

O LIVRO DAS ILUSÕES#:

A responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário, apesar da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*

0. O regime da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro e a responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário: um mau começo; **1.** Os critérios de efectivação da responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça: súmula breve; **2.** A responsabilidade por facto da função administrativa e a sua *vis atractiva*; **3.** A efectivação da responsabilidade por violação do Direito Comunitário, apesar da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro

0. O regime da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro e a responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário: um mau começo

O surgimento da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, alterada pela Lei 31/2008, de 17 de Junho (Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas = RRCEE), de há muito aguardado, tinha, de entre os seus objectivos, o de traduzir os modelos de efectivação da responsabilidade civil extracontratual do Estado na sua tripla veste de legislador, administrador e juiz, por violação do Direito Comunitário. Portugal. A jurisprudência comunitária vem expressamente afirmando a responsabilidade do Estado desde 1991/1993, datas dos Acórdãos *Francovich*¹ e *Brasserie du Pêcheur*², respectivamente, e cumpria acolher devidamente essa lição no ordenamento jurídico português. O arcaísmo do DL 48.051 fazia-se também aí sentir³, e a sua inadequação à doutrina do Tribunal da Justiça das Comunidades Europeia (TJCE) foi mesmo passível de censura formal em sede de acção por incumprimento.

Com efeito, no Acórdão de 14 de Outubro de 2004 (Caso C-275/03), o TJCE, por iniciativa da Comissão Europeia, condenou o Estado português por não acatamento do princípio da solidariedade em virtude da manutenção em vigor de um diploma que só admitia a responsabilização de agentes e pessoas colectivas da Administração a título de dolo ou negligência grosseira — situação que afrontava o disposto na Directiva

A inspiração do título é retirada da obra homónima de Paul Auster, *The book of illusions* (Faber & Faber, 2002).

* O texto constitui o desenvolvimento da exposição oral da autora no Colóquio promovido pelo CEJ, no âmbito das suas acções de formação contínua no ano de 2007/2008, subordinado ao tema **A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas**, que teve lugar no dia 28 de Novembro de 2008, no Auditório da Universidade Portucalense (Porto). Agradece-se à direcção do CEJ, na pessoa da Doutora Anabela Rodrigues, a lembrança do convite.

¹ Acórdão de 19 de Novembro de 1991, casos C-6/90 e 9/90.

² Acórdão de 5 de Março de 1993, casos C-46/93 e 48/93.

³ A propósito do défice anterior à Lei 67/2007 e sobre a responsabilidade do legislador por emissão (ou manutenção em vigor) de norma interna contrária ao Direito Comunitário, Maria Luísa DUARTE, **A responsabilidade dos Estados-membros por actos normativos e o dever de indemnizar os prejuízos resultantes da violação do Direito Comunitário - Em especial, o caso português**, in *A cidadania da União e a responsabilidade dos Estados por violação do Direito Comunitário*, Lisboa, 1994, pp. 53 segs.

89/665/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, sobre procedimentos de recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos⁴. Esta directiva, porque consagra no artigo 2º/1/c) uma responsabilidade objectiva das autoridades administrativas por qualquer violação do seu preceituado nos procedimentos pré-contratuais, veria obstaculizada a sua vertente indemnizatória em virtude da exigência de prova da culpa grave.

Curiosamente, este *leit-motif* voltou a emergir já na vigência da RRCEE, porquanto a primitiva versão, referindo-se à responsabilidade da Administração no âmbito do procedimento pré-contratual, remetia o regime para “os termos da presente lei” (artigo 7º/2, 1ª versão). Esta redacção, contudo, ainda não satisfazia as exigências do Direito Comunitário, na medida em que, apesar de o diploma alargar a responsabilização à falta leve (artigo 7º/1) e de esta se presumir (artigo 10º/2), tal presunção é elidível, podendo resultar na desresponsabilização da Administração em sede de procedimento pré-contratual – resultado proibido pela directiva 89/665/CEE⁵. Daí que a Lei 32/2008 tenha substituído o segmento insuficiente pela fórmula “de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário”⁶.

Este enigmático inciso peca, talvez, por excesso, uma vez que nem o *Direito Comunitário* define propriamente um regime de responsabilidade civil extracontratual dos Estados-membros (não existe harmonização legislativa na matéria, porventura devido a um desejo de respeito formal pelo princípio da autonomia processual dos Estados membros), nem o TJCE, na sua *jurisprudência*, aponta para uma solução de responsabilização objectiva em sede geral (como se retira da directiva citada). Por outras palavras, melhor teria andado o legislador se tivesse remetido para o regime da directiva, e não simplesmente *atirado* o intérprete para “o direito comunitário”...

O relato deste caso releva a dois títulos: em primeiro lugar, para justificar a cirúrgica e ultra-rápida alteração do RRCEE, escassos seis meses após a sua entrada em vigor. Em segundo lugar – e este é o ponto que mais nos interessa agora –, para equacionar uma questão prévia, que consiste em saber *se seria necessário incluir no RRCEE um regime substantivo de responsabilização do Estado nas suas várias funções por violação do Direito Comunitário* –, ou mesmo apenas uma mera referência a essa possibilidade. Note-se que o TJCE, no acórdão de 14 de Outubro de 2004 citado, condenou o Estado português por

⁴ Houve entretanto uma segunda condenação de Portugal por parte do TJ, no Acórdão de 10 de Janeiro de 2008, caso 70/06.

⁵ Cfr. Carlos FERNANDES CADILHA, **Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidade públicas**, Anotado, Lisboa, 2008, p. 129.

⁶ Sobre o sentido e alcance deste nº 2, veja-se Esperança MEALHA, **Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos (notas ao artigo 7º/2 da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro)**, in *Julgar*, nº 5, 2008, pp. 99 segs.

manter em vigor uma disposição de aplicação geral que reduziria o alcance de uma norma de direito comunitário, mas não apelou à tradução em legislação nacional de um regime substantivo específico.

Essa tem sido, de resto, a postura do TJCE, bem claramente expressa no Acórdão *Traghetti*⁷. Neste aresto, o Tribunal do Luxemburgo, debruçando-se sobre uma norma de uma lei italiana versando sobre a responsabilidade do julgador que circunscreve esta a actuações com culpa grave, que define exhaustivamente os casos de “culpa grave”, obtemperou que

“(...) não se pode excluir que o direito nacional precise os critérios relativos à natureza ou ao grau de uma infracção, que devem estar preenchidos para que possa existir responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário imputável a um órgão jurisdicional nacional decidindo em última instância, mas esses critérios não podem, em nenhum caso, impor exigências mais restritivas do que a decorrente da condição de violação manifesta do direito aplicável [conforme estabelecido no Acórdão Köbler]”.

Ou seja: o TJCE não exige que o legislador nacional estabeleça os pressupostos de efectivação da responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário — essa função é indeclinavelmente sua⁸ —, nem tão-pouco se opõe a que o legislador nacional enquadre a matéria identicamente nos casos de violação do direito nacional e comunitário (apelando ao princípio da autonomia), desde que não reduza o âmbito de protecção da teoria por si desenvolvida desde o Acórdão *Francovich*. O que o TJ não admite é que o legislador nacional mantenha ou coloque em vigor disposições que reduzam ou anulem o princípio da responsabilização do Estado por violação do Direito Comunitário *quer sejam aplicáveis estritamente nesse âmbito, quer tenham vocação de aplicação geral e não contemplem exclusões* que garantam a observância dos princípios desenvolvidos na sequência da jurisprudência *Francovich*.

Tendo em consideração a pontual e errática referência que o RRCEE faz ao Direito Comunitário (no n.º 1 do artigo 15.º, no plano da responsabilidade por facto da função legislativa, mas apenas por acção e deixando na sombra a intervenção do TJCE), perguntamo-nos se o legislador português não deveria ter-se limitado a incluir no RRCEE *um artigo que remetesse os termos da efectivação da responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário para a jurisprudência do TJCE, ressalvando o caso da responsabilidade civil extracontratual da Administração na condução de procedimentos pré-*

⁷ Acórdão de 13 de Junho de 2006, Caso C-173/03, §44.

⁸ O TJCE não deixa margem de dúvidas quanto a esta “reserva de jurisdição”. Leia-se o considerando 25 do Acórdão *Brasserie*: “(...) importa sublinhar que a questão da existência e do âmbito da responsabilidade de um Estado por danos decorrentes da violação das obrigações que lhe incumbem por força do direito comunitário tem a ver com a interpretação do Tratado que, enquanto tal, é da competência do Tribunal de Justiça”.

contratuais desta remissão geral e vinculando-a ao regime da directiva. A norma poderia ainda aludir ao mecanismo adjectivo conducente a esta efectivação, que deverá passar, em regra, pelo incidente de reenvio prejudicial, atestando o controlo dos parâmetros da responsabilidade pelo TJ — salvo em situações de jurisprudência constante relativamente à norma em questão, que dispensem nova consulta, bem assim como nos casos em que a violação foi constatada por tribunal superior, em sede de recurso⁹.

Não enveredando nem pelo transplante dos critérios do TJCE para o RRCEE, relativamente a todas as funções do Estado e exclusivamente para a violação do Direito Comunitário, nem pela abstenção pura e simples de referência ao fenómeno — que desencadearia a presunção de que deixava o assunto nas mãos do TJCE, destrinchando-o por completo do problema em termos de violação do direito nacional —, o legislador traçou um quadro ilusório, gerador de confusão nos aplicadores do Direito. Não ignoramos que a técnica de *acantonamento* de um regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do Direito Comunitário numa norma que o destaque do regime geral se presta ao questionamento da salvaguarda da *igualdade* relativamente aos casos que *envolvam apenas direito nacional*. Mas esse, apesar de sensível, constitui um problema meramente interno, que não compromete Portugal perante a Comunidade e assegura o respeito do bloco de legalidade alargada que funda a Comunidade de Direito (cfr. os artigos 7º/6 e 8º/3 e 4 da CRP, e 10 do Tratado de Roma).

O texto que se segue é, portanto, marcado por um princípio de dúvida. Existe uma lei com pretensões ambíguas relativamente à responsabilização do Estado por violação do Direito Comunitário, cuja regulação (?) terá provavelmente de ser ignorada na abordagem a esta questão. Sem embargo de estarmos a começar pelas conclusões, pareceu-nos impossível progredir (ou regredir) no raciocínio sem assinalar o mau ponto de partida que a técnica do RRCEE constitui em face do problema que nos ocupa.

1. Os critérios de efectivação da responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça: súmula breve

A construção pretoriana do TJCE sobre a responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário despontou com a percepção de que a teoria do efeito directo e a solução da interpretação do direito nacional conforme ao direito comunitário originário ou derivado não eram suficientes para conferir exequibilidade aos direitos dos particulares. Com efeito, pode haver efeito directo da norma de direito comunitário sem que haja condições de concretização prática e/ou jurídica dos direitos nela consagrados, por

⁹ Em sentido idêntico, Maria José RANGEL DE MESQUITA, **O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o Direito da União Europeia**, Coimbra, 2009, p. 107 (com uma proposta de norma a inserir em futura alteração ao RRCEE).

inércia do legislador ou administrador nacional¹⁰. E se a esta inoperatividade se aliar a impossibilidade de interpretação conforme — por pura e simplesmente inexistir norma nacional da qual possa extrair-se essa norma “corrigida” —, o particular vê os seus direitos reconhecidos de forma puramente platónica. Acrescem as situações em que as normas de Direito Comunitário são destituídas de efeito directo e necessitam de concretização pelo legislador nacional — o atraso pode gerar danos, para além de constituir uma violação objectiva do dever de lealdade comunitária. Não podendo consentir na neutralização do princípio da tutela jurisdicional efectiva, nem tão-pouco na quebra do princípio da uniformidade do Direito Comunitário, o TJCE lançou as bases de uma teoria da responsabilização dos Estados-membros pela inobservância da legalidade comunitária, desígnio que considera “inerente ao sistema do Tratado”.

A primeira pedra foi colocada com o Acórdão *Francovich*¹¹. Neste caso, o TJCE debruçou-se sobre a responsabilidade da função legislativa por omissão (não transposição de uma directiva), estabelecendo, no §40., os três pressupostos que depois repetiu e depurou em arestos posteriores:

- a) a norma comunitária consagra direitos a favor dos particulares;
- b) o conteúdo de tais direitos resulta de uma definição vinculada para o legislador nacional;
- c) verifica-se um nexo de causalidade entre a omissão do Estado e os danos sofridos pelos cidadãos destinatários da norma.

O TJCE adita, no §43., que as condições fixadas na legislação nacional em matéria de reparação de danos não podem ser menos favoráveis do que as que dizem respeito a reclamações semelhantes de natureza interna (*princípio da equivalência*) — fórmula similar à referenciada no (posterior) Acórdão *Traghetti*, *supra* referenciado —, e não podem ser organizadas de forma a tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil a obtenção da reparação (*princípio da efectividade*).

Dois anos depois, nova pronúncia no Acórdão *Brasserie du Pêcheur*. Mais uma vez, um caso de responsabilidade por facto da função legislativa, mas no qual o TJCE considerou relevante destringir entre o grau de vinculação a que o legislador nacional se encontra vinculado ou, dito de outra forma, os critérios de aferição da clareza e inteligibilidade das posições jurídicas acolhidas pela norma comunitária. Daí que, no §57., se tenha

¹⁰ Pode também acontecer que, mau grado a norma revestir efeito directo, ao legislador caiba uma margem de discricionariedade que torne difícil ou mesmo impossível à Administração convertê-la em direitos a favor dos destinatários.

¹¹ Sublinhe-se que o TJCE não era alheio à questão antes da prolação deste aresto, mas abordou-a sempre de forma “indirecta e elíptica”. Sobre os antecedentes da jurisprudência *Francovich*, Denys SIMON e Ami BARAV, **La responsabilité de l'Administration nationale en cas de violation du Droit Communautaire**, in *RMC*, n° 305, 1987, pp. 165 segs. Traçando a evolução, Gerhard BEBR, **Commentary of Francovich case**, in *CMLR*, 1992/3, pp. 557 segs, max. 571 segs.

espraiado em precisões sobre o segundo pressuposto de responsabilização traduzido na fórmula “violação suficientemente caracterizada”¹² ou “violação manifesta e grave” dos limites do poder de livre conformação do Estado:

“A este respeito, entre os elementos que o órgão jurisdicional competente pode ser levado a considerar, importa sublinhar o grau de clareza e de precisão da regra violada, o âmbito da margem de apreciação que a regra violada deixa às autoridades nacionais ou comunitárias, o carácter intencional ou involuntário do incumprimento verificado ou do prejuízo causado, o carácter desculpável ou não de um eventual erro de direito, o facto de as atitudes adoptadas por uma instituição comunitária terem podido contribuir para a omissão, a adopção ou a manutenção de medidas ou práticas nacionais contrárias ao direito comunitário.

De qualquer modo, encontramos-nos 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 incumprimento em causa”.

Nesta decisão, o TJCE aperfeiçoa a fórmula primeiramente apresentada e revela-se mais consciente da potencialidade de extensão da teoria a outras funções do Estado. Por isso se preocupa em afirmar expressamente a desconexão entre a violação do Direito Comunitário e a culpa, “conceito que não é idêntico nos diferentes sistemas jurídicos” (§75). Com efeito, se no contexto da função legislativa a averiguação da culpa pode revelar-se problemática, devendo aproximar-se de um conceito de ilicitude objectiva, nas restantes funções, a pessoalização do desempenho permite identificar o agente da errada interpretação ou aplicação da norma comunitária gerador do dano. Assim se explica a enunciação de critérios de aferição da *diligência devida* dos órgãos nacionais, que traduzem um desígnio de harmonização de pressupostos de responsabilização *formalmente* desligado de conceitos de significação múltipla e por vezes controversa nos vários ordenamentos nacionais.

Este posicionamento não significa, a nosso ver, que o TJCE avance para um regime de responsabilização objectiva dos Estados em todas as suas funções. Mesmo no quadro da função legislativa, pode haver circunstâncias atenuantes da responsabilidade do legislador — precisamente as que elenca exemplificativamente no §57. citado. Ao prescindir do conceito formal de culpa, o TJCE não abdica do teste da diligência do órgão ao qual é directamente imputável a infracção da obrigação comunitária, não hesitando mesmo em eximi-lo de uma responsabilização aparentemente certa. O caso *British Telecommunications* é disto exemplo, tendo o TJCE exonerado o Reino Unido de

¹² A noção de “violação caracterizada” já vinha de longe. Veja-se o §8. do Acórdão *Loheac*, de 31 de Março de 1977, casos 54 a 60-76.

responsabilidade por facto da função legislativa por considerar ter havido boa-fé na transposição de uma directiva não especialmente clara (§43)¹³.

Tal lógica é igualmente constatável no Acórdão *Brinkmann*¹⁴, aresto no qual o TJCE, reconhecendo embora a omissão de transposição de uma directiva dotada de efeito directo pelo legislador dinamarquês e afirmando a obrigação de aplicação de tais normas pela Administração, acaba por descartar a responsabilidade das autoridades administrativas, aceitando que a interpretação errónea que por elas fora feita se justificava à luz das circunstâncias do caso concreto (§31.)¹⁵.

Ao longo da década de 1990, o TJCE foi reiterando estes pressupostos e aditando pormenores. Circunscrevemo-nos a quatro exemplos:

- i.) no Acórdão *Dillenkofer*¹⁶, precisou-se que “existe uma violação suficientemente caracterizada quando uma instituição ou um Estado-Membro, no exercício do seu poder legislativo viole, de forma manifesta e grave, os limites que se impõem ao exercício dos seus poderes (...) e, por outro lado, 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” (§25);
- ii.) no Acórdão *Palmisani*¹⁷, o Tribunal do Luxemburgo frisou que compete ao juiz nacional zelar por uma reparação adequada do prejuízo sofrido pelos beneficiários. Uma aplicação retroactiva regular e completa das medidas de execução da directiva será suficiente para este fim, salvo se os beneficiários demonstrarem a existência de perdas complementares por eles sofridas pelo facto de não terem podido beneficiar em devido tempo das vantagens pecuniárias garantidas pela directiva, as quais também deverão ser reparadas (§35.)¹⁸;
- iii.) no Acórdão *Konle*¹⁹, o TJCE frisou que um Estado-membro não pode invocar a repartição das competências e responsabilidades entre as colectividades que

¹³ Acórdão de 26 de Março de 1996, caso C-392/93.

¹⁴ Acórdão de 24 de Setembro de 1998, caso C-319/96.

¹⁵ Diga-se aliás que, em contraponto, o TJCE não descarta, na ponderação indemnizatória, a averiguação da “culpa do lesado” (cfr. o ponto 84 do Acórdão *Brasserie*).

¹⁶ Acórdão de 8 de Outubro de 1996, casos C-178/94, 179/94, 188/94, 189/94 e 190/94.

¹⁷ Acórdão de 10 de Julho de 1997, caso C-261/95.

¹⁸ Este passo é de extrema importância para o julgador encarregado de decidir a acção de responsabilidade, que muitas das vezes se poderá converter numa condenação em obrigação de *facere* e não numa automática obrigação de *dare* a quantia pecuniária compensatória.

¹⁹ Acórdão de 1 de Junho de 1999, caso C-302/97.

existem na sua ordem jurídica interna para se eximir ao cumprimento das obrigações decorrentes do Direito Comunitário (§62.);

- iv.) no Acórdão *Haim*²⁰, a Alta Instância comunitária clarificou que os três pressupostos avançados no Acórdão *Francovich* e lapidados no Acórdão *Brasserie* são exigíveis tanto no caso de os prejuízos cuja reparação é exigida resultarem de uma omissão do Estado — não transposição de directiva —, como no de adopção de acto legislativo ou administrativo que atente contra o direito comunitário (§37.), sendo certo que a sua apreciação é sempre casuística.

Esta jurisprudência tem aplicação directa à função legislativa, mas a vinculação da Administração ao Direito Comunitário, que o TJCE afirmou expressamente em 1989, no Acórdão *Fratelli Costanzo*²¹, torna-a extensível também à função executiva. Ainda antes do caso *Brinkmann* citado acima, todavia, já o Tribunal deixara clara a possibilidade de aplicação em sede de responsabilidade da Administração, no caso *Hedley Lomas*²².

Tratou-se aqui de apurar a responsabilidade do *Ministry of Agriculture, Fisheries and Food* do Reino Unido perante uma empresa irlandesa com actividade no domínio da exportação de animais vivos para abate, à qual recusou sistematicamente licenças de exportação para Espanha. A recusa baseava-se em suspeitas de que alguns matadouros actuantes no Estado espanhol não estariam a cumprir regras de uma directiva sobre proibição de tratamentos cruéis dos animais destinados a abate, pelo que a concessão de licenças implicaria um risco de que tais animais pudessem ser sujeitos a sofrimento desnecessário e contrário ao desígnio da directiva. A *Hedley Lomas* acusou as autoridades britânicas de estarem a criar restrições quantitativas das exportações e impugnou as decisões de indeferimento. O Reino Unido defendeu-se invocando a cláusula de excepção do artigo 36 do Tratado de Roma.

O TJCE considerou verificadas as três condições de responsabilização estabelecidas na jurisprudência *Francovich/Brasserie*, uma vez que o artigo 34 do Tratado, ao proibir as restrições quantitativas, confere aos operadores o direito a fazerem circular livremente os produtos objecto do seu comércio. O problema da determinação da causalidade foi remetido pelo Tribunal do Luxemburgo para a justiça britânica. Quanto ao segundo pressuposto, obtemperou o Tribunal (§§28. e 29.):

“(...) 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

²⁰ Acórdão de 4 de Julho de 2000, caso C-424/97.

²¹ Acórdão de 22 de Junho de 1989, caso 103/88.

²² Acórdão de 23 de Maio de 1996, caso C-5/94.

inexistente, a simples infracção ao direito comunitário pode bastar para provar a existência de uma violação suficientemente caracterizada.

Neste contexto, deve observar-se também que, no caso em apreço, o Reino Unido nem sequer apresentou prova in concreto de que o matadouro a que se destinavam os animais objecto do pedido de licença de exportação não respeitava a directiva”.

Em 2003, o TJCE clarificou que a teoria da responsabilização do Estado por violação do Direito Comunitário se estende à função jurisdicional. Fê-lo no Acórdão *Köbler*²³, num caso em que aparentemente uma decisão do *Verwaltungsgerichtshof* austríaco ignorou de forma manifesta um entendimento expresso do TJCE face a dada norma (sobre a natureza de um subsídio atribuído a professores universitários), ao ter retirado um pedido de reenvio prejudicial quando a jurisprudência comunitária ainda não era totalmente esclarecedora quanto ao sentido da norma e, perante a dúvida, ter feito uma interpretação errónea da mesma.

Curiosamente, o Tribunal do Luxemburgo concluiu (contra a opinião manifestada pelo Advogado-Geral) que não houve nesta situação violação manifesta, uma vez que a resposta não era evidente²⁴... Terá porventura havido aqui algum temor de afrontamento entre pares, ou um receio de inaugurar a história da responsabilização da função jurisdicional com uma condenação²⁵. Outros factores de retracção poderão ter sido o aparente ataque ao princípio do caso julgado — que nestes casos, na verdade, se mantém intocado²⁶ —, e ainda a relevância do princípio da independência e da correlativa irresponsabilidade do juiz.

²³ Acórdão de 30 de Setembro de 2003, caso C-224/01.

²⁴ Cfr. §122. Para uma apreciação crítica deste aresto, vejam-se Denys SIMON, **La responsabilité des États membres en cas de violation du Droit Communautaire par une juridiction suprême. A propos de l'Arrêt Köbler**, in *Europe*, 2003/11, pp. 3 segs; Pedro CABRAL e Mariana CIMA CHAVES, **A responsabilidade do Estado por actos jurisdicionais em Direito Comunitário**, in *ROA*, 2006/II, pp. 765 segs.

²⁵ Denys SIMON deixa escapar um desabafo curioso a propósito da solução “acrobática” engendrada pelo TJCE, mau grado reconhecer a delicadeza da questão: “(...) n'est-il pás regrettable que Gerhard Köbler, comme Andrea Francovich et Daniela Bonifaci, ou comme *Brasserie du Pêcheur*, soient condamnés à n'obtenir aucune réparation, en dehors de la satisfaction morale d'avoir donné leur nom à des grands arrêts qui passeront à la postérité?” - **La responsabilité...**, *cit.*, p. 6.

²⁶ O TJCE guarda um só aparente respeito pelo princípio do caso julgado. Conforme tivemos oportunidade de opinar noutro lugar (Carla AMADO GOMES, **O "caso decidido": uma instituição (ainda) do nosso tempo?**, in *CJA*, n° 70, 2008, pp. 16 segs, 20), o Acórdão *Kühne & Heitz*, de 17 de Junho de 2003, caso C-453/00, indicia uma tentativa do Tribunal no sentido de relativizar a força do caso julgado que fizer errada aplicação do Direito Comunitário na validação de um acto administrativo (por inobservância do dever de reenvio), submetendo a revisão quer a força de caso julgado material (através de pronúncia revogatória da entidade administrativa), quer a força de caso julgado formal (admitindo a repetição do litígio, em caso de recusa de revogação do acto administrativo pelo órgão competente) — cfr. os §§26 a 28.

Três anos mais tarde, no já mencionado Acórdão *Traghetti*, o TJCE foi mais coerente com a hipótese avançada no Acórdão *Köbler* e determinou a responsabilidade do juiz italiano que fez errada interpretação do Direito Comunitário e ignorou a obrigação de reenvio. O TJCE, consultado em sede de reenvio prejudicial provocado pelo Tribunale di Genova junto do qual foi apresentada a acção de responsabilidade, frisou que a responsabilização do juiz deve considerar-se excepcional, dependendo de uma violação manifesta do Direito Comunitário, a cuja caracterização se chega apelando

“(...) a um conjunto de critérios, tais como o grau de clareza e de precisão da regra violada, o carácter intencional da violação, o carácter desculpável ou não do erro de direito ou o não cumprimento, pelo órgão jurisdicional em causa, da sua obrigação de reenvio prejudicial por força do artigo 234, terceiro parágrafo, CE, e presume-se, em qualquer caso, quando a decisão em causa for tomada violando manifestamente a jurisprudência do Tribunal de Justiça na matéria” (§43.).

Neste aresto discutiu-se ainda, como se observou acima, a possibilidade de o Estado-membro delimitar os pressupostos de responsabilização do julgador. O TJCE aceita que essa limitação possa acontecer — sobretudo tendo em consideração a sensibilidade da função em causa —, mas nunca através de “exigências mais restritivas do que a decorrente da condição de violação manifesta do direito aplicável” (§44.), fórmula aberta que permite acolher um conjunto muito lato de hipóteses.

Feito este breve apanhado, passemos agora a discernir como se verifica a efectivação da responsabilidade do Estado português na sua tripla vertente funcional, atentando sobretudo em aspectos adjectivos — uma vez que os aspectos substantivos são da lavra do TJCE. Não podemos, no entanto, prosseguir sem chamar a atenção para um detalhe que, se à luz do Direito Comunitário é tendencialmente irrelevante, no quadro do ordenamento nacional pode provocar inquietações.

2. A responsabilidade por facto da função administrativa e a sua *vis atractiva*

O Acórdão *Fratelli Costanzo*, ao afirmar a vinculação de todas as funções do Estado ao dever de lealdade comunitária, aponta para um quadro de predominância da responsabilização da função administrativa face à legislativa e jurisdicional. No §31 desta decisão, pode ler-se, com pureza cristalina:

“Seria por outro lado contraditório entender que os particulares têm o direito de invocar perante os tribunais nacionais, as disposições de uma directiva que preencham as condições acima referidas, com o objectivo de fazer condenar a administração, e, no entanto, entender que esta não tem o dever de aplicar

aquelas disposições afastando as de direito nacional que as contrariem. Daqui resulta que, preenchidas as condições exigidas pela jurisprudência do tribunal, para as normas de uma directiva poderem ser invocadas pelos particulares perante os tribunais nacionais, todos os órgãos da administração, incluindo as entidades descentralizadas, tais como as comunas, têm o dever de aplicar aquelas disposições”.

Ora, se a Administração estadual é uma função de implementação do Direito Comunitário, essa vertente de concretização do ordenamento eurocomunitário pode ver-se diminuída ou inviabilizada em três tipos de situações:

- i.) no caso de normas com aplicabilidade directa e com efeito directo, a sua desaplicação em detrimento de norma nacional; a sua incorrecta aplicação (diminuindo o índice de protecção); ou ainda a sua não regulamentação (por via administrativa) ou regulamentação incorrecta (por, apesar da aplicabilidade directa da norma, aquela não ser imediata);
- ii.) no caso de normas sem aplicabilidade directa e com efeito directo, a sua não aplicação uma vez expirado o prazo de transposição, *contra ou em vez* de norma nacional; a sua interpretação errada (e subsequente aplicação deficiente); a não interpretação de norma nacional conforme a norma eurocomunitária (sendo possível)²⁷;
- iii.) no caso de actos administrativos, a emissão de decisões individuais e concretas que afrontem o efeito atributivo de posições jurídicas de vantagem aos particulares pelas normas comunitárias²⁸.

Nestas situações, pelos cânones do TJCE, a responsabilidade será da Administração — pelo menos primária²⁹. O que deixa para a esfera da responsabilidade do legislador e do

²⁷ Sobre o dever de interpretação conforme por parte das autoridades administrativas, ver o Acórdão *Von Colson*, de 10 de Abril de 1984, caso 14/83, §26.

²⁸ Cfr. o Acórdão *Ciola*, de 29 de Abril de 1999, caso 224/97, §34, no qual o TJCE (na sequência do passo já dado no Acórdão *Rewe*, de 7 de Julho de 1981, caso 158/80, §43), afirmou que

“(...) uma proibição decretada antes da adesão de um Estado-Membro à União Europeia, não através de uma norma geral e abstracta mas sim de uma decisão administrativa individual e concreta tornada definitiva, que é contrária à liberdade de prestação de serviços, deve ser afastada aquando da apreciação do bem-fundado de uma multa que pune o não respeito dessa proibição posteriormente à data de adesão”,

de onde se retira, por maioria de razão, a proibição de, uma vez esgotado o período transitório, a Administração estadual pôr em causa, através de actos administrativos, as obrigações decorrentes do Tratado.

²⁹ Pensamos num caso como o que deu azo ao Acórdão *Brinkmann*, em que a Administração ficou exonerada da responsabilidade por má aplicação da norma de directiva não transposta e uma vez expirado o prazo de transposição. Esta isenção não impede, em nossa opinião, que o legislador venha a ser responsabilizado por não transposição, numa acção subsequente [ou na mesma, com alteração objectiva e subjectiva da instância na sequência da consulta ao TJCE, caso a resposta do TJCE seja notificada às partes para esse efeito. Esta alteração terá consequências maiores ou

juiz um conjunto relativamente reduzido de casos, a saber (e sem pretensões de exaustividade):

- i.) Por um lado, no que tange ao legislador, as situações de normas legislativas imediatamente exequíveis que transpõem normas comunitárias³⁰; os casos de normas com efeito directo mas conferindo larga margem de concretização ao legislador, não permitindo à Administração substituir-se-lhe na aplicação imediata (hipótese não despicienda mas progressivamente menos provável, em razão da precisão crescente das directivas); e ainda, dubitativamente, as situações em que o legislador transpõe ou regulamenta incorrectamente (quando esta última competência lhe compete);
- ii.) Por outro lado, no que concerne ao juiz, as hipóteses de erro judiciário puro: errada interpretação da norma comunitária pelo julgador, contra jurisprudência constante do TJCE, ou prescindindo da obrigação de reenvio em casos de dúvida sobre o sentido da norma.

Repare-se que, no terceiro subgrupo do primeiro grupo de casos, é ainda questionável se a Administração não tem a obrigação de emendar a mão do legislador, aplicando a norma comunitária em detrimento de norma nacional, ou refazendo a regulamentação. Esta interrogação é legítima e demonstra bem a dualidade de perspectivas que a questão envolve. É que, se do ponto de vista do TJCE, o que prevalece é a obrigação de cumprimento do dever de uniformidade de aplicação e da optimização da tutela efectiva, já do ponto de vista do ordenamento nacional, o princípio da separação de poderes pode opor-se frontalmente a este tipo de substituição — bem assim como, aliás, à aplicação da norma comunitária na ausência de norma nacional.

A dúvida que desponta aqui é a de saber se a Administração está em condições de levar por diante tais operações de reconstrução ou tão-somente de desaplicação da norma nacional, em nome da primazia da norma comunitária. Em última análise, como já tivemos oportunidade de escrever numa reflexão anterior, a nossa resposta é negativa — salvo, porventura, se a interpretação da norma comunitária estiver sedimentada em menores, na medida em que a mudança pode não surtir reais implicações na designação da parte passiva — se esta se mantiver na esfera estadual —, mas também pode obrigar à substituição de um Município pelo Estado (eventualmente federado)].

Isto para além, naturalmente, de o Estado vir a ser responsabilizado, objectiva e posteriormente, em acção por incumprimento, cujo acórdão poderá servir de base a acção de responsabilidade no plano interno.

³⁰ A esta categoria, Georgios ANAGNOSTARAS (**The allocation of responsibility for breach of Community law: a modern gordian knot?**, in *ELR*, Vol. 26, 2001, pp. 139 segs, 144) adita uma segunda, que consistiria na omissão de transposição de normas sem efeito directo e insusceptíveis de interpretação conforme, às quais a Administração estaria desonerada de dar aplicação. Duvidamos da valia desta hipótese, na medida em que dificilmente se verificará ilicitude entre a omissão e a posição jurídica alegadamente violada: como se define esta, se não há efeito directo?

jurisprudência do TJCE, hipótese na qual, à semelhança do que ficou afirmado no Acórdão *Traghetti* a propósito da responsabilidade do juiz, se presume a responsabilidade da Administração³¹. Note-se, de resto, que o TJCE admite que a responsabilidade do juiz é excepcional e que só uma violação manifesta — um erro clamoroso — do direito comunitário a despoleta (leia-se: uma falha evidente de interpretação da norma ou uma ignorância olímpica da obrigação de reenvio).

Será de crer que relativamente a órgãos titulados por profissionais qualificados — os juízes —, o TJCE exija uma violação manifesta, mas impute a violação à Administração com base numa falha desculpável do titular do órgão administrativo, muitas vezes não jurista e alheio à complexidade do Direito Comunitário? A isto acresce a "reserva de juiz" que pode entender-se decorrer do artigo 234 do Tratado de Roma, com a entrega do mecanismo do reenvio aos tribunais nacionais, obrigatório para os tribunais superiores (mas sem mecanismo directo de efectivação do cumprimento da obrigação). Não estando a Administração habilitada a reenviar questões interpretativas para o TJCE, fará sentido falar de uma responsabilidade da função administrativa por desaplicação ou deficiente aplicação de normas comunitárias?

Julgamos que a questão, assim vista, está desfocada e que a razão porque o Tribunal do Luxemburgo exige a violação manifesta por parte do julgador se prende com a reverência face ao poder jurisdicional e com a necessidade de salvaguardar a credibilidade da função, imunizando relativamente o juiz. O TJCE não abdicará da responsabilização da Administração como posição de princípio — sem embargo de a perspectivar de forma despersonalizada, ou seja, num plano puramente funcional. Isso não implica que, no plano interno, questões como as que identificámos, nas quais a causalidade função legislativa/lesão do particular se *quebra* por interposição forçosa da Administração nacional vinculada à legalidade comunitária, não acabem por reverter em pedidos de responsabilização do legislador. Sublinhe-se que, uma vez questionado pelo tribunal competente para julgar a acção de responsabilidade, o TJCE se limitará a apurar os pressupostos da responsabilidade à luz do Direito Comunitário, concluindo eventualmente pela responsabilização da Administração. No entanto, e conforme sucedeu no caso *Brinkmann*, pode identicamente concluir que a complexidade da questão exigia a intervenção do legislador a título primário — o que obrigará a um redireccionar do pedido indemnizatório. Ou pode chegar à conclusão de que a responsabilidade cabe

³¹ Mas mesmo aqui não descartando um pedido subsidiário ao Estado legislador, pois os deveres de transposição, de transposição correcta e suficiente, de regulamentação, incumbem a este. O facto de a causalidade se “interromper” por força da responsabilização primária da função executiva não deve invalidar, em nosso entender, a perseguição do Estado legislador, a título subsidiário.

efectivamente à função administrativa, devendo o juiz nacional dar execução a esta avaliação, condenando a pessoa colectiva a cujos órgãos se possa imputar a prática do acto.

Mas, será verdadeiramente relevante determinar *que função do Estado* responde perante o particular? Mais uma vez, dependerá, à primeira vista, da perspectiva que se adopte. De um prisma estritamente comunitário, constituindo a teoria da responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário um corpo único de pressupostos, o apuramento da função concreta é irrelevante: é sempre o Estado a *dar a cara*, independentemente das vestes em que se encontre (cfr. o caso *Dillenkoffer*)³². Em contrapartida, de um prisma nacional, e contextualizando agora o problema no quadro do RRCEE, a determinação da função poderá fazer toda a diferença, não só quanto à imputação, como relativamente ao *quantum* indemnizatório. Basta ter presente normas como o artigo 13º/1, que exige uma decisão “manifestamente inconstitucional ou ilegal”; ou o artigo 15º/1, que circunscreve os danos indemnizáveis por facto da função legislativa aos danos “anormais”; ou ainda o nº 5 do mesmo preceito, que omite a referência à omissão de medidas de transposição/execução de normas comunitárias... Ou seja, aparentemente, a função administrativa é aquela que permite uma mais fácil e plena responsabilização.

Perante estas interrogações, como responde o RRCEE? Veremos de seguida.

3. A efectivação da responsabilidade por violação do Direito Comunitário, apesar da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro

Antes de mais, cumpre retomar a questão prévia que se enunciou em **0.**, sobre a necessidade ou desnecessidade de o RRCEE fazer menção ao Direito Comunitário. Reitera-se a afirmação de que, em vez das referências erráticas que o diploma incorpora, melhor seria ter consagrado um artigo ao problema, remetendo para os critérios do TJCE o apuramento da responsabilidade e estabelecendo um mecanismo processual de controlo. Não tendo procedido desta forma, a leitura do RRCEE permite duvidar se:

- há responsabilidade da Administração por violação do Direito Comunitário, por acção e por omissão;

³² Em Acórdão de 17 de Abril de 2007 — A.G.M.-COS.MET Srl —, o TJCE, confrontado com uma situação de responsabilidade funcional de um agente do Estado finlandês obtemperou que “in the event of a breach of Community Law, Community Law does not preclude an official from being held liable in addition to the Member State, **but does not require it**” (caso C-470/03, §99) — realçado nosso. Ou seja, o Tribunal é alheio ao modelo de responsabilização das entidades públicas existente, desde que ele promova a plena tutela ressarcitória do lesado em condições análogas (ou nunca menos favoráveis) às que o ordenamento nacional prevê.

- há responsabilidade do Juiz por violação do Direito Comunitário, em razão de deficiente interpretação ou ignorância da obrigação de reenvio;

- há responsabilidade do Legislador por violação do Direito Comunitário, por omissão — e nos casos de violação por acção, como se efectiva e se articula com o limite do *dano anormal*.

Julgamos que estas dúvidas devem resolver-se no sentido de viabilizar a efectivação da responsabilidade do Estado em qualquer das suas três vertentes por violação do Direito Comunitário *apesar* da confusão introduzida pelos excessos e defeitos do texto legal. A vinculação de Portugal ao bloco de legalidade alargada que constitui o ordenamento comunitário (artigos 7º/6 e 8º/3 e 4 da CRP; 10 do Tratado de Roma) conduz o intérprete/aplicador do RRCEE a fazer uma interpretação correctiva (ou abrogante?) deste, deferindo aos tribunais administrativos de círculo — os competentes para julgar todas as acções de responsabilidade [artigo 4º/1/g) e (salvo) 3/a) do ETAF] — os critérios de efectivação da responsabilidade, em articulação com o TJCE. Sublinhe-se que estes critérios são independentes daqueles que os tribunais utilizam no julgamento de acções de responsabilidade por violação de Direito interno (ou de regras técnicas), *preferindo-lhes sempre que se trate de questões que envolvam incumprimento de obrigações comunitárias*.

Esta opção vai ao encontro — ou não entra em colisão com — dos *princípios da equivalência* e da *efectividade*, fixados pelo TJCE no Acórdão *Francovich*. Com efeito, a remeter assim as referências contidas no RRCEE ao Direito Comunitário para um plano ilusório, as condições (estabelecidas na legislação nacional em matéria de reparação de danos) não se revelam menos favoráveis do que as que dizem respeito a reclamações semelhantes de natureza interna, e não são organizadas de forma a tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil a obtenção da reparação... porque na realidade, não ganhando qualquer consistência, é como se não existissem. Melhor seria, claro, ter o legislador *separado as águas* e incluído uma disposição exclusivamente dedicada ao Direito Europeu, como avançámos em **0..** Porém, na ausência desta e sob pena de inviabilizar quase por completo a responsabilização do Estado naquele plano, com prejuízo para a tutela efectiva e para a posição do Estado português perante a Comunidade, melhor será que se *desmediatize* os princípios de responsabilização do diploma interno e se *filie directamente* os mesmos nos princípios da lealdade e da tutela efectiva³³.

³³ Não ignoramos que esta proposta de leitura habilidosa poderá não convencer o TJCE se confrontado com o quadro formal do RRCEE, pois a falta de clareza deste é susceptível, de comprometer pelo menos o princípio da efectividade.

Aceitando-se esta premissa — ou seja, que o RRCEE não deixa inequívoca a via de responsabilização das várias funções do Estado, *mas é como se deixasse* —, algumas questões procuram resposta:

- i.) No plano da responsabilidade por facto da função administrativa, quem responde em caso de falta grave/dolo?
- ii.) No plano da responsabilidade por facto da função jurisdicional, como articular a “prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente”, exigida pelo artigo 13º/2, com o imperativo de responsabilização estabelecido pelo TJCE?
- iii.) No plano da responsabilidade por facto da função legislativa, está a omissão de medidas legislativas de concretização do Direito Comunitário coberta pelo artigo 15º? Como opera (de resto, a resposta valerá também para a violação por acção)? Fica restringida aos danos anormais ou abrange qualquer dano?

A resposta à primeira questão assenta decisivamente na circunscrição dos critérios de aferição da responsabilidade à jurisprudência do TJCE e ao facto de este remeter, em regra³⁴, a *apropriação* dos factos pela pauta de responsabilidade por si gizada para o tribunal nacional³⁵. Por outras palavras, apelando exclusivamente aos critérios do TJCE, o tribunal nacional apura (ou limita-se a declarar) se há ou não responsabilidade — sempre imputável à pessoa colectiva, mesmo havendo dolo ou culpa do funcionário, uma vez que, para a justiça comunitária, o problema do regresso não releva. “Falta”, “violação manifesta”, “violação suficientemente caracterizada”, são noções de imputação objectiva, à pessoa colectiva da qual provém a actuação lesiva. Se houve culpa do funcionário, isso é um aspecto que concerne às relações interorgânicas, alheio aos intuitos de efectivação da tutela efectiva e de salvaguarda (indirecta) do princípio da uniformidade por parte do TJCE.

Claro que, se na acção de responsabilidade apreciada pelo tribunal administrativo, a pessoa colectiva é a única ré demandada, e não chama à demanda o funcionário, a condenação basear-se-á em falta leve (sob pena de violação dos princípios do contraditório e da tutela efectiva do funcionário eventualmente responsabilizável mas não presente em juízo) e não haverá qualquer hipótese de exercício do direito de regresso. Já se há litisconsórcio passivo, e se o juiz nacional apurar que além de haver falta, ela foi grave, então o regresso deverá acontecer, em acção posterior. Finalmente, se só o funcionário estiver em juízo — hipótese pouco credível em acções deste tipo —, problemático poderá ser

³⁴ Por vezes, o TJCE, em processos de reenvio, considera-se competente, por deter todos os elementos necessários à imputação (ou não), para afirmar a responsabilidade do Estado — cfr. o caso *British Telecommunications*, cit., §42.

³⁵ Cfr. o §45. do Acórdão *Francovich*.

se o TJ entende haver falta da Administração, mas o tribunal nacional a considerar leve, ficando o réu isento de responsabilidades. O particular terá que propor nova acção contra a pessoa colectiva e invocar a jurisprudência comunitária para obter ressarcimento do dano sofrido.

Em qualquer caso, o dano será indemnizável pela totalidade, conforme o Tribunal teve oportunidade de afirmar no Acórdão *Brasserie* (§90), e a condenação não se traduz automaticamente em compensação pecuniária. De facto, não só o Acórdão *Palmisani*, referenciado *supra*, suporta essa conclusão, como o artigo 3º/2 do RRCEE (e o artigo 566º/1 do CC) aponta para essa possibilidade. Na certeza, porém, de que, a não ser física ou juridicamente possível a reconstrução retroactiva da posição jurídica do lesado, em virtude de invocação de causa legítima de inexecução pela Administração, a indemnização deverá cobrir todos os danos sofridos, sob pena de restrição intolerável do direito à indemnização, proibida pelo Acórdão *Francovich* (§43.).

No que toca à segunda questão, pode sempre começar-se por duvidar da exigência da “prévia revogação da decisão danosa” no domínio do Direito Comunitário. Na verdade, tal faz sentido para as situações em que a errada interpretação da norma comunitária é feita pelo tribunal de comarca ou mesmo de segunda instância e há revogação da decisão por tribunal superior, repondo a conformidade com a legalidade comunitária. Todavia, quando a falha é perpetrada por tribunal superior, ou não é emendada por este, o pressuposto da prévia revogação deve ceder perante a necessidade de apurar responsabilidade da função jurisdicional à luz dos princípios do Direito Comunitário (eventualmente a acrescer à administrativa, derivada de não aplicação ou errada interpretação da norma comunitária — situação que deu origem ao litígio). Note-se que o TJCE se alheia do problema da subsistência da decisão lesiva, desde logo por razões que se prendem com o respeito pela autonomia processual dos Estados-membros (que deverão consagrar mecanismos que permitam rever a decisão sem afectação do princípio do caso julgado)³⁶. De todo o modo, no limite poder-se-á conceber a existência de uma acção de condenação por facto da função jurisdicional *apesar da subsistência do caso julgado* se pensarmos apenas na vertente compensatória — e não primacialmente reconstitutiva — da indemnização.

Permanecendo no ordenamento a decisão lesiva, natural será que o tribunal administrativo junto do qual é proposta a acção questione o TJCE em reenvio prejudicial — por se tratar da avaliação da conduta de um tribunal superior e pretender obter um

³⁶ No nosso caso, o instituto mais adequado seria o recurso de revisão — mas não com os moldes em que está previsto na nova alínea f) do artigo 77º1 do CPC, claramente pensada para efectuar a revisão de decisões judiciais contrárias à CEDH, na sequência de acórdãos prolatados pelo Tribunal de Estrasburgo. Desenvolvidamente sobre este ponto, Maria José RANGEL DE MESQUITA, **O regime de responsabilidade...**, *cit.*, pp. 73 segs, *max.* 86.

respaldo para a sua decisão na acção de responsabilidade. Uma vez confirmada a violação manifesta do Direito Comunitário pelo Tribunal do Luxemburgo, o tribunal nacional terá *carta branca* para condenar o Estado, podendo eventualmente “adjectivar” a falta cometida pelo julgador — facto que relevará não só para ajustar o montante indemnizatório, mas também para futuro exercício do regresso contra o magistrado (cfr. o artigo 14º/1 do RRCEE).

Ou seja:

a.) por um lado, haverá situações em que o tribunal de comarca, embora alertado pela parte para a necessidade de interpretação conforme ao Direito Comunitário ou mesmo para a invalidade da norma eurocomunitária, não procede ao reenvio para o TJCE (de resto, não é a isso obrigado pelo artigo 234 do Tratado de Roma). O tribunal superior, no entanto, corrige a solução, ou procedendo ao reenvio ou dispensando-o, quer recorrendo a jurisprudência constante do TJ, quer valendo-se dos seus próprios recursos hermenêuticos. Danos provocados ao particular pela decisão de 1ª instância poderão, assim, ser invocados em acção de responsabilidade interposta junto dos tribunais administrativos;

b.) por outro lado, surgirão casos de reiterada incorrecta interpretação de normas de Direito Comunitário, ou de aplicação de Direito interno em desconformidade com este que, ou por as decisões não serem passíveis de recurso, ou por os tribunais superiores não procederem ao reenvio nem corrigirem, por si sós, a solução, ficariam impunes à luz da exigência de prévia revogação. Caberá aos tribunais administrativos onde for proposta a acção avaliar a falta, tendencialmente com a intervenção do TJCE (sobretudo se se tratar de falhas imputadas a tribunais superiores), aplicando os critérios da jurisprudência *Francovich* e *Brasserie*, especificamente direccionados para a função jurisdicional nos Acórdãos *Köbler* e *Traghetti*.

Uma hipótese em que a intervenção do TJCE no seio da acção indemnizatória é inquestionavelmente dispensável verifica-se quando pré-existe uma condenação do Estado pelo TJCE em sede de acção por incumprimento desencadeada a propósito do caso *sub judice*, ou de vários processos envolvendo a mesma norma comunitária. O acórdão que atesta o incumprimento deverá *equiparar-se* à revogação da decisão danosa para efeitos de propositura de acção de responsabilidade — embora, em bom rigor, a decisão jurisdicional interna se mantenha intocada, quer em homenagem ao princípio da intangibilidade do caso julgado, quer em virtude da especificidade do objecto da acção por incumprimento.

Neste domínio, as considerações que expendemos a propósito da reconstituição da situação actual hipotética como objectivo primordial das acções de efectivação da

responsabilidade cedem perante o princípio da intangibilidade do caso julgado. No que tange as acções de responsabilidade por facto da função jurisdicional e perante a subsistência da decisão lesiva (em casos de inadmissibilidade, pelo ordenamento, da sua revisão), apenas é possível exigir reparação pecuniária do prejuízo sofrido.

A propósito da terceira questão também já nos debruçámos em reflexão anterior³⁷, sublinhando a complexidade de aplicação do artigo 15º do RRCEE às acções e omissões legislativas em violação do Direito Comunitário. De facto, embora o legislador tenha inserido a referência à responsabilidade do Estado por emissão de diplomas em desconformidade com o Direito Comunitário (originário e derivado) no nº 1 do artigo 15º, a conjugação com o nº 2 reduz o padrão de desconformidade às normas do Tratado de Roma e Tratados de revisão deste ("convenção internacional") — deixando de fora uma miríade de actos, nomeadamente regulamentos e directivas (porventura por pretender preservar a articulação entre esta norma e o artigo 70º/1/i) da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional)..

As dificuldades não terminam, todavia, aqui — dir-se-á que apenas começam...: ao suscitar a intervenção do Tribunal Constitucional, o RRCEE parece pressupor que a Alta Instância de controlo da constitucionalidade aceita formular um juízo de conformidade ou desconformidade do direito interno com o Direito Comunitário — o que, claramente, não acontece. Na perspectiva do Tribunal Constitucional, tratar-se-á de um problema de inconstitucionalidade indirecta, insindicável — posição primeiramente afirmada no Acórdão 326/98 e reiterada posteriormente³⁸. 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.

Perante este quadro, das duas, uma: ou o tribunal administrativo solicita a pronúncia do Tribunal Constitucional — caso a violação do Direito Comunitário seja entendida *também* como uma violação da Lei Básica (que consumirá a primeira, se ficar provada, e isso bastará³⁹; que deverá redundar num reenvio prejudicial, se não existir violação de norma ou princípio constitucional); ou o tribunal administrativo, perante uma violação

³⁷ Carla AMADO GOMES, **As novas responsabilidades dos tribunais administrativos na aplicação da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro: primeiras impressões**, in *Três textos sobre o novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, Lisboa, 2008, pp. 95 segs, 129 segs.

³⁸ Cfr. Maria Luísa DUARTE e Carla AMADO GOMES, **O Tribunal Constitucional português e a garantia de aplicação do Direito da União Europeia**, em curso de publicação nos *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, ponto 2..

³⁹ Confessamos a nossa hesitação neste ponto, uma vez que a consumpção poderá acarretar a aplicação exclusiva dos critérios nacionais, mais restritivos do que os comunitários. A solução passará por utilizar a bitola comunitária, embora sem consulta do TJCE.

estrita do Direito Comunitário, procede ao reenvio ou constata por si mesmo existir violação do Direito Comunitário, e julga a acção de responsabilidade (sendo certo que pode não reenviar por não se considerar a tanto obrigado⁴⁰; mas se a recusa de reenvio pelo Tribunal Central Administrativo, em recurso, redundar em diminuição das garantias do particular, surgirá nova fonte de responsabilização do Estado).

Para além do problema das violações por acção, todas as omissões do Estado em face de obrigações de legislar impostas pelos compromissos comunitários — *maxime*, de transposição, completa e atempada, de directivas — são olímpicamente ignoradas pelo RRCEE. Dir-se-ia que aí a situação é mais grave, na medida em que o legislador nem alude ao problema da inexecução de tarefas legislativas impostas pelo Direito Comunitário, remetendo-se às omissões inconstitucionais no sentido restrito que decorre do artigo 283º da CRP.

Neste domínio, contudo, e na senda da consideração do RRCEE como um *livro das ilusões*, julgamos que o legislador até andou melhor não se tendo pronunciado, pois o seu silêncio deixa caminho livre à aplicação da jurisprudência do TJCE⁴¹. E esta é muito generosa, uma vez que nem sequer exige a condenação do Estado em acção por incumprimento como condição de efectivação da responsabilidade por omissão legislativa⁴², *bastando-se*, por um lado, com a constatação da impossibilidade, quer de aplicar imediatamente as normas eurocomunitárias, quer de realizar interpretação conforme da norma nacional e, por outro lado e subsequentemente, com a verificação dos critérios estabelecidos nos Acórdãos *Francovich* e *Brasserie du Pêcheur*.

O sucesso da acção administrativa comum de efectivação de responsabilidade do Estado por omissão de medidas legislativas que obstem à plena e uniforme aplicação do Direito Comunitário dependerá, desta feita, da invocação de uma pronúncia do TJCE no sentido da inoperacionalidade da norma comunitária em causa, não necessariamente num processo em que o autor tenha intervindo. Esta pronúncia tanto pode traduzir-se

⁴⁰ Deverá ter-se em consideração a alçada do tribunal administrativo de círculo para aferir da obrigação a que alude o artigo 234 do Tratado de Roma.

⁴¹ Numa leitura mais realista, Maria José RANGEL MESQUITA (**Responsabilidade por incumprimento do Direito da União Europeia imputável à função legislativa: o passado e o futuro, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Novembro de 2007**, in CJA, nº 72, pp. 10 segs, 14) entende ser esta situação contrária ao Direito da União Europeia. Todavia, também a Autora reconhece que a omissão do legislador não pode impedir, na prática, a efectivação da responsabilidade do Estado legislador que omite a emissão de medidas legislativas de implementação do Direito da União Europeia — embora a redacção do RRCEE dificulte a tarefa do julgador (p. 15).

⁴² Cfr. Acórdão *Brasserie*, §93. Conforme sublinha Denys SIMON, embora as acções de responsabilidade não dependam da prévia condenação por incumprimento, a constatação prévia do incumprimento contribui para estabelecer o grau de ilicitude da acção ou omissão das autoridades nacionais — **La responsabilité de l'État saisie par le droit communautaire**, in *AJDA*, 1996/7-8, pp. 489 segs, 493 (v. também pp. 496-497).

num acórdão condenatório em acção por incumprimento relativa a omissão de medidas legislativas quanto à norma comunitária em causa, como num acórdão em sede de reenvio prejudicial interpretativo efectuado por um tribunal português, a propósito da mesma norma, constatando a omissão legislativa.

No que toca à limitação fixada pelo RRCEE relativamente aos danos anormais, mais uma vez terá de se proceder a uma operação de “preferência aplicativa” da jurisprudência do TJCE, que propugna, *a priori*, a indemnização de todos os danos, independentemente da sua natureza ou do número de sujeitos envolvidos. No entanto, se esta afirmação é válida num plano puramente teórico, o TJCE entreabre uma possibilidade de imposição de limites aos montantes indemnizatórios “em razão de importantes consequências financeiras desvantajosas para os Estados-membros” (§91. do Acórdão *Brasserie*)⁴³.

Certo parece ser, em qualquer das modalidades de responsabilidade, o aumento de reenvios prejudiciais para o TJCE pelos tribunais administrativos de círculo⁴⁴. É manifesto o embaraço de um julgador de primeira instância em face da alegação de uma falha — manifesta — de interpretação ou aplicação do direito comunitário por qualquer órgão do Estado, *maxime* se legislador ou juiz. Na ausência de atribuição a uma jurisdição superior e eventualmente em secção especializada da apreciação destes pedidos, o acréscimo de reenvios interpretativos surge como consequência natural e mesmo recomendável, sob pena de os tribunais superiores, enveredando por atitudes de sobrançeria face ao TJCE, persistentemente inviabilizarem as pretensões indemnizatórias em via de recurso. Correlativamente, a arquitectura do próprio contencioso comunitário terá, mais tarde ou mais cedo, de responder eficazmente a este aumento, redistribuindo a competência de apreciação de pedidos de reenvio prejudicial entre o TJCE e o Tribunal de Primeira Instância — como, de resto, o artigo 225/3 do Tratado de Roma admite (mas o Estatuto do TJ, por ausência de vontade política dos Estados, ainda não concretizou)⁴⁵.

⁴³ Ressalva que Carlos FERNANDES CADILHA considera neutralizar a contrariedade que poderia existir entre o pressuposto de dano anormal fixado pelo RRCEE e a jurisprudência comunitária (**Regime da responsabilidade civil...**, *cit.*, p. 268). Em contrapartida, Maria José RANGEL MESQUITA (**Responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União Europeia: um princípio com futuro, Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 6 de Março de 2003 (Agravos 0650624)**), *in CJA*, n.º 60, pp. 60 segs, 68) manifesta-se muito céptica quanto à compatibilidade entre os dois.

⁴⁴ Chamando a atenção para este aspecto, sobretudo após o Acórdão *Köbler*, Peter WATTEL, **Köbler, Cilfit and Welthgrove: we can't go on meeting like this**, *in CMLR*, 2004/1, pp. 177 segs, 179-182.

⁴⁵ Ver também os artigos 35 do TUE (reservando para o TJCE a competência de apreciação de questões prejudiciais em sede de cooperação em matéria de assuntos internos), e 23 e 23A do Estatuto do TJ (regras processuais).

Lisboa, Março de 2009

CARLA AMADO GOMES

Prof^a Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Prof^a Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa