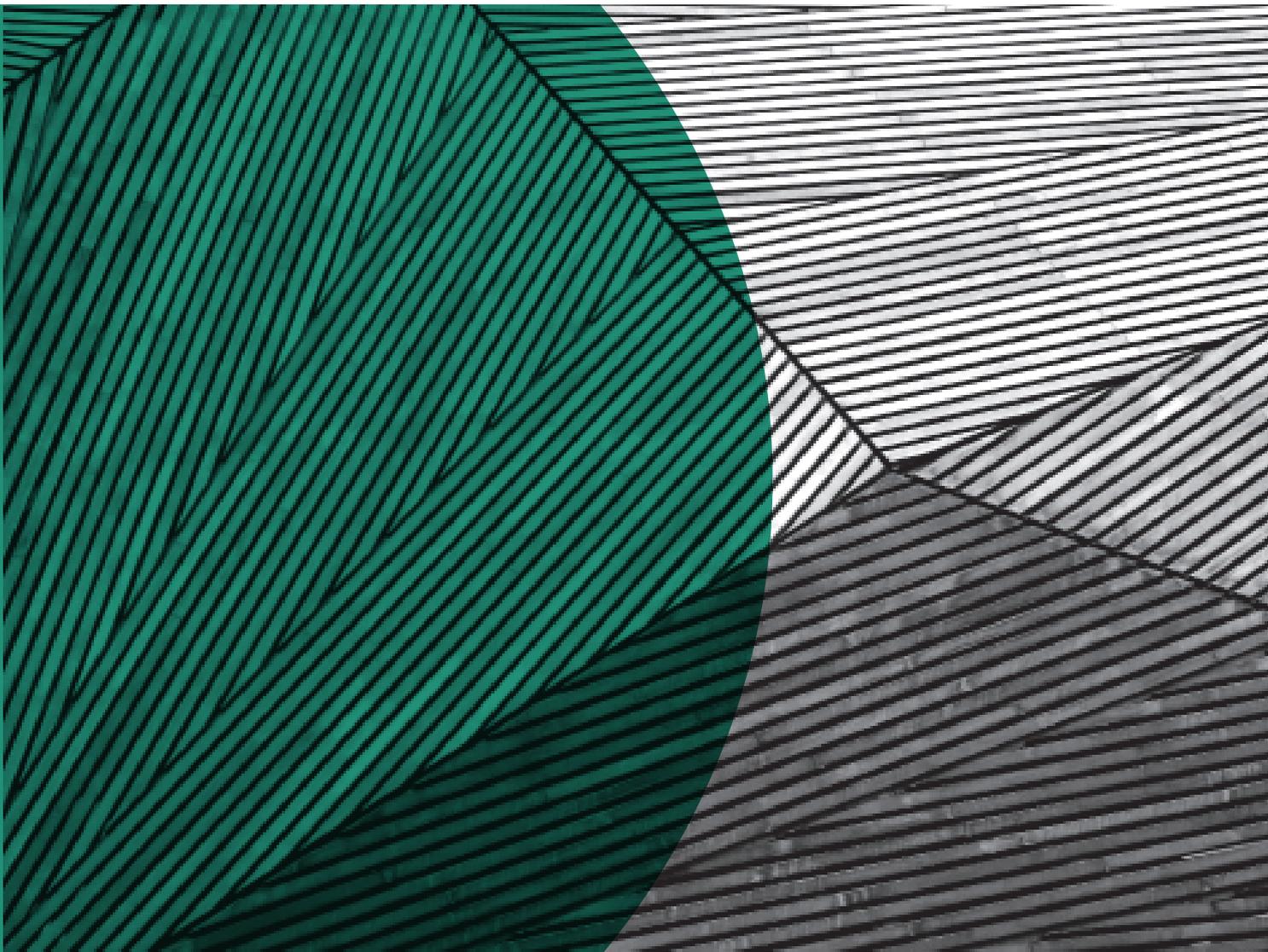


**JURISPRUDÊNCIA COMUNITÁRIA E REGIME  
JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE EXTRA-  
CONTRATUAL DO ESTADO E  
DEMAIS ENTIDADES PÚBLICAS:  
INFLUÊNCIA, OMISSÃO E DESCONFORMIDADE**

---

**HELOÍSA OLIVEIRA**



## *Jurisprudência Comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Influência, omissão e desconformidade \**

### **INTRODUÇÃO**

Nos termos do artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa, *[o] Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.* Esta norma não obteve, durante muito tempo, concretização no plano legislativo, no qual foi permanecendo o insuficiente Decreto-Lei n.º-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, e escassas normas constantes de leis avulsas. Foi, por isso, fonte de abundante produção doutrinária e jurisprudencial.

Contudo, apesar de ser esta a norma fonte frequentemente invocada para fundamentar a necessidade premente de alteração do panorama legislativo, uma outra fonte, a um outro nível de produção jurídica, a reclamava: o direito comunitário. Muito rica e em grande número, a jurisprudência comunitária neste domínio criou (tem criado) um direito europeu da responsabilidade extracontratual dos Estados por violação do direito comunitário, em termos mais amplos que os que eram permitidos pelo Decreto-Lei n.º-Lei n.º 48051.

Neste contexto, o Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>1</sup> (doravante “TJUE”), numa acção por incumprimento de iniciativa da Comissão (processo n.º C-275/03), considerou que a República Portuguesa, ao não revogar o Decreto-Lei n.º 48051, que subordinava a indemnização das pessoas lesadas em consequência de violação de direito comunitário à prova da existência de culpa ou dolo, não tinha

---

\*Trabalho oferecido aos Estudos em Homenagem ao Senhor Professor Doutor Sérvulo Correia

<sup>1</sup> Designação nos termos do artigo 13.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia, na redacção que lhe foi dada pelo Tratado de Lisboa, em vigor desde 1 de Dezembro de 2009. Apesar de todos os acórdãos citados serem anteriores a esta data, optámos por uniformizar a referência de acordo a nova denominação.

cumprido as obrigações que lhe incumbiam por força dos artigo 1.º, n.º 1, e artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 89/665/CEE<sup>2/3</sup>.

A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, aprovou o novo Regime Jurídico da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas (“RJRCEE”)<sup>4</sup>, que revogou o Decreto-Lei n.º 48051. Assim, o objecto do presente estudo é o novo RJRCEE, visto à luz do direito europeu da responsabilidade extracontratual dos Estados-Membros por violação de direito comunitário, em busca da influência que este exerceu sobre o legislador nacional, assim como de eventuais omissões, ou mesmo de desconformidades, deste novo regime com o direito comunitário. Esta parece-nos um escrutínio fundamental, à luz dos princípios do primado e lealdade comunitários.

Há inúmeros acórdãos com relevância na matéria; não se pretende aqui fazer uma análise desenvolvida dos mesmos, mas tão-somente compreender o seu conteúdo e *ratio decidendi* para posteriormente proceder a uma análise comparativa com o RJRCEE. Assim sendo, após uma brevíssima introdução ao princípio da responsabilidade dos Estados-Membros por violação de direito comunitário, será feita uma análise do RJRCEE à luz da jurisprudência comunitária na matéria. A ordem seguida é decalcada da sistemática do RJRCEE.

## **I. A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE DOS ESTADOS-MEMBROS POR VIOLAÇÃO DE DIREITO COMUNITÁRIO: BREVES CONSIDERAÇÕES**

O princípio da responsabilidade dos Estados-Membros por violação de direito comunitário tem a sua origem na jurisprudência do TJUE, que constitui assim *um bom exemplo da gradual e progressiva construção do Direito Comunitário por via jurisprudencial, numa área importante do Direito Público, inclusive (mas não só) do Direito Administrativo*<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos.

<sup>3</sup> Referimo-nos ao primeiro acórdão por incumprimento, de 14 de Outubro de 2004. Por não ter acatado esta primeira decisão, a República Portuguesa foi condenado no pagamento de uma sanção pecuniária compulsória diária de 19392 euros, no acórdão do TJUE de 10 de Janeiro de 2008, proferido no âmbito do processo n.º C-70/06.

<sup>4</sup> Entretanto alterado pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho.

<sup>5</sup> FAUSTO DE QUADROS, *Responsabilidade dos poderes públicos no direito comunitário: responsabilidade extracontratual da comunidade europeia e responsabilidade dos Estados por*

A responsabilização dos Estados-Membros por danos resultantes da violação de direito comunitário não está expressamente prevista no direito originário da União Europeia, mas o TJUE considerou que a responsabilização dos Estados-Membros é inerente ao sistema do Tratado. Um dos deveres fundamentais dos Estados-Membros é o de assegurar a execução do direito comunitário, adoptando todas as medidas necessárias para o fazer e eliminando as consequências jurídicas da sua violação. Por outro lado, entendeu o TJUE que a responsabilização dos Estados-Membros pelos danos infligidos a particulares pela violação de direito comunitário é um corolário da plena execução e eficácia das normas comunitárias.

Concretizemos. No célebre caso *Francovich*<sup>6</sup> o TJUE determinou que, apesar de as normas da Directiva 80/997/CEE, do Conselho, de 15 de Julho de 1980, relativas à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à protecção de trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador, não serem susceptíveis de produzir directamente os seus efeitos sem um acto nacional de transposição (efeito directo vertical) – e não podendo, portanto, ser invocadas perante os órgãos jurisdicionais nacionais –, da violação da obrigação de transposição da mesma deveria resultar para o Estado-Membro a obrigação de reparação dos danos daí emergentes.

Neste acórdão foram lançadas as bases do regime da responsabilidade extracontratual do Estado por violação de direito comunitário. Indo ainda mais longe, o TJUE especificou quais os requisitos de que dependia a efectivação da mesma. Há responsabilidade quando:

- i.) O resultado estabelecido pela directiva implica a atribuição de direitos aos particulares;
- ii.) O conteúdo desses direitos pode ser identificado com base nas disposições da directiva; e
- iii.) Existe nexó de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelos particulares em causa.

O TJUE respondeu ainda afirmativamente à questão de saber se um particular podia exigir perante os tribunais nacionais de cada Estado-Membro uma indemnização por danos causados por violação de direito comunitário, sem existir

---

*incumprimento do Direito Comunitário*, s/l.: s.n., s.d., Sep. de: 3º Colóquio hispano-luso de derecho administrativo, Valladolid, 16-18 octubre de 1997, p. 137.

<sup>6</sup> Acórdão do TJUE, de 19 de Novembro de 1991, Processos n.º C-6/90 e 9/90.

previamente uma declaração de incumprimento pelo TJUE, no âmbito de uma acção por incumprimento.<sup>7</sup>

Esta jurisprudência fixou ainda os princípios da equivalência da protecção jurisdicional e da efectividade mínima, ao determinar que as condições de atribuição da indemnização por violação de direito comunitário não podem ser menos favoráveis que as de atribuição de indemnização fundada em violação de direito interno e que as regras processuais ou de efectivação da mesma não podem tornar a obtenção da reparação excessivamente difícil ou praticamente impossível<sup>8</sup>.

Apesar de o acórdão versar especificamente sobre a responsabilidade do Estado por violação de direito comunitário pelo Estado-legislador, foram aqui lançadas as bases para vários acórdãos que, no essencial, se limitaram a retirar corolários dos princípios e requisitos aqui estabelecidos, aplicando-os a outros casos de responsabilidade do Estado-Legislator, mas também do Estado-Juiz e do Estado-Administrador.

## **II. O REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO-ADMINISTRADOR (EM ESPECIAL, PELA PRÁTICA DE ACTOS ILÍCITOS<sup>9</sup>)**

Numa evolução praticamente inversa à que se verificou nos ordenamentos jurídicos internos de cada Estado-Membro, os primeiros acórdãos comunitários nesta matéria trataram da responsabilidade no exercício das funções jurisdicional e legislativa, e só mais tarde quanto à função administrativa. O Acórdão *Hedley*

---

<sup>7</sup> Outras relevantes conclusões foram ainda adoptadas, e têm sido objecto de interpretação e construção doutrinária, mas que não caberá aqui desenvolver. V. neste aspecto FAUSTO DE QUADROS, *Responsabilidade dos poderes públicos...*, p. 148.

<sup>8</sup> Cfr. MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 33 e seguintes. Sobre este ponto, mais desenvolvidamente, fazendo uma súmula da jurisprudência posterior do TJUE nesta matéria, vide CARLA AMADO GOMES, “O livro das ilusões: a responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário, apesar da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 1.º Semestre 2009 - N.º 11, pp. 295 e seguintes.

<sup>9</sup> Esta opção resulta do facto de não existir jurisprudência comunitária relativa à responsabilidade por facto lícito, uma vez que o direito comunitário tem tratado, pelo menos até agora, da responsabilidade com fundamento em violação de Direito Comunitário, ou seja, por facto ilícito.

*Lomas*<sup>10</sup> foi a primeira decisão do TJUE relativa à responsabilidade de um Estado-Membro por violação de direito comunitário pela administração.

Assim, ao nível da actividade administrativa do Estado, o TJUE decidiu, no Acórdão *Hedley Lomas* que eram neste âmbito plenamente aplicáveis as considerações tecidas a propósito do Acórdão *Franovich* e do Acórdão *Brasserie du Pêcheur*<sup>11</sup> – que será objecto de análise mais detalhada *infra* – ou seja, *[a] obrigação, para um Estado-Membro, de reparar os prejuízos causados a um particular devido à recusa de emitir uma licença de exportação, em violação do artigo 34.º do Tratado, existe quando a norma de direito comunitário violada tenha por objecto conferir direitos aos particulares, a violação seja suficientemente caracterizada e exista um nexo directo de causalidade entre essa violação e o prejuízo sofrido pelos particulares.*

A resposta afirmativa à questão prejudicial colocada impôs-se, tendo o TJUE submetido a actividade administrativa a um regime de responsabilidade civil por violação de direito comunitário idêntico ao das demais funções do Estado. Efectivamente, e à semelhança da jurisprudência comunitária no âmbito de acções de incumprimento, o Estado é tratado pelo direito comunitário como uma unidade, *i.e.* independentemente das regras internas de distribuição de competências ou de exercício das suas diversas funções. estando todas as funções do Estado submetidas ao direito comunitário, por força do princípio do primado.

Feitas estas considerações, há que analisar as questões que com mais relevância se colocam quanto ao novo RJRCEE. A responsabilidade do Estado por actos da função administrativa era a única que se encontrava regulada no Decreto-Lei n.º 48051, pelo que a sua previsão não é uma inovação no sistema jurídico nacional. Contudo, existem diversos traços inovadores no novo regime da responsabilidade do Estado por actos da função administrativa.

A título preliminar, há que notar que em parte alguma do regime se encontram referenciados os pressupostos *supra* identificados e sobejamente repetidos pelo TJUE. Assim, existe uma total omissão de referências genéricas ou concretas, aos requisitos comunitários da responsabilidade por incumprimento estadual<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Acórdão do TJUE, de 23 de Maio de 1996, Processo n.º C-5/94.

<sup>11</sup> Acórdão do TJUE, de 5 de Março de 1996, Processos n.ºs C-46/93 e C-48/93.

<sup>12</sup> Seguimos neste ponto a posição de MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil...*, pp. 46 e seguintes. Repare-se que, para além dos pressupostos enunciados, também não há qualquer referência ao pressuposto fundamental da *violação suficientemente caracterizada* do direito comunitário, a que faremos alusão mais tarde.

Por outro lado, há que notar, no confronto com o regime anterior – que exigia que o lesado provasse a culpa ou dolo da entidade pública –, a existência de uma presunção de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos, prevista no artigo 10.º, n.º 3, do RJRCEE.

Para analisar a conformidade desta norma com o direito comunitário, há que recordar que a jurisprudência do TJUE nesta matéria determinou, nomeadamente no Acórdão *Hedley Lomas* já citado, que é contrária ao direito comunitário a imposição de condições que dificultem excessivamente ou tornem impossível a obtenção de ressarcimento.

Ora o ónus da prova da existência de culpa a cargo do particular tem sido sistematicamente considerado pelo TJUE como uma condição que dificulta excessivamente a obtenção de ressarcimento do dano. Tentou o legislador afastar esta evidente desconformidade com o direito comunitário com a consagração, no artigo 10.º, n.º 3, do RJRCEE da presunção de culpa leve.

Contudo, não é isento de dúvidas que esta solução resolva os problemas de conformidade deste regime com o direito comunitário. O mesmo é perguntar se, à luz da jurisprudência comunitária, será suficiente uma inversão do ónus da prova ou se devemos concluir pela imposição de um regime de responsabilidade objectiva.

Sobre esta questão, não nos parece que resulte dos acórdãos do TJUE que a responsabilidade por violação de direito comunitário tenha de ser objectiva: pelo contrário, a fundamentação do TJUE assenta na conclusão de que provar a existência de culpa traz uma dificuldade excessiva para o particular na obtenção de reparação. A jurisprudência comunitária parece apenas impor um aligeirar do ónus do particular, ou um facilitar do preenchimento do pressuposto da culpa. Assim, afigura-se-nos que o regime de presunção de culpa leve, com a correspondente inversão do ónus da prova, é suficiente para concluir pela conformidade do diploma, neste ponto, com a jurisprudência comunitária, visto que o TJUE, deixando aos ordenamentos nacionais liberdade para estabelecer o regime jurídico aplicável, erige como limites, entre outros, a inexistência de condições que tornem na prática muito difícil ou impossível a obtenção de reparação.

Sem prejuízo do que fica dito, é inegável que um regime de responsabilidade objectiva seria mais favorável ao lesado e, portanto, também conforme ao direito comunitário<sup>13</sup>.

Refira-se que esta questão – o ónus da prova e dificuldade excessiva na obtenção de reparação – foi um dos fundamentos do acórdão do TJUE, proferido no processo n.º C-275/03, que condenou o Estado português por violação de direito comunitário. Apesar de a acção por incumprimento ter sido suscitada a propósito da Directiva 89/665/CEE, em matéria de contratação pública, ela poderia ter sido colocada a propósito de qualquer outra violação de direito comunitário pela administração nacional da qual resultassem danos para o particular, visto que a imposição ao particular do ónus da prova de culpa ou dolo (feita pelo Decreto-Lei n.º 48051) se afigura sempre incompatível com o direito comunitário, e não apenas no âmbito dos procedimentos pré-contratuais – veja-se, a este propósito, o caso *Traghetti*<sup>14</sup>, que exclui esta mesma possibilidade relativamente a actos praticados no exercício da função jurisdicional violadores de direito comunitário.

Apesar disso, numa tentativa desastrosa de resolver definitivamente a desconformidade pela qual o Estado português foi condenado no pagamento da sanção pecuniária compulsória a que já nos referimos, o RJRCEE estabeleceu um regime específico para actos praticados em procedimento pré-contratuais. É neste contexto que surge no n.º 2 do artigo 7.º, na redacção dada pela Lei n.º 31/2008, de 17 Julho – a primeira e, até ao momento, única alteração ao RJRCEE.

Resulta do teor da norma que *[é] concedida indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário*<sup>15</sup>, sendo que da versão

---

<sup>13</sup> Questão diversa é a de saber se a Directiva 89/665/CEE, que esteve na origem da acção por incumprimento em que Portugal foi condenado, impõe um regime de responsabilidade objectiva. Assim, afirma MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil...*, p. 52 que *[n]ão é claro se a Directiva “recursos” imporá uma verdadeira responsabilidade objectiva, independente de culpa*. Contudo, essa questão não é objecto do presente estudo, porquanto se situa ao nível da interpretação da Directiva. Conforme ficou referido, também aqui a jurisprudência comunitária parece não ter imposto a responsabilidade sem culpa.

<sup>14</sup> Acórdão do TJUE, de 13 de Junho de 2006, Processo n.º C-173/03.

<sup>15</sup> Esta norma segue, em parte, a conclusão retirada por relevante doutrina do Acórdão *Francovich*: a de que a responsabilidade dos Estados por incumprimento de direito comunitário deve ser analisada directamente com base no regime comunitário de responsabilidade extracontratual, ou seja, os Estados seriam responsabilizados pelo incumprimento, nos termos previstos no direito comunitário e não nos termos previstos no direito nacional, que deveria ser conforme à jurisprudência comunitária. Esta conclusão teria a maior relevância, considerando que a

originária constava, em vez de uma remissão para o direito comunitário, uma remissão para *a presente lei*.

Esta norma surge na sequência dos processos n.ºs C-275/03 e C-70/06, e visa *alinhar o direito interno, nesse específico âmbito de aplicação, pelo entendimento jurisprudencial comunitário. (...) A alteração legislativa tem, pois, o sentido útil de substituir o regime de presunção de culpa que resultava da remissão para disposto no artigo 10.º, n.º 2 – que implicaria a possibilidade a presunção de culpa ser ilidida por prova em contrário nos termos gerais o artigo 344.º, n.º 1, do Código Civil –, por um critério de objectivação de culpa consonante com o entendimento da jurisprudência comunitária sobre a matéria.*<sup>16</sup>

Muito claramente, quis aqui o legislador prevenir qualquer interpretação do novo regime que o tornasse desconforme ao direito e jurisprudência comunitários, não atendendo à segurança jurídica nem à necessidade de criação de um regime coerente e unitário de responsabilidade civil no exercício da função administrativa<sup>17</sup>.

A mera remissão para o direito comunitário afigura-se como uma incorrecta técnica legislativa, em especial tratando-se de um diploma que visa regulamentar de forma completa e sistemática todo o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado no exercício das suas mais diversas funções, e por violação de direito interno, comunitário ou internacional, com excepção do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada de liberdade.

Tal como referido *supra*, a jurisprudência comunitária nesta matéria aplica-se a todas as funções do Estado, pelo que faria sentido que, existindo especificidades quanto à responsabilidade do Estado no âmbito dos procedimentos pré-contratuais, estas fossem aqui identificadas e em tudo mais fossem aplicados os preceitos gerais desta lei.

A especificidade que a jurisprudência comunitária impôs no que toca aos actos no âmbito de procedimentos pré-contratuais está relacionada, uma vez mais, com o

---

jurisprudência comunitária teve a sua origem em violações do Estado-legislador, sendo que vários ordenamentos não admitiam a responsabilização do Estado por actos da função legislativa. Neste sentido, veja-se FAUSTO DE QUADROS; *Responsabilidade dos poderes públicos...*, pp. 148 e seguintes.

<sup>16</sup> CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas. Anotado*, Coimbra: 2008, Coimbra Editora, pp. 128 e seguintes.

<sup>17</sup> No mesmo sentido, MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil...*, pp. 49 e seguintes.

requisito da culpa. Nesta matéria em particular, o TJUE não exige qualquer requisito relativo à culpa, ainda que presumida. Neste sentido, será de considerar que *a presunção de culpa não se afigura compatível com o Direito da União Europeia vigente em matéria de responsabilidade civil por incumprimento, na medida em que a presunção de culpa é ilidível e implica e permite, prova em contrário*<sup>18</sup>.

Em conclusão, não era necessário, para cabal execução do acórdão proferido no processo n.º C-275/03, uma remissão para todo o ordenamento comunitário, mas antes uma norma relativa à objectivação da culpa. A remissão que o artigo 7.º, n.º 2 do RJRCEE faz, em bloco, para os *requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário* surge como de difícil aplicação e concretização. A jurisprudência comunitária não dá resposta a todas as questões que se colocam neste âmbito, pelo que, conseqüentemente, será necessário recorrer a algumas das normas desta lei, assim delimitadas negativamente face ao direito comunitário da responsabilidade civil extracontratual, de fonte pretoriana. Ou seja, existe aqui uma complexidade acrescida (que, na terminologia comunitária, até talvez dificulte excessivamente ou torne impossível) de interpretação. Repare-se que para aplicação desta norma, será necessário conhecer a variada e numerosa jurisprudência comunitária e os seus corolários, diversificados e dispersos, para, posteriormente, delimitar negativamente as normas nacionais aplicáveis na matéria. A nosso ver, afigura-se, portanto, como infeliz esta remissão do legislador.

Finalmente, é de sublinhar que, sendo a responsabilidade do Estado por danos causados por violação de direito comunitário um princípio geral de direito comunitário, não deixa de ser estranho o facto de que, existindo um artigo especificamente dedicado ao conceito de ilicitude, este não contenha qualquer referência à violação de direito comunitário.

Consta do artigo 9.º, n.º 1, do RJRCEE que *consideram-se ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infringam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos*.

Ressalva CARLOS CADILHA que *[n]ão está excluído, por outro lado, que a responsabilidade pelo exercício da função administrativa resulta da violação de normas comunitárias, como será o caso de emissão de actos ou regulamentos*

---

<sup>18</sup> Cfr. MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil...*, p. 54.

*administrativos que contrariem directivas comunitárias de efeito directo, sendo essa consequência que dimana de o incumprimento do direito comunitário poder ser imputável a qualquer dos poderes públicos estaduais*<sup>19</sup>.

Sendo certo que tal interpretação é imposta por força de uma interpretação conforme ao direito comunitário<sup>20</sup>, é inquestionável que a referência ao direito comunitário tinha de constar da norma em causa<sup>21</sup>. A verdade é que não se compreende a coerência do diploma nesta matéria nem o tratamento dispensado pelo legislador à responsabilidade resultante de violação de direito comunitário.

Efectivamente, da leitura simples deste diploma que, repete-se, tem o intuito de regular globalmente o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, parece poder fazer-se uma interpretação *a contrario* e retirar-se a conclusão (errada) de que a violação de direito comunitário só gerará responsabilidade pelos danos daí resultantes em procedimentos pré-contratuais<sup>22</sup>, visto que, na acepção do artigo 9.º, n.º 1, uma acção ou omissão violadora de direito comunitário parece não ser ilícita. Tal interpretação, desconforme ao direito comunitário, terá de ser afastada.

### **III. REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO-JUIZ**

É relevante assinalar que não será objecto de análise o artigo 12.º uma vez que, por um lado, limita-se a remeter para o regime constante dos artigos 7.º e seguintes que já foram objecto de análise, e para lá remetemos; por outro lado, pretendemos fazer aqui uma análise unicamente da responsabilidade por danos resultante de actos jurisdicionais *stricto sensu*, ou seja, erro judiciário de facto ou de direito.

Como esclarece CARLOS CADILHA, *quando se trate de responsabilidade por erro judiciário e, portanto, de responsabilidade por actos jurisdicionais propriamente ditos, o regime substantivo aplicável é o que resulta do artigo 13.º ou das*

---

<sup>19</sup> CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil...*, pág. 150.

<sup>20</sup> Também da lavra do TJUE, de que é exemplo o Acórdão *Marleasing*, de 13 de Novembro de 1999, proferido no processo n.º C-106/89.

<sup>21</sup> A mesma opinião exprime MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, “A proposta de lei n.º 56/X em matéria de responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas: notas breves à luz do Direito da União Europeia” in *Estudos em homenagem ao Professor Marcello Caetano*, Vol. II, Lisboa: Coimbra Editora, 2006, p. 254;

<sup>22</sup> E no regime da responsabilidade por actos da função político-legislativa, como veremos adiante.

*disposições especiais referentes indemnização por privação ilegal ou injustificada da liberdade e por condenação penal injusta.*

Ora nos termos do artigo 13.º, n.º 1, do RJRCEE *o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto.*

Há que relevar desde já que esta formulação parece ter sido inspirada na jurisprudência comunitária relevante. No caso *Köbler*<sup>23</sup> colocou-se a questão de saber se a anterior jurisprudência do TJUE – que lançou as bases do regime comunitário nesta matéria, mas especificamente quanto ao Estado-legislador – também seria aplicável, com as devidas adaptações, aos actos praticados pelos órgãos jurisdicionais nacionais que incumprem o direito comunitário.

A questão assume neste âmbito particular complexidade, dada a especial natureza da função jurisdicional, assim como a autoridade do caso julgado, que, aparentemente, se oporia a que um outro tribunal conhecesse do objecto de um caso já julgado por outro tribunal.

Pronunciando-se no sentido afirmativo, produziu o Advogado-Geral no caso *Köbler*, Philippe Léger, diversos argumentos, acolhidos pelo TJUE que decidiu, em suma que *este princípio* [da responsabilidade do Estado] *é válido para qualquer violação de direito comunitário por um Estado-Membro, independentemente da entidade do Estado-Membro cuja acção ou omissão está na origem do incumprimento (...).*

Nestes termos, será necessário, para que haja responsabilidade do Estado por violação de direito comunitário por erro judiciário, que:

- i.) a norma jurídica violada vise atribuir direitos ao particular;*
- ii.) a violação seja suficientemente caracterizada*<sup>24</sup>*; e*
- iii.) exista um nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbia ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas.*

---

<sup>23</sup> Acórdão do TJUE, de 30 de Setembro de 2003, Processo n.º C-224/01.

<sup>24</sup> A violação será suficiente caracterizada quando um Estado-Membro, no exercício da função legislativa tenha violado de forma manifesta e grave, no exercício da sua competência normativa, os limites impostos ao exercício dessa competência. No exercício da função jurisdicional, em caso de inexistência de escolhas normativas, de existência de uma reduzida margem de discricionariedade ou mesmo da inexistência desta, a simples infracção pode ser suficiente para provar a existência de uma violação grave e manifesta. Para uma concretização deste requisito e referências jurisprudenciais, *vide* MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil...*, p. 36, notas 89 e 90.

Especificamente com relevância para o regime em análise, há que fazer as seguintes observações.

Em primeiro lugar, a previsão de que existe responsabilidade em caso de decisões manifestamente<sup>25</sup> inconstitucionais ou ilegais parece ter-se inspirado na jurisprudência comunitária. Efectivamente, atendendo às especificidades da função jurisdicional, em especial a força do caso julgado e as exigências de segurança jurídica, o TJUE decidiu que *só pode haver responsabilidade do Estado resultante de uma violação do direito comunitário por tal decisão* [jurisdicional], *no caso excepcional de o juiz ter ignorado de modo manifesto o direito aplicável*, pelo que será, nesta influência clara, de aplaudir a opção do legislador.

Contudo, e uma vez mais, o legislador refere-se a decisões manifestamente inconstitucionais ou ilegais, esquecendo-se aqui de referir que a manifesta violação de direito comunitário pelo juiz nacional também é susceptível de gerar responsabilidade do Estado. Por exemplo, foi considerado pelo TJUE como sendo, em princípio, uma manifesta e suficientemente caracterizada violação de direito comunitário, geradora de responsabilidade do Estado, o facto de o tribunal nacional não cumprir o seu dever de colocar uma questão prejudicial, ou decidir contra jurisprudência do TJUE em dada matéria.

Por outro lado, questiona-se se não deveria o legislador nacional ter dado alguns elementos que concretizem os conceitos em causa. Mesmo assumindo que não o devesse fazer, será então função do intérprete a consulta da jurisprudência na matéria. Efectivamente, o TJUE enuncia alguns critérios que permitem concluir pelo preenchimento, ou não, dos pressupostos identificados – *e.g.* o grau de clareza e precisão da regra violada, o carácter intencional da violação, o carácter desculpável ou não do erro de direito, uma posição eventualmente adoptada por uma instituição comunitária.

Há que sublinhar, na senda do caso *Traghetti*, que não é compatível com o direito comunitário uma norma que exija dolo ou culpa grave do juiz para que haja lugar a responsabilidade do Estado por erro judiciário. Assim, também aqui o TJUE parece considerar como não conforme com o direito comunitário qualquer exigência de prova de culpa ou dolo do Estado-juiz, essencialmente por ser um ónus excessivamente pesado para o particular.

Também é nesta decisão que é aprofundadamente discutida, e ainda mais nas conclusões do Advogado-Geral, a possibilidade de responsabilização por

---

<sup>25</sup> Repare-se que o advérbio “*manifestamente*” do artigo 13.º do RJRCEE reporta-se ao critério da suficiente caracterização da violação da jurisprudência comunitária.

operações de interpretação de normas jurídica, apreciação de factos e de prova. O artigo 13.º, n.º 1, revela-se consentâneo com o conteúdo da referida jurisprudência, admitindo tanto a responsabilidade resultante da apreciação de questões de direito como de questões de facto.

Há que sublinhar que, apesar de ser afastado o ónus da prova da culpa ou dolo do Juiz, a imputação subjectiva da violação adquire relevância indirecta no direito comunitário. Efectivamente, dos critérios enunciados pelo TJUE para auxiliar o intérprete no preenchimento do requisito da violação suficientemente caracterizada constam vários elementos estreitamente relacionados com a culpa ou negligência do juiz na actuação ou omissão do Juiz que dá origem à violação (nomeadamente, o carácter intencional da violação, o carácter desculpável ou não do erro de direito).

Ainda assim, o conceito de culpa do Juiz só adquire relevância no nosso ordenamento no artigo 14.º, mas unicamente para efeitos de direito de regresso do Estado, pelo que não se coloca aqui qualquer questão de violação de direito comunitário.

Contudo, destes acórdãos podem ainda ser tiradas outras conclusões relevantes para apreciação do artigo 13.º do RJRCEE, em especial do seu n.º 2. O artigo 13.º, n.º 2, estatui que *[o] pedido de indemnização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente*. Ora esta norma não é compatível com a jurisprudência do TJUE.

Efectivamente, tanto no Acórdão *Köbler*, como no Acórdão *Traghetti*, a decisão violadora de direito comunitário tinha sido proferida por um Tribunal Supremo, insusceptível de recurso, e portanto insusceptível de *prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente*.

O raciocínio do Juiz comunitário foi aqui oposto ao do legislador, na medida que é precisamente nos casos em que houve violação de norma comunitária, e já não é possível uma decisão favorável, que a única tutela possível será pela via indemnizatória. Ou seja, a única forma de o particular ser ressarcido pela violação é através de uma acção de responsabilidade extracontratual fundada nessa mesma violação.

Também CARLOS CADILHA nota esta incompatibilidade, referindo que *[n]o acórdão Köbler estava em causa a não colocação de uma questão prejudicial de interpretação, por parte de um tribunal nacional que decidia em último grau de jurisdição. O TJUE considerou que uma violação do direito comunitário não tem*

*o carácter manifesto exigido para que haja, por força do direito comunitário, responsabilidade de um Estado-Membro, quando, por um lado, o direito comunitário não regula expressamente a questão de direito em causa, a questão também não encontra resposta na jurisprudência do Tribunal de Justiça e esta resposta não é evidente e, por outro, a referida violação não apresenta um carácter deliberado, mas resulta da leitura errada do acórdão do Tribunal de Justiça. Sublinhe-se que quando ocorra uma situação jurídica similar na ordem jurídica, não é aplicável, para efeito da efectivação do direito de indemnização, o requisito do artigo 13.º, n.º 2, da presente Lei, que impõe a prévia revogação da decisão danosa; isso porque o incumprimento é directamente imputável a um tribunal que decidia em última instância, ao qual se exigia que suscitasse o reenvio prejudicial<sup>26</sup>.*

Parece resultar desta passagem que o autor quis concluir que a razão pela qual é admitido pelo TJUE a responsabilidade por violação de direito comunitário por acto jurisdicional emitido em último grau de jurisdição se prende com o facto de ser neste caso que há obrigação de colocar uma questão prejudicial. Efectivamente, no caso *Köbler* a violação concretizava-se na não colocação de uma questão prejudicial, sendo a mesma obrigatória; já no caso *Traghetti*, o centro da discussão reportava-se à especial natureza do poder jurisdicional, e questionou-se a possibilidade de responsabilidade do Juiz por erros na interpretação de normas jurídicas, de factos e de provas, sendo certo que este é sempre confrontado com diferentes orientações, teses e posições ao nível da interpretação do Direito. Também por esta razão, a exigência de uma violação manifesta ou de um erro grosseiro no artigo 13.º, n.º 1, do RJRCEE está em linha com as decisões proferidas e respectivas fundamentações.

Contudo, o mesmo já não se pode dizer quanto ao artigo 13.º, n.º 2, que se revela em oposição à jurisprudência do TJUE, porquanto exige que haja prévia revogação da decisão considerada violadora do direito comunitário, o que será manifestamente impossível no caso de a decisão ser proferida pelo Tribunal Supremo<sup>27</sup>. Esta exigência carece de qualquer sentido relativamente ao direito comunitário, porquanto uma das fontes mais frequentes de responsabilidade do Estado-Juiz por violação de direito comunitário será precisamente a não colocação de uma questão prejudicial quando esta se revelava obrigatória (ou seja, quando a decisão é tomada em última instância).

---

<sup>26</sup> CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da responsabilidade civil...*, p. 214.

<sup>27</sup> No mesmo sentido, CARLA AMADO GOMES “O livro das ilusões ...”, p. 310

#### IV. O REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO-LEGISLADOR

Foi no âmbito da responsabilidade por omissões do poder legislativo que surgiram os primeiros acórdãos relativos à responsabilidade dos Estados-Membros por violação de direito comunitário. O caso mais flagrante de violação do direito comunitário por um Estado-Membro no exercício da função legislativa será o da falta de transposição de uma Directiva, mas haverá outros, como a falta de aprovação de diplomas necessários para concretização de Regulamentos.

Para além do caso *Francovich*, *supra* referido e brevemente explicitado, cabe aqui chamar à colação o acórdão *Brasserie du Pêcheur*<sup>28</sup>. Neste acórdão, o TJUE decidiu, de forma inequívoca, que a possibilidade que os particulares têm de invocar normas directamente aplicáveis, perante os órgãos jurisdicionais nacionais, só constitui uma garantia mínima e não chega para assegurar por si só a aplicação plena e completa do direito comunitário, ao abrigo do princípio da eficácia plena das normas comunitárias. Ou seja, a possibilidade de invocar o efeito directo de determinadas normas nem sempre será suficiente para proteger os direitos atribuídos pelo direito comunitário aos particulares.

Com este fundamento, o TJUE desenvolveu a sua argumentação no sentido de a responsabilização dos Estados ser uma consequência necessária da efectiva protecção dos direitos dos particulares no ordenamento jurídico da União. Repetindo os requisitos já enunciados *supra*, e comuns a todas as formas de actuação do Estado, o TJUE introduz aqui especificidades no âmbito da responsabilidade por actos ou omissões no exercício da função legislativa.

Estabelece o TJUE que o critério da violação manifesta e grave (ou violação suficientemente caracterizada do direito comunitário) por um Estado-Membro no exercício da função legislativa dependerá do poder de apreciação de que o mesmo dispõe. Ou seja, o grau de clareza e precisão da regra violada e o âmbito da margem de apreciação que a regra violada deixa ao legislador serão elementos fundamentais para determinar a existência de violação de direito comunitário. Quanto maior for a margem de apreciação deixada pelo legislador comunitário ao legislador nacional, menor a probabilidade de a actuação deste ser ilícita e violar direito comunitário.

---

<sup>28</sup> Tal como ficou explicitado *supra*, o TJUE decidiu, no Acórdão *Hedley Lomas* que as considerações tecidas nos Acórdãos *Francovich* e *Brasserie du Pêcheur* eram plenamente aplicáveis à responsabilidade por violação de direito comunitário pela função administrativa.

Entre muitas outras conclusões com relevo, cabe sublinhar a determinação, em coerência com a posição já referida *supra*, que a responsabilidade do Estado não dependerá de uma prévia apreciação do incumprimento por parte do TJUE. Por exemplo, poderá haver responsabilidade pelos danos causados pela falta de transposição de uma Directiva, mesmo que esse facto não sido anteriormente fundamento para uma acção de incumprimento desse Estado junto do TJUE.

Esta conclusão, para além de ser uma consequência necessária da visão de que os Estados não podem criar ónus excessivos para o particular – que, nesse caso, seria evidente, considerando a restrita legitimidade activa para propor acções por incumprimento –, resulta também da consideração dos tribunais dos Estados-Membros enquanto tribunais comunitários, pelo que terão competência para apreciação da violação do direito comunitário, ainda que essa apreciação não tenha como efeito a condenação do Estado.

Ficando assim explicitadas as principais determinações do TJUE relativamente à responsabilidade do Estado-legislador, cumpre verificar de que forma estas foram tidas em conta pelo legislador nacional.

Desde logo no artigo 15.º estatui-se que *[o] Estado e as regiões autónomas são civilmente responsáveis pelos danos anormais causados aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos por actos que, no exercício da função político-legislativa, pratiquem, em desconformidade com a Constituição, o direito internacional, o direito comunitário ou acto legislativo de valor reforçado.*

Ao contrário do Estado-Administração ou do Estado-Juiz, o Estado-Legislator aparece aqui expressamente responsabilizado por danos decorrentes de violação de direito comunitário. Sublinhe-se, contudo, que nestas normas apenas são incluídos os danos causados por acção, estando a responsabilidade por danos causados por omissão previstos no n.º 3, do qual não consta qualquer referência à violação do direito comunitário.

Este regime merece-nos as seguintes considerações.

Será de aplaudir a menção expressa à violação de direito comunitário, que assim confere maior segurança jurídica na obtenção de reparação com esse fundamento. Contudo, há que salientar<sup>29</sup> que o conceito comunitário de ilicitude parece ser mais exigente que o que aparece aqui previsto. Efectivamente, o legislador exigindo neste n.º 1 uma mera *desconformidade*<sup>30</sup>, foi aqui mais longe que o

---

<sup>29</sup> Na esteira de MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA *A proposta de lei n.º 56/X ...*, p. 256.

<sup>30</sup> Ainda que concretizada com os critérios constantes do artigo 15.º, n.º 4, do RJRCEE.

TJUE, que apresenta um conjunto de requisitos relacionados com a caracterização da violação, quase no sentido de ser manifesta. Conforme tem vindo a ser explicitado, tal solução não é contrária ao direito comunitário, uma vez que este não se opõe a prescrições mais favoráveis aos particulares, como é o caso.

Sem prejuízo, o legislador foi claramente beber à jurisprudência comunitária na redacção do n.º4 do artigo 15.º, que terá de ser chamado para determinação de responsabilidade nos termos do n.º 1. Efectivamente, constam desta norma alguns dos critérios repetidos pelo TJUE para determinar se estamos perante uma violação suficientemente caracterizada. Portanto, também nesta norma se denota a influência da jurisprudência comunitária.

Contudo, a exigência da anormalidade dos danos causados como requisito para efectivação da responsabilidade parece ser mais restritivo que a jurisprudência comunitária. Nos termos do artigo 2.º do RJRCEE, serão danos anormais aqueles que *ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito*.

Ora considerando que estamos perante responsabilidade por facto ilícito, e não no âmbito da responsabilidade pelo sacrifício, não se compreende, excepto por motivos economicistas, a exigência da anormalidade do dano. Efectivamente, e tal como tem vindo a ser decidido pela jurisprudência comunitária, se existe um dano causado a um particular por um acto ilícito, esse dano deverá ser ressarcido, como forma de tutelar efectivamente os direitos conferidos.

Esta previsão implica que particulares, que nos termos da jurisprudência do TJUE teriam direito a uma indemnização resultante de acções do legislador violadoras de direito comunitário, não verão a sua posição jurídica protegida, excepto se o juiz nacional entender interpretar a norma conforme ao direito comunitário e desconsiderar este requisito.

Finalmente, haverá que apreciar o n.º 3 do artigo 15.º, que determina que *[o] Estado e as regiões autónomas são também civilmente responsáveis pelos danos anormais que, para os direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, resultem da omissão de providências legislativas necessárias para tornar executáveis normas constitucionais*.

Ora há que sublinhar desde já que da redacção desta mesma norma na Proposta de Lei n.º 56/X constava, ainda (...) *de direito internacional público ou de direito comunitário, ou normas contidas em actos legislativo de valor reforçado, bem*

*como daqueles que resultem da violação evidente do dever de protecção de deveres fundamentais.*

Para além de surgir novamente a exigência da anormalidade dos danos, remetendo-se neste ponto para o que foi *supra* exposto, há que notar que não se encontra actualmente prevista a possibilidade de indemnização por violação do dever de legislar com fonte comunitária, de que é exemplo paradigmático a transposição de uma Directiva.

CARLOS CADILHA refere que *a ablação dessas referências na redacção final do dispositivo afigura-se ser irrelevante no que se refere à violação do dever de legislar que incida sobre a adaptação ao direito interno de normas de direito comunitário ou de direito internacional constitucionalizado. No que se refere ao direito comunitário, a não transposição de directivas (tal como a transposição deficiente ou incompleta) equivale a uma situação de incumprimento que cabo no campo de aplicação do n.º 1 deste artigo 15.º, visto que as normas comunitárias têm força vinculativa perante o Estado Português.*<sup>31</sup>

Apesar de se reconhecer o esforço no sentido da interpretação conforme ao Direito comunitário, não se consegue acompanhar o autor nesta posição. Efectivamente, a não transposição ou deficiente ou incompleta transposição de directivas consubstanciam situações de omissão de dever de legislar, tal como, ao nível da normas constitucionais, a não concretização ou concretização deficiente ou incompleta de uma norma constitucional, quando criem um dever de legislar.

Consequentemente, e seguindo o legislador o binómio acção/omissão, tinha necessariamente de estar previsto neste n.º 3 a responsabilização pela violação do dever de legislar de fonte comunitária. Efectivamente, estas omissões constituem uma situação de incumprimento de direito comunitário, mas o n.º 1 do artigo 15.º apenas abrange as situações de incumprimento resultante de actos praticados (como consta da própria norma) em desconformidade com o direito comunitário

32/33

---

<sup>31</sup> CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da responsabilidade civil...*, p. 282.

<sup>32</sup> Neste mesmo sentido pronuncia-se MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil...*, pp. 59 e seguintes, que refere que *a referência expressa à prática de actos constante do número 1 não se compadece com o enquadramento neste número de omissões de aprovação de actos de transposição, ou de execução, de actos de Direito da União Europeia (ou quaisquer outras omissões imputáveis à função político-legislativa).*

<sup>33</sup> Uma outra questão é a ainda a tentativa de articulação da responsabilidade por omissão no exercício da função político-legislativa em violação do direito comunitário com o regime do n.º 5 do artigo 15.º do RJRCEE, que determina que *a constituição em responsabilidade fundada na omissão de providências legislativas necessárias para tornar executáveis normas constitucionais*

Nestes termos, esta omissão afigura-se de extrema relevância, e um caso claro de violação de direito comunitário, quando o direito comunitário o impunha, tanto mais que a referência constava da versão proposta, os primeiros acórdãos comunitários na matéria foram desenvolvidos em torno da omissão do dever de legislar, por não transposição de directivas, e será este precisamente o caso mais flagrante de violação de direito comunitário pelo Estado-Legislador<sup>34</sup>.

## V. CONCLUSÕES

1. Apesar de ser a Constituição a fonte normalmente invocada para fundamentar a necessidade de alteração do Decreto-Lei n.º 48051, já há muito que o direito comunitário, de fonte jurisprudencial, impunha a responsabilização do Estado por danos resultantes da violação de direito comunitário, em termos que não eram admitidos pelo anterior diploma, pelo que urge analisar pormenorizadamente a compatibilidade entre o RJRCEE, aprovado pela Lei n.º 67/2007, e o direito comunitário.
2. O princípio da responsabilidade dos Estados-Membros por violação de direito comunitário é uma de criação jurisprudencial.
3. No célebre caso *Francovich*, o TJUE determinou que mesmo quando as normas de Directivas não são susceptíveis de produzir directamente os seus efeitos sem um acto nacional de transposição (efeito directo vertical), caso se

---

*depende da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional.* Para além de ser uma solução duvidosa mesmo em caso de violação de direito interno, trata-se de uma questão de complexa resolução, na medida em que, no caso da omissão legislativa em violação de direito comunitário, *[n]a perspectiva do Tribunal Constitucional, tratar-se-á de um problema de inconstitucionalidade indirecta, insindicável — posição primeiramente afirmada no Acórdão 326/98 e reiterada posteriormente. O raciocínio do Tribunal baseia-se em que, prevendo os Tratados uma específica via de controlo da conformidade da legislação interna com o ordenamento jurídico comunitário — o reenvio prejudicial, consagrado no artigo 234 do Tratado de Roma —, é ao TJ, e só a este, que cabe efectivar tal análise.* Ou seja, mesmo fazendo uma interpretação conforme ao direito comunitário do artigo 15., n.º 3, RJRCEE, sempre haverá que desconsiderar a exigência de prévia pronúncia do Tribunal Constitucional exigida pelo n.º 5 do mesmo artigo, por força da jurisprudência do mesmo, que considera essa inconstitucionalidade indirecta insindicável. Cfr. CARLA AMADO GOMES, “O livro das ilusões ...”, p. 313.

<sup>34</sup> Num âmbito que já extravasa o objecto do nosso trabalho, apresentando soluções que permitam uma aplicação do RJRCEE conforme ao direito comunitário, simultaneamente ao abrigo dos princípios da equivalência, da efectividade e da lealdade, *vide* CARLA AMADO GOMES, “O livro das ilusões ...”, pp. 307 e seguintes. À semelhança de MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil...*, CARLA AMADO GOMES entende que teria sido melhor a solução de autonomização e criação de uma norma específica para a responsabilidade por violação de direito comunitário. Cfr. “O livro das ilusões ...”, p. 308.

verifique que o resultado estabelecido pela directiva inclui a atribuição de direitos aos particulares, que o conteúdo desses direitos pode ser identificado com base nas disposições da directiva e que existe nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas visadas, o Estado deve ser responsabilizado civilmente pelos danos daí emergentes.

4. No Acórdão *Hedley Lomas* afirmou-se que o Estado é tratado pelo direito comunitário, como uma unidade, independentemente das regras internas de distribuição da competência e de exercício das suas diversas funções, admitindo assim a sua responsabilização por actos da função administrativa em moldes semelhantes ao admitido no Acórdão *Francovich* para o exercício da função legislativa.

5. O artigo 10.º, n.º 3, do RJRCEE prevê uma presunção de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos, sob a clara influência da jurisprudência comunitária, que determina a não imposição de condições que dificultem excessivamente ou tornem impossível a obtenção de ressarcimento por violação de direito comunitário, como é o caso do ónus da prova relativamente à culpa.

6. Afigura-se como desadequada, para execução do acórdão proferido no processo n.º C-275/03, a remissão operada pelo artigo 7.º, n.º 2, do RJRCEE, para todo o ordenamento comunitário, introduzindo insegurança na determinação do regime aplicável, em resultado da numerosa e complexa jurisprudência comunitária e do facto de os seus corolários serem diversificados e dispersos. Pelo contrário, impunha-se antes uma norma especial relativa ao regime geral que consagrasse a objectivação da culpa.

7. A operação hermenêutica implicará uma delimitação negativa das normas constantes do artigo 7.º, n.º 2, do RJRCEE face ao direito comunitário, e a aplicação directa, na medida do possível, do regime delineado nos vários acórdãos do TJUE.

8. A omissão, na norma especificamente criada para dar uma noção de ilicitude, da referência à violação de direito comunitário, é desconforme com o direito comunitário, especialmente quando, conjugada com o artigo 7.º, n.º 2, do RJRCEE, que parece dar a entender, numa interpretação *a contrario* que a violação de direito comunitário só gerará responsabilidade por acto da função administrativa pelos danos daí resultantes em procedimentos pré-contratuais,

visto que, na acepção do artigo 9.º, n.º 1, do RJRCEE uma acção ou omissão violadora de direito comunitário parece não ser ilícita.

**9.** No caso *Köbler* decidiu-se que também seriam aplicáveis, com as devidas adaptações, as determinações relativas à responsabilidade dos Estados por violação de direito comunitário formuladas noutros acórdãos anteriores quando são os órgãos jurisdicionais nacionais que o incumprem.

**10.** A previsão, no artigo 13.º do RJRCEE, de que haverá responsabilidade por actos jurisdicionais *stricto sensu* em caso de decisões manifestamente inconstitucionais ou ilegais parece ter sido inspirada na jurisprudência comunitária, que decidiu, atendendo às especificidades da função jurisdicional, que só poderá haver responsabilidade do Estado resultante de uma violação do direito comunitário por decisão jurisprudencial no caso excepcional de o juiz ter ignorado de modo manifesto o direito aplicável.

**11.** Contudo, o legislador esquece-se aqui de referir que a manifesta violação de direito comunitário pelo juiz nacional também é susceptível de gerar responsabilidade, como é o caso de o tribunal nacional não cumprir o seu dever de colocar uma questão prejudicial, ou decidir contra jurisprudência do TJUE em dada matéria.

**12.** O artigo 13.º, n.º 2, do RJRCEE revela-se em oposição à jurisprudência do TJUE, porquanto exige que haja prévia revogação da decisão considerada violadora do direito comunitário, o que será manifestamente impossível no caso de a decisão ser proferida pelo último grau de jurisdição.

**13.** Esta exigência carece de qualquer sentido nos casos de violação de direito comunitário, porquanto uma das situações mais frequentes, e admitidas pelo TJUE, de responsabilidade do Estado-Juiz será, porventura, a não colocação de uma questão prejudicial que se revela (normalmente) obrigatória quando se trata de um Tribunal no último grau de jurisdição.

**14.** O acórdão *Brasserie du Pêcheur* decidiu que a possibilidade que os particulares têm de invocar normas directamente aplicáveis, perante os órgãos jurisdicionais nacionais, só constitui uma garantia mínima e não chega para assegurar por si só a aplicação plena e completa do direito comunitário, pelo que deverá o Estado responder pelos danos assim causados no exercício da função legislativa.

**15.** Estabelece o TJUE que o critério da violação manifesta e grave por um Estado-Membro de direito comunitário no exercício da função legislativa

dependerá do poder de apreciação que o mesmo disponha; determina ainda a necessidade de preenchimento dos mesmos requisitos enunciados no Acórdão *Francovich*, não dependendo um pedido de indemnização com este fundamento de uma prévia apreciação do incumprimento do Estado por parte do TJUE.

**16.** Ao contrário do Estado-Administração ou do Estado-Juiz, o Estado-Legislator aparece no artigo 15.º, n.º 1, RJRCEE expressamente responsabilizado por danos decorrentes de actos que violem direito comunitário.

**17.** O legislador foi claramente beber à jurisprudência comunitária na redacção do n.º4, do artigo 15.º, RJRCEE que invoca vários critérios, como a clareza da norma violada, como elemento para determinação da responsabilidade.

**18.** A previsão de que só os danos anormais dão direito a reparação por violação do direito comunitário pelo Estado-Legislator é manifestamente contrária à jurisprudência comunitária, porquanto implica que particulares que, nos termos do direito comunitário teriam direito a uma indemnização resultante de acções do legislador violadoras de direito comunitário, não verão a sua posição jurídica protegida, excepto se o juiz nacional entender interpretar a norma conforme ao direito comunitário e desconsiderar este requisito.

**19.** A não transposição, ou deficiente ou incompleta transposição, de directivas consubstancia situações de omissão de dever de legislar.

**20.** Seguindo o legislador o binómio acção/omissão, tinha necessariamente de estar previsto no n.º 3, do artigo 15.º, do RJRCEE a responsabilização pela violação do dever de legislar de fonte comunitária.

**21.** A ausência de referência à responsabilidade por omissão do dever de legislar quando o direito comunitário o impunha, é um caso claro de violação de direito comunitário, tanto mais que a referência constava da versão proposta, os primeiros acórdãos comunitários na matéria foram desenvolvidos em torno da omissão de legislar, por não transposição de directivas, e será este precisamente o caso mais flagrante de violação de direito comunitário pelo Estado-Legislator.

***Heloísa Oliveira***  
***Monitora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa***