fixação das regras processuais relativas a acções de indemnização. Repete-se, a este propósito, uma passagem já conhecida de acórdãos anteriores: *as condições fixadas pelas legislações nacionais em matéria de reparação dos danos não podem ser menos favoráveis do que as que dizem respeito a reclamações semelhantes de natureza interna e não podem ser organizadas de forma a tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil a obtenção da reparação*⁵⁰.

⁴⁷ Princípio da subsidiariedade jurisdicional *“de natureza processual”* *“descendente”*, fazendo nossa a terminologia de Denys SIMON, *op. cit.*, nota 7, em especial p. 89. Acerca da distinção entre o princípio da subsidiariedade jurisdicional e o princípio da autonomia processual, ver o nosso trabalho, *op. cit.*, p. 133, e, posteriormente, Denys SIMON, *op. cit.*, nota 7, e Francette FINES, *op. cit.*, nota 7. Citando esta última, p. 97, *“A referência à subsidiariedade traduz a procura de um equilíbrio (certo que moveição, móvel) entre a autonomia processual, por um lado, e a eficácia do direito comunitário, por outro”*.

⁴⁸ Princípio da subsidiariedade jurisdicional *“de natureza processual”* *“ascendente”*, fazendo nossa a terminologia de Denys SIMON, *op. cit.*, nota 7, em especial p. 89.

⁴⁹ Ver nota 22.

São várias as consequências que este último comando produz dentro do tema por nós versado. Por um lado, exige-se que os particulares tenham acesso a um efectivo e adequado procedimento de direito que lhes permita responsabilizar o Estado por prejuízos decorrentes da função legislativa. Na eventualidade dos ordenamentos estaduais não contemplarem procedimentos jurisdicionais específicos, caberá aos juízes nacionais, pelo menos transitoriamente, a organização pontual desses meios, orientada pelo objectivo último de garantir a protecção efectiva que o expediente último da indemnização constitui. Por outro lado, o princípio da efectividade está presente no afastamento de condições demasiado restritivas associadas ao conceito de culpa⁵¹. Depois, os critérios que permitem determinar o montante da indemnização não podem excluir, a título de prejuízo reparável, o lucro cessante⁵². Para finalizar, os princípios da equivalência e da efectividade constituem um travão para o poder que os juízes nacionais têm de limitar no tempo os efeitos dos acórdãos do TJCE⁵³.

3. APRECIACÃO SUPOSTA PELA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR

Primeiro, a procura de um regime comunitário geral teve por preço uma disciplina de contornos imprecisos. Efectivamente, as condições de apreciação da responsabilidade civil extracontratual do Estado são as mesmas, quer se trate de um comportamento activo ou omissivo do legislador⁵⁴, quer de uma autoridade com poderes regulamentares⁵⁵.

⁵⁰ Parág. 42.º e 43.º do acórdão *Francovich* e parág. 67.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

⁵¹ Parág. 71.º e 73.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*. Neste acórdão o TJCE considerou que não respeitam o limiar mínimo de eficácia condições que subordinem a reparação ao facto de o acto ou omissão do legislador se referir a uma situação individual, ou que exijam a prova de abuso de poder no exercício da função legislativa.

⁵² Parág. 87.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*. O TJCE esclareceu, ainda, que, por força do princípio da equivalência, *não se pode excluir a concessão de uma indemnização «exemplar», no quadro de uma reclamação ou acção baseada no direito comunitário, quando esse tipo de indemnização pode ser concedida no quadro de uma reclamação ou acção semelhante baseada no direito nacional* (parág. 89.º).

⁵³ Parág. 98.º a 100.º do acórdão *Brasserie du pêcheur*.

⁵⁴ Ver, por exemplo, os acórdãos *Francovich*, *cit.*; *Brasserie du pêcheur*, *cit.*; *Dillenkofer*, *cit.* (ver a nota 56); *Denkavit*, *cit.*; *Sutton*, de 22-04-1997, proc. C-66/95, Col. p. I-2163.

⁵⁵ Ver o acórdão *British Telecommunications* (execução errada de uma directiva através de regulamentos nacionais), *cit.*.

ou administrativos⁵⁶, órgão jurisdicional, ou desmembramentos do Estado (*v.g.*: um *Land* austríaco, mais propriamente o Tirol⁵⁷).

Segundo, o regime comunitário da responsabilidade civil extracontratual do Estado gravita em torno da existência de uma *violação suficientemente caracterizada* (manifesta e grave) e na margem de apreciação (*maxime*, poder discricionário) deixada ao órgão nacional. Entre nós esta condição subsume-se na disciplina da responsabilidade subjectiva. Mais diríamos, para concluir neste ponto, que o critério do poder discricionário torna o regime da responsabilidade civil do Estado pela violação do direito comunitário indiferente ao princípio da separação de poderes, bem como à existência formal de uma hierarquia de normas.

Terceiro, por força do princípio da equivalência dever-se-ão aplicar no âmbito da responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do direito comunitário os requisitos menos exigentes, se os houver, previstos na legislação nacional. Pensa-se, principalmente, na responsabilidade do Estado decorrente do exercício da função administrativa.

Quarto, um acórdão declarativo do incumprimento do Estado ou a existência de jurisprudência prévia relativa ao caso *sub iudice* não constituem condições necessárias, mas podem ser determinantes para abrir um direito a reparação.

Quinto, apagam-se as interrogações suscitadas pelo acórdão *Francovich*, visto que a não transposição de directivas nos prazos previstos constitui, por si só, uma *violação suficientemente caracterizada*. Se alguma dúvida restava acerca desta interpretação, dissolveu-se no acórdão *Dillenkofer*⁵⁸.

Sexto, o desrespeito de uma directiva pelas autoridades nacionais pode, consoante as circunstâncias, dar origem a soluções diferenciadas. Na hipótese de não transposição, satisfeitas a primeira e a terceira condições, presume-se a responsabilidade do Estado⁵⁹.

⁵⁶ Ver, por exemplo, os acórdãos *Brinkmann*, *cit.*; *Lomas*, *cit.*, em especial o parágrafo 28.º: *No que se refere à segunda condição, há que considerar que, na hipótese de o Estado-membro em causa, no momento em que cometeu a infracção, não se confrontar com opções normativas e dispor de uma margem de apreciação consideravelmente reduzida, ou mesmo inexistente, a simples infracção ao direito comunitário pode bastar para provar a existência de uma violação suficientemente caracterizada*. Os termos repetem-se no acórdão *Norbrook*, *cit.*, parág. 109.º. O mesmo raciocínio foi mantido no acórdão *Dillenkofer*, *cit.*, parág. 25.º, respeitante à não transposição de uma directiva e consequente responsabilidade civil do Estado por uma omissão do legislador.

⁵⁷ Ver o acórdão *Klaus Konle*, de 01-06-1999, proc. C-302/97, Col. p. I-3099, parág. 62.º e seguintes.

⁵⁸ *Cit.*, parág. 23.º e 29.º. Numa situação equivalente veja-se o acórdão *Rechberger*, *cit.*, parág. 53.º. Realmente, embora o processo em apreciação dissesse genericamente respeito a uma directiva incorrectamente transposta, bem analisados os factos, conclui-se que o TJCE apenas se pronunciou pela existência de uma violação suficientemente caracterizada do direito comunitário porque não foi respeitado o prazo de transposição quanto a um preceito específico da directiva em discussão.

No caso de não transposição e aplicação imediata das disposições da directiva pelas autoridades nacionais, considera-se quebrado o nexo de causalidade e transfere-se o problema da responsabilidade do Estado da esfera do legislador para a esfera da administração⁶⁰. Por último, havendo uma transposição incorrecta exige-se, para além das outras condições, a prova de uma *violação suficientemente caracterizada*⁶¹.

Sétimo, o princípio da responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do direito comunitário vem conferir aos particulares uma protecção acrescida na ausência de efeito directo, ou no caso deste não ter sido suficiente, ou, ainda, quando a utilização pelo juiz nacional do princípio da interpretação conforme encontra limites. Ademais, o referido princípio constitui um paliativo para o não reconhecimento de efeito directo horizontal às directivas⁶².

Oitavo, no domínio específico da responsabilidade civil extracontratual do Estado assume especial relevo a autonomia processual e institucional dos Estados-membros, limitada, por força da subsidiariedade jurisdicional “*ascendente*”, pelos princípios da equivalência e da efectividade. Neste contexto salta à vista a obrigação de os direitos internos preverem, ou de pontualmente os juízes organizarem, meios capazes de garantir ao particular a possibilidade de obter reparação dos prejuízos sofridos, ainda que a violação do direito comunitário resulte de uma acção ou omissão do legislador nacional. O “direito ao juiz” venceu, assim, mais uma árdua etapa⁶³.

Nono, o montante da indemnização deve ser adequado ao prejuízo sofrido, isto é, deve ser susceptível de garantir uma protecção efectiva dos direitos dos particulares lesados. Exemplificando, o lucro cessante deverá ser incluído no cálculo do prejuízo reparável⁶⁴, bem como poderão também ser contabilizados os prejuízos adicionais sofridos

⁵⁹ Acórdão *Dillenkofer*, cit., parág. 26.º, 27.º e 29.º. Ver nota anterior.

⁶⁰ Acórdão *Brinkmann*, cit.. O escamoteamento da responsabilidade civil extracontratual do Estado por actos do legislador, operado através do endosso da responsabilidade para a função administrativa, também é de presumir nos casos em que sejam tomadas medidas de execução nacionais, posteriormente à adopção de legislação que transpõe incorrectamente uma directiva. Parece ser esta a situação, por exemplo, no acórdão *Norbrook*, cit., onde passa praticamente despercebida a legislação britânica aplicável (*Medicines Act* de 1968).

⁶¹ Acórdãos *British Telecommunications*, cit.; *Denkavit*, cit.; *Sutton*, cit..

⁶² Ver os acórdãos *Dori*, de 14-07-1994, proc. C-91/92, Col. p. I-3325; *El Corte Inglés*, de 07-03-1996, proc. C-192/94, Col. p. I-1281.

⁶³ A respeito do princípio da autonomia processual e do direito a um recurso jurisdicional efectivo ver, também, o acórdão *Charalampos Dounias*, de 03-02-2000, proc. C-228/98, ainda não publicado, parág. 58.º e seguintes e, em especial, parág. 67.º (“direito ao juiz”), 71.º e 72.º (meios de prova).

⁶⁴ Acórdão *Brasserie du pêcheur*, cit., parág. 82.º e 87.º.

pelos particulares, pelo facto de não terem podido beneficiar em tempo útil das vantagens pecuniárias garantidas por uma directiva aplicada retroactivamente⁶⁵.

Décimo, o prazo de prescrição do direito a indemnização correspondente a um ano é compatível com o princípio da efectividade, na condição de esta modalidade processual não ser menos favorável do que as relativas a acções similares de natureza interna⁶⁶.

Resta uma dúvida que só o Tribunal de Justiça terá ocasião de satisfazer quanto a uma efectiva fusão do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado com o correlativo da Comunidade Europeia. Recorde-se que neste último o dever de indemnizar só tem sido reconhecido se o prejuízo causado for anormal e especial^{67 68}.

⁶⁵ Acórdão *Bonifaci*, de 10-07-1997, proc. C-94 e 95/95, Col. p. I-3969, parág. 54.º; acórdão *Palmisani*, de 10-07-1997, proc. C-261/95, Col. p. I-4025, parág. 35.º; acórdão *Maso*, de 10-07-1997, proc. C-373/95, Col. p. I-4051, parág. 41.º (também os parág. 40.º, 57.º e 59.º). Ver, igualmente, as circunstâncias peculiares do acórdão *Sutton*, *cit.*.

⁶⁶ Parág. 40.º do acórdão *Palmisani*, *cit.*.

⁶⁷ Ver o acórdão *Mulder* (anterior ao acórdão *Brasserie du pêcheur*), de 19-05-1992, proc. C-104/89 e C-37/90, Col. p. I-3061, em especial parág. 13.º e 16.º.

⁶⁸ Para mais desenvolvimentos, ver o nosso trabalho, *op. cit.*, p. 98-100.

EFITOS NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

1. RESPONSABILIDADE POR ACTOS LEGISLATIVOS

Similarmente ao que se passa nos outros países, entre nós o reconhecimento da responsabilidade do Estado por actos legislativos encontra-se rodeado de numerosas limitações. O ambiente doutrinal em Portugal e as próprias disposições constitucionais, nomeadamente o artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e todo o sistema de fiscalização da constitucionalidade, mostram-se, no entanto, francamente favoráveis à responsabilização do Estado⁶⁹. Fazendo apelo ao princípio do Estado de Direito, com mais ou menos amplitude e diversificando a argumentação, a doutrina portuguesa tem interpretado aquele preceito constitucional no sentido de se admitir a responsabilidade do Estado, quer por actos legislativos lícitos, quer por actos legislativos ilícitos (leis inconstitucionais). Da mesma forma, as posições dos autores convergem quanto ao reconhecimento da responsabilidade por acção e por omissão. Considera-se, ainda, que o princípio da responsabilidade do Estado constitui, à luz da nossa lei fundamental, um direito-garantia. O artigo 22.º é, por conseguinte, um preceito directamente aplicável, susceptível de ser invocado pelos particulares junto dos tribunais para obterem indemnização dos prejuízos sofridos.

São competentes para a apreciação das acções de indemnização contra o Estado pelos danos causados por actos legislativos os tribunais judiciais. Justifica-se esta competência por interpretação *a contrario* do artigo 4.º n.º 1 b) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), em conjugação com os artigos 20.º n.º 1 e 211.º n.º 1 da CRP, e o artigo 18.º n.º 1 da Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro (Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais - LOFTJ). Na organização das condições materiais e do processo haverá que tomar de empréstimo ou buscar inspiração nas soluções do direito administrativo e do processo civil. Recorde-se aqui a proposta de J. J. Gomes

⁶⁹ Para mais desenvolvimentos, ver o nosso trabalho, *op. cit.*, p. 111-112. Posteriormente, Maria Lúcia C. A. Amaral Pinto CORREIA, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

CANOTILHO e Vital MOREIRA: “Na falta de lei concretizadora, o artigo 22.º é uma norma directamente aplicável, cabendo aos juízes e aos tribunais criar uma «norma de decisão» (aplicação dos princípios gerais da responsabilidade da administração, observância dos critérios gerais da indemnização e reparação de danos) tendentes a assegurar a reparação de danos resultantes de actos lesivos de direitos, liberdades e garantias ou dos interesses juridicamente protegidos dos cidadãos”⁷⁰.

No breve percurso que efectuamos, apercebemo-nos da grande abertura em Portugal à aceitação da jurisprudência *Francovich* e *Brasserie du pêcheur*, mesmo quando esteja em causa a responsabilidade do legislador. Se conjugarmos o peso deste entendimento com a faculdade que é reconhecida aos juízes de recusarem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, factor que os familiariza com a possibilidade de censura da lei, podemos concluir que os juízes portugueses estão habilitados a dar plena voz à jurisprudência comunitária sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado.

2. RESPONSABILIDADE POR ACTOS DA ADMINISTRAÇÃO (ACTOS ADMINISTRATIVOS E REGULAMENTOS)

Em Portugal a responsabilidade do Estado por actos da administração também está prevista no artigo 22.º da CRP e encontra-se regulada no Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, e na Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro (actos de gestão pública⁷¹). No Decreto-Lei n.º 48 051 consagra-se um regime específico que admite expressamente, quer a responsabilidade subjectiva do Estado, isto é, por actos ilícitos culposos, quer a responsabilidade do Estado por actos casuais ou actos lícitos (modalidades da responsabilidade objectiva)⁷². Com fundamento no artigo 22.º da CRP e tendo presente o disposto nos artigos 51.º n.º 1 e), e 40.º c) do ETAF, bem como no artigo 63.º e seguintes da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (LPTA), admite-se a responsabilidade do Estado, não só por actos administrativos, mas, igualmente, por regulamentos.

⁷⁰ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p.170.

⁷¹ A responsabilidade do Estado por actos de gestão privada da administração encontra-se regulada no artigo 501.º do Código Civil, devendo a acção correspondente ser introduzida perante os tribunais judiciais (artigo 211.º n.º 1 da CRP e artigo 18.º n.º 1 da LOFTJ).

⁷² Para mais desenvolvimentos, ver o nosso trabalho, *op. cit.*, p. 110-111.

A apreciação das acções de indemnização por responsabilidade civil extracontratual da administração é da competência dos tribunais administrativos de círculo (artigos 51.º n.º 1 h) e 26.º n.º 1 b) do ETAF). A acção de indemnização é condenatória e segue os termos do processo civil da declaração na sua forma ordinária (artigo 72.º da LPTA). O direito de indemnização prescreve no prazo de três anos (artigo 71.º n.º 2 e 3 da LPTA e artigo 498.º do Código Civil).

Independentemente das divergências de interpretação a que possa dar lugar, o regime português da responsabilidade da administração possui a maleabilidade necessária para poder satisfazer a jurisprudência comunitária inaugurada pelos acórdãos *Francovich* e *Brasserie du pêcheur*.

3. RESPONSABILIDADE POR ACTOS JURISDICIONAIS

De um modo geral, podemos dizer que a doutrina⁷³ e o direito portugueses concedem acolhimento à responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes do exercício da função jurisdicional. Isto apesar da delicadeza do tema e das cautelas que o rodeiam. Refiram-se, designadamente, os artigos 216.º n.º 2, 22.º, 27.º n.º 5 e 29.º n.º 6 da CRP, o artigo 24.º da Lei do Tribunal Constitucional, o artigo 4.º n.º 3 da LOFTJ, o artigo 13.º do ETAF⁷⁴, bem como o artigo 1083.º e seguintes do Código de Processo Civil.

⁷³ Ver o nosso trabalho, *op. cit.*, p. 106.

⁷⁴ Ver o artigo 4.º n.º 2 do *Anteprojecto de Estatuto dos Tribunais Administrativos e Tributários*, Ministério da Justiça, 2000.

CONCLUSÃO FINAL

O alcance da irreverência dos juízes do Tribunal de Justiça ultrapassa as fronteiras da mera preocupação de garantia do respeito pelos Estados-membros das obrigações que resultam do direito comunitário. No horizonte vemos exigir ao Estado de Direito, que todas as ordens jurídicas internas asseveram consagrar, uma evolução para fórmulas concretas mais perfeitas que afiancem aos particulares o efectivo ressarcimento dos prejuízos sofridos em virtude de uma violação do direito comunitário imputável aos Estados-membros. Pois, sempre que o político ou o legislador não derem voz a este comando, os juízes comunitários transferem a responsabilidade para aqueles que, na última fase da aplicação do direito, são, dentro da complexidade de cada caso concreto, a esperança derradeira para todos os cidadãos que acreditam poder-se fazer justiça. Refiro-me evidentemente aos juízes nacionais. Adivinhamos nem sempre ser fácil responder a este desafio, essencialmente quando se trate da responsabilidade do legislador. Mas, quiçá, superados os primeiros obstáculos, pode ser até que a solução de questões exclusivamente internas se deixe atrair pelo benefício colhido do repto lançado pelo Tribunal de Justiça.

JURISPRUDÊNCIA POSTERIOR RELEVANTE

– acórdão *Dori*, de 14-07-1994, proc. C-91/92, Col. p. I-3325 – não transposição de uma directiva dentro do prazo – protecção dos consumidores – contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais;

– acórdão *British Telecommunications*, de 26-03-1996, proc. C-392/93, Col. p. I-1631 – transposição incorrecta de uma directiva – telecomunicações;

– acórdão *Lomas*, de 23-05-1996, proc. C-5/94, Col. p. I-2553 - recusa de emissão de uma licença de exportação pelo Ministério da Agricultura, Pescas e Alimentação do Reino Unido – violação do artigo 29.º CE (ex-artigo 34.º) – excepções à livre circulação de mercadorias – protecção dos animais;

- acórdão *Dillenkofer*, de 08-10-1996, proc. C-178 a 179/94, C-188 a 190/94, Col. p. I-4845 – não transposição de uma directiva dentro do prazo – violação do artigo 249.º CE (ex-artigo 189.º) e do artigo 10.º CE (ex-artigo 5.º) – protecção dos consumidores – operadores turísticos e agências de viagens;
- acórdão *Denkavit*, de 17-10-1996, proc. C-283/94, C-291 a 292/94, Col. p. I-5063 – transposição incorrecta de uma directiva – harmonização das legislações fiscais sobre os lucros das sociedades;
- acórdão *Sutton*, de 22-04-1997, proc. C-66/95, Col. p. I-2163 – transposição incorrecta de uma directiva – igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social – idades da reforma diferentes;
- acórdão *Bonifaci*, de 10-07-1997, proc. C-94 e 95/95, Col. p. I-3969 – transposição tardia de uma directiva – protecção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador;
- acórdão *Palmisani*, de 10-07-1997, proc. C-261/95, Col. p. I-4025 – transposição tardia de uma directiva – protecção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador;
- acórdão *Maso*, de 10-07-1997, proc. C-373/95, Col. p. I-4051 – transposição tardia de uma directiva – protecção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador;
- acórdão *Norbrook*, de 02-04-1998, proc. C-127/95, Col. p. I-1531 – violação de directivas comunitárias – recusa de emissão de uma autorização de colocação no mercado de um medicamento veterinário pelo Ministério da Agricultura, Pescas e Alimentação do Reino Unido;
- acórdão *Brinkmann*, de 24-09-1998, proc. C-319/96, Col. p. I-5255 – aplicação pelas autoridades administrativas de uma directiva não transposta – imposto que incide sobre o consumo de tabacos manufacturados;
- acórdão *Klaus Konle*, de 01-06-1999, proc. C-302/97, Col. p. I-3099 – legislação do *Land* austríaco do Tirol relativa a residências secundárias – violação do artigo 43.º CE (ex-artigo 52.º) e do artigo 56.º CE (ex-artigo 73.º-B) – acto de adesão – legislação actual no momento da adesão;
- acórdão *Rechberger*, de 15-06-1999, proc. C-140/97, Col. p. I-3499 – transposição incorrecta de uma directiva – protecção dos consumidores – operadores turísticos e agências de viagens;
- acórdão *Andersson*, de 15-06-1999, proc. C-321/97, Col. p. I-3551 – factos ocorridos em data anterior à da adesão do Reino da Suécia à União Europeia;
- acórdão *Charalampos Dounias*, de 03-02-2000, proc. C-228/98, Col. p. I- (ainda não publicado) – decisão do Ministério da Economia da Grécia – legislação nacional incompatível – violação do artigo 23.º CE (ex-artigo 9.º), do artigo 25.º CE (ex-artigo 12.º) e do artigo 90.º CE (ex-artigo 95.º) – impostos sobre produtos importados – matéria colectável.