

Secção Autónoma de Direito

**A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração  
por Facto Ilícito: Entre o Direito Português e a  
Jurisprudência da União Europeia**

Sara Margarida Pires Baptista

Tese submetida como requisito parcial para obtenção do grau de  
Mestre em Direito - “Novas Fronteiras do Direito”

Orientador:

Doutor António Goucha Soares, Professor Associado  
ISEG-UTL

Co-orientador(a):

Doutora Maria Eduarda Gonçalves, Professora Catedrática  
ISCTE-IUL

Dezembro, 2009

## **RESUMO**

Este trabalho pretende constituir um estudo comparativo entre o princípio da responsabilidade dos Estados-Membros por violação ou incumprimento do Direito da União Europeia, tal como estabelecido pelo Tribunal de Justiça, e o regime português de responsabilidade civil dos poderes públicos, no que respeita aos actos e omissões ilícitos imputáveis à Administração Pública nacional.

Quase 20 anos decorridos sobre o Acórdão do caso *Francovich*, Portugal aprovou legislação interna que evidentemente não é compatível com algumas das condições decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça e parece mesmo ter ignorado esta última.

De acordo com o princípio do primado, essas condições são aplicáveis.

É previsível, no entanto, que os lesados venham a confrontar-se com problemas na obtenção da reparação dos danos sofridos, decorrentes da necessária e pouco clara aplicação conjugada de ambos os regimes, comunitário e nacional, quanto às condições e procedimentos.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Nacional; Europeização; Jurisprudência *Francovich*; Responsabilidade civil extracontratual dos poderes públicos; Responsabilidade do Estado; Violação do Direito Comunitário.

## **ABSTRACT**

This paper aims to provide a comparative study of the principle of Member State liability for breaches or infringements of European Union Law, as established by the European Court of Justice, and the Portuguese public tort law, concerning unlawful acts or omissions attributable to the national public administration.

Almost twenty years after the *Francovich* judgment, the Portuguese Republic approved a public tort law, which evidently does not comply with some of the conditions of the European Court of Justice case-law and seems to have ignored its existence.

Notwithstanding, under the principle of primacy, those conditions shall apply.

It is foreseeable, although, that the injured parties might face difficulties obtaining reparation of damages, due to the necessary and unclear mixed application of both Community and national legal conditions and procedures.

**KEYWORDS:** Breach of Community Law; Europeanisation; *Francovich* principle; National Administration; Public tort law; State liability.

## **ABREVIATURAS**

CPTA - Código de Processo nos Tribunais Administrativos (aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro)

CRP – Constituição da República Portuguesa

RRCEE - Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)

TCE - Tratado que institui a Comunidade Europeia

TCECA – Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

TCEEA - Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atómica

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJ - Tribunal de Justiça

TUE - Tratado da União Europeia

## **ÍNDICE**

INTRODUÇÃO .....	1
CAPÍTULO 1 - A APLICAÇÃO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA PELA ADMINISTRAÇÃO NACIONAL .....	5
1. A Administração Pública Dos Estados-Membros Como Administração Comunitária ou Administração da união europeia .....	5
2. Princípios Orientadores e Conformadores da Interpretação e Aplicação do Direito da União Europeia pela Administração Pública Nacional .....	9
3. O Fenómeno da Europeização e a Responsabilidade civil extracontratual .....	12
CAPÍTULO 2 - O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DOS ESTADOS-MEMBROS POR INCUMPRIMENTO OU VIOLAÇÃO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA .....	16
1. Antecedentes .....	16
2. A afirmação do Princípio com Carácter Geral: Os Acórdãos Francovich e Brasserie du Pêcheur .....	19
3. O Desenvolvimento e Aprofundamento do Princípio .....	25
3.1. As Diversas Funções do Estado: Aplicação do Princípio aos Poderes Legislativo, Executivo e Judicial .....	26
3.2. Questões Relativas às condições ou pressupostos da responsabilidade do Estado-Membro e à Obrigação de Indemnizar .....	33
3.2.1. A Primeira Condição .....	34
3.2.2. A Segunda Condição .....	35
3.2.3. A Terceira Condição .....	39
3.2.4. Os Danos ou Prejuízos e a Obrigação de Indemnizar .....	43
3.2.5. Responsabilidade Solidária com o Estado .....	45
CAPÍTULO 3 – O DIREITO PORTUGUÊS EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR FACTO ILÍCITO PRATICADO NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA .....	48
1. O Regime Jurídico Anterior: Decreto-Lei N.º 48.051, De 21 de Novembro de 1967. A Constituição de 1976. Aspectos Gerais .....	48
2. O RRCEE, aprovado pela Lei N.º 67/2007, de 31 de Dezembro. Aspectos gerais .....	56

2.1. Facto Ilícito .....	59
2.2. Culpa .....	63
2.3. Dano .....	65
2.4. Nexo de Causalidade .....	66
2.5. Sujeitos do Dever de Indemnizar .....	67
2.6. Culpa do Lesado.....	71
2.7. A Primeira Alteração Legislativa ao RRCEE .....	74
CAPÍTULO 4 - DA ARTICULAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNO PORTUGUÊS E A JURISPRUDÊNCIA DO TJ.....	77
1. As Omissões e Incoerência Interna do RRCEE. A Desconformidade com a Jurisprudência da União Europeia.....	77
2. Da Aplicação do Regime Consagrado na Jurisprudência da União Europeia: Complementaridade ou Primazia face ao Regime Interno? .....	87
3. Problemas de Aplicação do Direito da União Europeia pela Administração Pública Portuguesa na Perspectiva da sua Responsabilidade.....	93
3.1. Tratados, Regulamentos e Directivas .....	93
3.2. Responsabilidade da Administração vs. Responsabilidade do Legislador.....	101
CONCLUSÃO .....	111
BIBLIOGRAFIA.....	116
REFERÊNCIAS DE JURISPRUDÊNCIA DO TJ .....	120
ANEXO.....	123

## **INTRODUÇÃO**

A matéria da responsabilidade civil extracontratual dos Estados por danos causados aos particulares em virtude de violação ou incumprimento do Direito da União Europeia sempre esteve envolta em alguma polémica, visto tratar-se de uma área sensível, não só por poder considerar-se que pode por em causa, numa certa perspectiva, a actuação soberana dos poderes públicos dos Estados, como pelas implicações financeiras que pode acarretar.

Em 1991, a responsabilidade dos Estados-Membros foi afirmada, enquanto princípio geral, pelo TJ, que o considerou “inerente ao sistema do Tratado”<sup>1</sup>, mas a sua observância e a conformidade das legislações nacionais com o mesmo continua a levantar inúmeras questões.

Desde então, o princípio foi desenvolvido, pelo próprio TJ e pela doutrina, nunca tendo chegado, no entanto, a conhecer consagração expressa nos textos dos Tratados constitutivos.

A situação não se alterou com o Tratado de Lisboa, que recentemente iniciou a sua vigência, pelo que toda a construção pretoriana e doutrinária sobre a matéria se mantém perfeitamente válida.

No caso português, que iremos analisar apenas na vertente dos factos ilícitos de gestão pública, praticados no exercício da função administrativa, não obstante o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, que doravante designaremos abreviadamente por RRCEE, ter procedido, há cerca de dois anos apenas, a uma muito aguardada reforma do anterior regime da responsabilidade civil pública, que datava, no essencial, da década de 60 do passado século, o legislador ordinário terá perdido uma excelente oportunidade de compatibilização com o referido princípio, tendo-se, ao invés, enredado numa teia de confusão legislativa, indigna dos sistemas jurídicos hodiernos.

O problema subjacente ao trabalho que nos propomos desenvolver pode resumir-se, no essencial, às seguintes interrogações:

---

<sup>1</sup> Referindo-se ao TCE.

*O regime jurídico português relativo à responsabilidade civil extracontratual do Estado por factos ilícitos praticados no exercício da função administrativa é conforme à jurisprudência comunitária ? Como se conciliam os dois regimes?*

Principiaremos, no Capítulo 1, como não poderia deixar de ser, e porque só com esse enquadramento será possível entender plenamente a problemática subjacente à responsabilidade da Administração Pública portuguesa por violação do Direito da União Europeia, por situá-la no processo de integração europeu, evidenciando o importante papel pela mesma desempenhado, bem como as dificuldades e desafios que tal posição acarreta, face à inexistência, nos Tratados, de mecanismos formais semelhantes ao reenvio prejudicial (ex-art.º 234.º do TCE, a que corresponde o art.º 267.º do TFUE), e à necessária observância e conciliação de um amplo conjunto de princípios da ordem jurídica comunitária.

De igual modo, será necessário proceder a uma breve referência ao fenómeno da  *europeização*, e à sua vertente de conformação dos ordenamentos jurídicos internos, fenómeno esse que se regista em diversos domínios, um dos quais precisamente o da responsabilidade estadual perante os particulares por actuações dos poderes públicos nacionais, lesivas de direitos conferidos pelo Direito da União Europeia.

Estabelecido este quadro base do problema que orientará este trabalho, cumprirá fazer uma análise da afirmação e desenvolvimento do princípio da responsabilidade dos Estados-Membros, tendo por base não só os inúmeros acórdãos proferidos pelo TJ sobre esta temática, ainda que sem pretensões de exaustividade e fixando a nossa atenção naqueles que considerámos mais relevantes, bem como na doutrina que sobre estes se tem pronunciado, análise essa centrada nas condições da responsabilidade e no seu alargamento a todas as funções do Estado. Este será o objecto do Capítulo 2. A recolha de acórdãos foi efectuada até 24 de Março de 2009, data do Acórdão proferido no caso *Danske Slagterier*.<sup>2</sup>

Paralelamente, proceder-se-á à abordagem do regime jurídico português, começando por uma breve referência à legislação anteriormente vigente e ao enquadramento constitucional da matéria, para passar, então, à análise do RRCEE . Serão identificadas posições doutrinárias, quer sobre o regime anterior, na medida em

---

<sup>2</sup> Processo C-445/06.



que ainda mantenham actualidade face à legislação vigente, quer referentes ao RRCEE, recorrendo igualmente a alguma jurisprudência nacional, administrativa e constitucional, com especial incidência sobre os pressupostos da responsabilidade por facto ilícito praticado no exercício da função administrativa e sobre os sujeitos da obrigação de indemnizar. Este será o objecto do terceiro Capítulo deste estudo.

Por fim, e com o objectivo de responder às interrogações que motivam este trabalho, o Capítulo 4, já com uma vertente conclusiva, será dedicado a uma análise comparativa dos regimes comunitário e nacional, a fim de aferir da respectiva compatibilidade ou incompatibilidade e, neste último caso, evidenciar problemas que se coloquem à efectivação da responsabilidade do Estado por facto ilícito imputável à Administração gerador de danos na esfera jurídica dos particulares, que consista em violação do Direito da União Europeia, e ao funcionamento dessa responsabilidade, designadamente em termos de pressupostos e sujeitos do dever de indemnizar.

A análise terá em conta apenas o regime geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado por facto ilícito imputável à função administrativa, não abrangendo problemas específicos de regimes especiais (nomeadamente tributário), nem a responsabilidade pelo risco ou pelo sacrifício ou por factos praticados no exercício de outras funções do Estado. Por outro lado, apenas ficarão abrangidos os factos que se situem no âmbito da actividade de gestão pública da Administração, regida pelo RRCEE. Ter-se-á em conta essencialmente, no plano interno, a actividade desenvolvida pelos serviços integrantes da administração directa do Estado.

Quanto à terminologia utilizada, uma advertência. Ao longo deste trabalho referir-nos-emos, em algumas situações, ao “Direito Comunitário”, à “ordem jurídica comunitária” ou termos similares. Ora, não se desconhece que, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa se operou uma modificação na *arquitectura* da União Europeia, desaparecendo a *estrutura de pilares* instituída com o Tratado de Maastricht, de entre os quais o primeiro era o pilar comunitário, sendo extinta a Comunidade Europeia, enquanto entidade autónoma, que é *absorvida* ou *fundida* com a já existente União Europeia, que lhe sucede, nos termos do novo art.º 1.º (§ 3) do TUE, e assumindo esta a personalidade jurídica que àquela outrora pertencera. Muitos autores têm vindo já, desde há algum tempo, a abandonar as referências ao termo “comunitário”, tendo-as substituído por referências à União Europeia ou ao Direito da União Europeia. Porém, aquelas expressões têm, por um lado, um carácter histórico, e,

como tal, não poderão deixar de ser utilizadas em determinadas circunstâncias e, por outro, não se crê que as mesmas venham a cair, pura e simplesmente, em desuso, nem que se venham a mostrar incorrectas face à realidade que se pretende com elas designar. Realmente, o léxico da União Europeia terá que continuar a admiti-las, desde logo porque as Comunidades não foram totalmente extintas, mantendo-se a CEEA, nos termos do Protocolo n.º 2 anexo ao Tratado de Lisboa. E é de notar, a título de exemplo, que, em simultâneo com a aprovação do Tratado de Lisboa, foi adoptada pela Conferência Intergovernamental a Declaração n.º 17, “sobre o primado do direito comunitário”, tendo aí sido mantida aquela terminologia.

Também o legislador nacional, tanto na redacção originária do RRCEE, como na Lei n.º 31/2008 que o alterou (esta segunda aprovada já após a assinatura do Tratado de Lisboa) continua a fazer (ainda que escassamente, como se demonstrará) referência ao “Direito Comunitário” e não ao Direito da União Europeia.

Assim, ao longo do trabalho as referências a “Direito Comunitário” ou “ordem jurídica comunitária” e similares e “Direito da União Europeia” ou “ordenamento jurídico da União Europeia” serão utilizadas indistintamente e pretendendo referir a mesma realidade.

Uma outra questão de terminologia: o RRCEE refere-se, no âmbito dos factos praticados no exercício da função administrativa, aos titulares de órgãos, funcionários ou agentes. Porém, posteriormente à sua entrada em vigor, e com a aprovação da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, surge como modalidade generalizada de constituição de relação jurídica de emprego público o contrato de trabalho em funções públicas, regulado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro. Também os trabalhadores vinculados à Administração Pública nesta modalidade ficarão abrangidos pelo RRCEE, pelo que a eles nos referiremos conjuntamente com os titulares de órgãos, funcionários ou agentes.

## **CAPÍTULO 1 - A APLICAÇÃO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA PELA ADMINISTRAÇÃO NACIONAL**

### ***I. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DOS ESTADOS-MEMBROS COMO ADMINISTRAÇÃO COMUNITÁRIA OU ADMINISTRAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA***

O Direito da União Europeia, quer se trate de normas previstas nos Tratados constitutivos, quer de normas emanadas das Instituições Comunitárias, é objecto de aplicação e execução, não só pelo aparelho administrativo da própria União Europeia, no âmbito daquilo que tem sido designado como *administração directa*, mas também, e diríamos mesmo, essencialmente, pela Administração Pública dos diversos Estados-Membros, na modalidade de *administração indirecta, instrumental ou desconcentrada*.<sup>3</sup>

Aliás, a Declaração n.º 43 anexa ao Tratado de Amesterdão, respeitante ao Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, reconhecia precisamente que “(...) a aplicação do direito comunitário no plano administrativo cabe em princípio aos Estados-Membros, nos termos do respectivo ordenamento constitucional”.

Nesse contexto, as Administrações nacionais têm sido muitas vezes injustamente subvalorizadas.

Efectivamente, ao contrário do que sucede com os tribunais nacionais, cuja visibilidade enquanto parte do sistema jurisdicional comunitário é indiscutível, e com o poder legislativo, cuja competência para a adaptação do direito nacional ao Direito da União Europeia é sobejamente conhecida e se encontra, até, em alguns casos, constitucionalmente consagrada<sup>4</sup>, as Administrações Públicas são muitas vezes esquecidas, como se votadas a um papel supostamente dotado de menor relevância na aplicação do Direito dos Tratados comunitários e do Direito emanado das Instituições

---

<sup>3</sup> A par destas duas modalidades de aplicação e execução administrativa do Direito da União Europeia, encontram-se ainda *formas mistas e procedimentos administrativos compostos*, em que se verifica uma concorrência da actuação da Administração Pública dos Estados-Membros e das Instituições e organismos da União Europeia. Veja-se, com desenvolvimento, MOLINA (2000: 145 e segs.), QUADROS (2004a: 505 e segs.) e ANTUNES (2008:79-80).

<sup>4</sup> Em Portugal, veja-se o art.º 112.º, n.º 8 da CRP.

por eles criadas, sendo muitas vezes vistas como meras executoras de normas e procedimentos previamente definidos.

A verdade é que as Administrações Públicas dos Estados-Membros têm assumido uma importância que se afigura crucial ou “indispensável”<sup>5</sup> no processo de integração europeu, uma vez que são, contrariamente ao pensamento enraizado, as principais intérpretes e aplicadoras do Direito da União Europeia<sup>6</sup>, assumindo mesmo uma importância que se poderá considerar que ultrapassa a do legislador e órgãos jurisdicionais nacionais.<sup>7</sup>

A posição em que se encontram as Administrações Públicas nacionais na aplicação do Direito da União Europeia tem como consequência necessária um conjunto de transformações por estas sofridas, não só ao nível do alargamento do leque das suas competências materiais, como à alteração de métodos e regras procedimentais, alteração de estruturas organizativas, reformulação do sistema de garantias dos particulares<sup>8</sup>, entre outros<sup>9</sup>.

Como tal, assiste-se a um “desdobramento funcional” dos órgãos de execução desse Direito, ou seja, a que “(...) as pessoas colectivas públicas, os órgãos e os agentes nacionais nos apareçam também como «*entidades administrativas comunitárias*» ou «*entidades administrativas de Direito Comunitário*» (...)” (QUADROS, 2004a: 509; 525), admitindo mesmo alguma doutrina que, no caso português, o art.º 182.º da CRP exigirá agora uma “releitura”, à luz desta circunstância.<sup>10</sup>

Um outro aspecto, identificado por OTERO (2002:831) no que respeita às transformações verificadas por força das competências desempenhadas pelas Administrações Públicas dos Estados-Membros na execução do Direito da União Europeia, prende-se com a existência de uma “duplicação de mecanismos de controlo”: para além de um controlo meramente interno, efectuado quer pelos órgãos da hierarquia administrativa (*maxime* o Governo) , quer em alguns casos por via da responsabilidade governamental perante os parlamentos nacionais, a que acresce o controlo jurisdicional pelos tribunais nacionais, tanto a Comissão Europeia (por via do controlo da aplicação, quer em abstracto, quer em concreto, do Direito da União Europeia) como o TJ

---

<sup>5</sup> DUARTE (2008: 19).

<sup>6</sup> Também neste sentido, veja-se OTERO (2002: 817).

<sup>7</sup> Acompanha-se, pois, QUADROS (2004a: 525).

<sup>8</sup> Veja-se, em particular sobre a europeização do contencioso administrativo, QUADROS (2001); (2006).

<sup>9</sup> (Otero, 2002: 821); (Quadros, 2004a: 526 e segs.).

<sup>10</sup> ANTUNES (2008).

(essencialmente no âmbito da acção por incumprimento, recurso de anulação e reenvio prejudicial) passam a deter também, por força dos Tratados e de instrumentos de direito derivado, ainda que muitas vezes de forma meramente indirecta, controlo sobre a actuação dos órgãos administrativos nacionais.

De facto, cria-se todo um quadro de “relações dinâmicas”<sup>11</sup> entre as Instituições europeias e as Administrações Públicas nacionais, que conduzem a um controlo da actuação das últimas por parte das primeiras.

No entanto, a função que as Administrações Públicas nacionais foram forçadas a assumir, como consequência da integração europeia, parece tê-las colocado, e na mesma proporção da sua importância, numa situação de extrema fragilidade.

Contrariamente ao que sucede com os tribunais nacionais, que, na interpretação e aplicação do Direito da União Europeia se encontram munidos de um importante instrumento – o reenvio prejudicial para o TJ, contemplado no ex-art.º 234.º do TCE, a que corresponde o art.º 267.º do TFUE - o qual lhes permite solucionar dúvidas interpretativas sobre normas de Direito da União Europeia e questões atinentes à validade de actos emanados das respectivas Instituições, obtendo uma decisão do TJ que tem carácter vinculativo, as Administrações Públicas dos Estados-Membros não dispõem, nos termos dos Tratados, de qualquer mecanismo formal, que lhes permita colher orientações, junto do aparelho institucional da União Europeia, sobre problemas que se coloquem na interpretação e aplicação desse Direito no âmbito da designada *administração* ou *execução indirecta*.

É evidente que existem mecanismos de cooperação e articulação entre as Administrações nacionais e as Instituições Comunitárias, *maxime* a Comissão e os seus diversos comités e serviços, para os quais chamam a atenção MARTINS (2001) e MOLINA (2000: 159). Porém, e excepcionados alguns procedimentos em que se encontra expressamente prevista essa articulação nos instrumentos jurídicos comunitários que os regem, tal cooperação, quando solicitada pelos Estados-Membros ao nível da interpretação e aplicação de normas comunitárias, apresenta, em regra, um carácter informal, e os esclarecimentos, pareceres ou posições emitidos não têm, em geral, força vinculativa.

---

<sup>11</sup> MOLINA (2000: 159).

Por outro lado, em regra, nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros da União Europeia, tal como sucede em Portugal, verifica-se a existência de uma subordinação da Administração Pública às Constituições nacionais e à lei interna, subordinação essa que poderá colocar especiais dificuldades quando esta se apresente em contradição com as normas de Direito da União Europeia a aplicar. As “antinomias”<sup>12</sup> daqui resultantes poderão ser de difícil resolução, colocando não só o próprio aparelho administrativo, mas sobretudo os respectivos titulares de órgãos, funcionários e agentes, em situações de eventual conflito entre a obrigação de aplicação do direito de carácter supranacional, vinculativo nos termos dos Tratados e da CRP, e o dever de observância do direito interno, que poderão não estar, em face da lei interna e da Constituição, autorizados a solucionar, nomeadamente no sentido da desaplicação das segundas a favor da aplicação do primeiro, e que poderão, no caso português, ter sérias repercussões na esfera patrimonial dos próprios, por via do novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (RRCEE), aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, designadamente no que respeita à responsabilidade em caso de actuação com dolo ou culpa grave e obrigação de exercício de direito de regresso sobre os mesmos.

Trata-se de uma matéria a que voltaremos mais adiante, com maior aprofundamento.

As Administrações Públicas nacionais vêm-se, pois, colocadas num novo contexto, obrigadas a sair da esfera meramente interna, quer quanto ao Direito que fundamenta e limita a sua actuação, quer quanto às opções políticas que orientam a respectiva actividade, passando a ter de mover-se no confronto entre os planos nacional e supranacional, com todas as implicações daí decorrentes, designadamente a possibilidade de causarem aos particulares danos decorrentes da aplicação ou omissão de aplicação de normas e princípios desse outro ordenamento jurídico que, tal como o estadual, as vincula.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> (OTERO, 2007).

<sup>13</sup> NIZZO (1999: 8) afirma mesmo:

“(…) public administrative bodies (...) find themselves in a new context: not only must they apply – and conform to- Community law, like all courts, but they must adapt to a vision of policy-making in which the center of decision-making has to a large extent been shifted to Brussels. Consequently, a public administration that is not in line with Community standards and not hooked up to the network of European administrations would run the risk of transforming the Member State into a passive spectator of the European decision-making process.  
(…)

## **2. PRINCÍPIOS ORIENTADORES E CONFORMADORES DA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL**

Na sua função de intérprete e aplicadora do Direito da União Europeia, a Administração Pública nacional encontra-se, desde logo, vinculada à observância dos *princípios gerais da ordem jurídica comunitária*, de entre os quais se destacam os princípios da lealdade e do primado, e da efectividade e efeito directo. Mas não só: também, no que toca às directivas, para além daqueles, o princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com as mesmas.

A sua função de Administração *indirecta* é desempenhada numa tensão constante entre esses princípios e o princípio da autonomia.

Deste último princípio<sup>14</sup> decorre que os Estados-Membros, mormente as respectivas Administrações Públicas, gozam de autonomia na aplicação do Direito da União Europeia, cabendo ao respectivo direito interno estabelecer a respectiva organização administrativa, quadro de competências para essa aplicação, bem como os procedimentos a seguir (quando estes não estejam expressamente previstos nos instrumentos jurídicos comunitários) e ainda as vias administrativas e judiciais de garantia dos administrados<sup>15</sup>. A aplicação do Direito da União Europeia constituirá, assim, uma espécie de “obrigação de resultado” que impende sobre os Estados-Membros<sup>16</sup>.

Porém, essa autonomia não apresenta um carácter absoluto, e terá que ser necessariamente conciliada com os restantes princípios, perante os quais muitas vezes terá que ceder.

---

As a result, without an effective administration, accession to the Union may well be fraught with unfavourable consequences.

First, liability for breaches of Community law by national administrations is strictly objective: no domestic difficulties encountered during implementation may be invoked as a justification. But above all, the “direct effect” principle means that individual seeking remedy in national courts may avail themselves of Community provisions, which take precedence over conflicting national rules or administrative practices.”

<sup>14</sup> O princípio da autonomia tem sido reconhecido em inúmeros arestos do TJ. Vejam-se, a título de exemplo, as referências apresentadas por QUADROS (2004a: 513-517) e MOLINA (2000: 149-151).

<sup>15</sup> (QUADROS, 2004a: 513).

<sup>16</sup> (MOLINA, 2000:149).

O princípio da cooperação leal encontrava-se consagrado no art.º 10.º do TCE (e, em termos idêntico no art.º 192.º do TCEEA), constando, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, do art.º 4.º, n.º 3 do TUE, nos seguintes termos:

“3. Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados.

Os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União.

Os Estados-Membros facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objectivos da União.”

A norma, tal como constava do TCE, constituiu um dos fundamentos da afirmação do princípio do primado do Direito Comunitário por parte do TJ, no seu célebre Acórdão de 1964<sup>17</sup>, princípio este que postula uma prevalência sobre os direitos nacionais em caso de conflitos de normas de natureza comunitária e de direito interno<sup>18</sup>. Não obstante ter chegado a figurar no projecto de Tratado que aprovava uma Constituição para a Europa, que acabaria por ser abandonada, o princípio nunca chegaria a ficar firmado no texto dos Tratados. Não obstante, a Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa adoptou a Declaração n.º 17, que se refere ao mesmo:

**“17. Declaração sobre o primado do direito comunitário**

A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adoptado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência.

Além disso, a Conferência decidiu anexar à presente Acta Final o parecer do Serviço Jurídico do Conselho sobre o primado do direito comunitário constante do documento 11197/07 (JUR 260):

«Parecer do Serviço Jurídico do Conselho de 2 de Junho de 2007

---

<sup>17</sup> Processo 6/64 - caso Costa/E.N.E.L.

<sup>18</sup> (FRAGOSO MARTINS, 2006).



Decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o primado do direito comunitário é um princípio fundamental desse mesmo direito. Segundo o Tribunal, este princípio é inerente à natureza específica da Comunidade Europeia. Quando foi proferido o primeiro acórdão desta jurisprudência constante (acórdão de 15 de Julho de 1964 no processo 6/64, Costa contra ENEL ), o Tratado não fazia referência ao primado. Assim continua a ser actualmente. O facto de o princípio do primado não ser inscrito no futuro Tratado em nada prejudica a existência do princípio nem a actual jurisprudência do Tribunal de Justiça.”

Este princípio poderá colocar especiais dificuldades à actuação da Administração Pública nacional e à determinação da responsabilidade civil extracontratual por exercício da função administrativa face ao RRCEE, como se verá com detalhe *infra*.

Quanto aos princípios da efectividade e do efeito útil, encontram-se profundamente imbricados nos princípios da lealdade e do primado, e determinam que os Estados-Membros assegurem a plena eficácia das normas da União Europeia e a sua aplicação de molde a terem efeito útil no ordenamento jurídico interno, não podendo tornar essa aplicação praticamente impossível ou excessivamente difícil, abrangendo tanto normas dotadas de aplicabilidade directa como outras<sup>19</sup>.

Por fim, e sem pretensão de exaustividade, cumpre referir os princípios relacionados com a aplicação de normas de direito originário e/ou derivado: efeito directo<sup>20</sup>, que impõe que, quando uma norma de Direito da União Europeia confira direitos aos particulares, e sendo a mesma suficientemente clara e precisa, e apresentado carácter incondicional, possa ser invocada perante as instâncias nacionais, designadamente de natureza jurisdicional, independentemente, no caso das normas contidas em directivas, da sua transposição para o ordenamento jurídico interno, uma vez findo o prazo fixado para tal transposição<sup>21</sup>; assim como a obrigação de proceder à interpretação do Direito nacional em conformidade com o Direito da União Europeia<sup>22</sup>,

---

<sup>19</sup> (QUADROS, 2004a: 509-510); GOMES (2009: 296-297)

<sup>20</sup> Princípio construído pelo TJ, a partir do Acórdão do caso *Van Gend en Loos* (Processo n.º 26/62) e, no que toca especificamente às Directivas Comunitárias, a partir do Acórdão do caso *Van Duyn* (processo 41/74).

<sup>21</sup> (QUADROS, 2004a: 426 e segs).

<sup>22</sup> Princípio igualmente desenvolvido pelo TJ a partir do Acórdão proferido no caso *Von Colson* (Processo n.º 14/83).

originário e derivado, tendo em conta a letra e o espírito ou objectivo prosseguido por essas normas, princípio especialmente relevante no domínio das Directivas<sup>23</sup> e também designado por *efeito indirecto*.

### **3. O FENÓMENO DA EUROPEIZAÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL**

A aplicação do Direito da União Europeia cometida às Administrações Públicas nacionais, implica, inevitavelmente, uma inter-relação entre o direito nacional, que rege a actuação das mesmas no plano interno, e aquele outro ordenamento jurídico, que conduz a que se verifique, em vários domínios, o fenómeno da *europização*.

O conceito de *europização*, como é assinalado por GONÇALVES e GUIBENTIF (2008:9), surgiu no seio da ciência política e da sociologia, tendo sido, entretanto acolhido no domínio jurídico.

Neste último, o fenómeno centra-se na interacção dos ordenamentos jurídicos nacionais e da União Europeia, e nas consequentes alterações sofridas por cada um deles.

Como afirma OLIVEIRA MARTINS (2002: 1001), “[a] europeização dos Direitos Nacionais resulta logo do imperativo de estes se conformarem com o Direito Comunitário, com um Direito Comunitário (originário e derivado) que pede o reconhecimento do seu *primado*”.

São múltiplos os ramos e áreas do Direito em que se tem feito sentir este fenómeno, na sua vertente da aproximação das ordens jurídicas nacionais, alguns em que a influência do ordenamento jurídico supranacional tem sido mais visível do que noutros<sup>24</sup>, começando logo pelo Direito Constitucional.

Porém, o Direito Administrativo é um dos ramos em que essa influência mais se tem feito sentir<sup>25</sup>, fruto, quer da harmonização legislativa em alguns domínios da

---

<sup>23</sup> (QUADROS, 2004a: 488 e segs.); (GONZÁLEZ, 2001: 57-72).

<sup>24</sup> Será o caso, por exemplo, do Direito Aduaneiro, face à competência exclusiva da Comunidade Europeia e, após o Tratado de Lisboa, da União Europeia no domínio da união aduaneira; da fiscalidade indirecta, que foi alvo de harmonização comunitária, designadamente quanto ao Imposto sobre o Valor Acrescentado e Impostos sobre tabacos manufacturados, álcool e bebidas alcoólicas e produtos petrolíferos e energéticos, ou à matéria da concorrência.

<sup>25</sup> WOLFF *et al.* (2006) afirmam mesmo que o direito administrativo alemão é “direito comunitário europeu concretizado”.

actividade administrativa, quer da jurisprudência do TJ, sobretudo no que concerne aos direitos dos administrados que decorrem do ordenamento jurídico da União Europeia e respectiva efectivação e meios de garantia e aos deveres procedimentais da Administração.<sup>26</sup>

Mas a *europização* do direito, designadamente do Direito Administrativo, deve ser vista, não apenas na perspectiva da influência do Direito da União Europeia sobre o Direito nacional, nas suas mais variadas vertentes (o direito administrativo material, a organização administrativa, as garantias dos particulares), mas sim como “um processo dinâmico de interlegalidades construído pelas relações recíprocas e complexas entre o direito comunitário e as ordens jurídicas nacionais”<sup>27</sup>.

De facto, das relações entre ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados-Membros e o Direito da União, nascem influências recíprocas e desencadeiam-se evoluções mútuas. Em muitos casos, a ordem jurídica comunitária foi construída com base em *princípios comuns* aos ordenamentos jurídicos dos diversos Estados-Membros. Tal sucedeu quanto ao reconhecimento de direitos fundamentais, inicialmente efectuado por via jurisprudencial, inspirando-se nas “tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros”<sup>28</sup>, e posteriormente alvo de consagração expressa no art.º 6.º do TUE<sup>29</sup> <sup>30</sup>. E verificou-se, igualmente, no caso da responsabilidade civil extracontratual das Comunidades, que conhecia consagração, quanto à Comunidade Europeia, no ex-art.º 288.º do TCE, que corresponde ao art.º 340.º do TFUE (numeração do Tratado de Lisboa), no qual se prevê que, em matéria de responsabilidade extracontratual, a União Europeia (e, antes das alterações introduzidas nos Tratados pelo Tratado de Lisboa, a Comunidade Europeia) deve indemnizar os danos causados pelas instituições e agentes no exercício de funções “de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros”, que foi, como tal, desenvolvido pela jurisprudência do TJ com base nesses direitos nacionais. Também essa circunstância se verificou quanto ao princípio da responsabilidade civil extracontratual dos Estados-Membros perante os particulares, pela sua actuação desconforme com o Direito da União Europeia, que o TJ afirmou no

---

<sup>26</sup> QUADROS (2006:401 e segs.), DUARTE (2008: 24).

<sup>27</sup> (ANTUNES, 2008: 67).

<sup>28</sup> Casos *Stauder* (Processo 29/69) e *Internationale Handelsgesellschaft* (Processo 11/70)

<sup>29</sup> Que se manteve com a mesma numeração, após o Tratado de Lisboa.

<sup>30</sup> Veja-se, sobre este tópico, SOARES (2006) e DUARTE (2006).

caso *Francovich*<sup>31</sup>, e que igualmente se fundamentou nos aspectos comuns aos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, bem como na jurisprudência já firmada a propósito da responsabilidade das Comunidades, esta por sua vez assente nos princípios gerais comuns aos diversos Estados-Membros.

Em todos estes casos, uma vez reconhecidos e desenvolvidos os princípios, direitos e obrigações no seio do ordenamento jurídico comunitário, seja apenas por via do labor do TJ, seja também por força da consagração expressa nos Tratados constitutivos, verifica-se que os mesmos passam a integrar o *acquis communautaire*, e, como tal, ficam também a coberto dos princípios da lealdade e do primado do Direito da União Europeia sobre os direitos nacionais, bem como da efectividade, passando a impor-se e a conformar esses mesmos direitos nacionais, verificando-se, então, o movimento inverso em termos de influência.<sup>32 33</sup>

Ocorreu, neste domínio da responsabilidade civil extracontratual, como afirmam GONZÁLEZ (2001: 304) e TORRENS (2002a), aquilo que tem sido designado por *cross-fertilisation*: o princípio da responsabilidade civil extracontratual formou-se e desenvolveu-se no ordenamento jurídico comunitário a partir dos direitos nacionais, nomeadamente dos princípios e normas comuns aos diversos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, quer no caso da responsabilidade da Comunidade, por remissão expressa do referido ex-art.º 288.º do TCE, quer no caso da responsabilidade dos Estados-Membros por incumprimento do Direito Comunitário, em virtude da construção levada a cabo pelo TJ, que naqueles se inspirou<sup>34</sup>. Mas, acaba por *retornar* aos ordenamentos jurídicos nacionais, conformando-os e vinculando-os aos critérios entretanto assim desenvolvidos no âmbito da União Europeia, constatando-se, pois, a existência de uma influência em ambos os sentidos, e uma evolução, quer do Direito Comunitário, quer dos direitos nacionais, de acordo com essa interacção recíproca.

DUARTE (2008: 23), sintetizando estes dois sentidos de influência recíproca (descendente e ascendente) chega mesmo a identificar um terceiro nível, que se

---

<sup>31</sup> Processos apensos C-6/90 e C-9/90.

<sup>32</sup> Veja-se, no caso da responsabilidade extracontratual das Comunidades, TORRENS (2002b: 214 e segs.).

<sup>33</sup> Vejam-se, quanto ao princípio da responsabilidade civil extracontratual do Estados-Membros, OLIVEIRA MARTINS (2002:1019), DUARTE (2008: 26) e QUADROS (2004b: 33).

<sup>34</sup> Quanto à responsabilidade dos Estados-Membros, veja-se TORRENS (2002b: 134-135), que admite mesmo que a responsabilidade patrimonial destes não seria mais do que uma extrapolação a nível comunitário de um princípio próprio e comum a todos os Estados-Membros.

verificaria pela interacção entre os ordenamentos jurídicos dos vários Estados-Membros: “[a] singularidade do modelo jurídico definido pelos Tratados – concretizado pelo engenho interpretativo do Tribunal de Justiça no que respeita à eficácia das normas comunitárias e à sua necessária articulação com os sistemas jurídicos nacionais – está na origem de um processo gradual de convergência internormativa que se desenvolve em três sentidos: 1) no *sentido descendente*, com o Direito Comunitário a influenciar, senão mesmo a impor certas regras e princípios aos direitos administrativos dos Estados-membros; 2) no *sentido ascendente*, padrões normativos comuns aos direitos dos Estados-membros são recebidos e incorporados na ordem jurídica comunitárias; 3) no *sentido horizontal*, a coexistência dos vários sistemas administrativos nacionais, funcionalmente ajustados ao processo aplicativo do Direito Comunitário e aos critérios hodiernos de eficácia e eficiência, potencia uma relação espontânea de convergência, através, por exemplo, da consagração no direito interno de soluções - normativas ou organizatórias - transplantadas do direito administrativo de outros Estados-membros”.

## **CAPÍTULO 2 - O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DOS ESTADOS-MEMBROS POR INCUMPRIMENTO OU VIOLAÇÃO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA**

### ***I. ANTECEDENTES***

Não obstante o Acórdão do TJ proferido no caso *Francovich*<sup>35</sup> ser normalmente apontado como o *berço* do instituto da responsabilidade civil extracontratual dos Estados-Membros por violação do Direito da União Europeia, a verdade é que aquela Instituição já vinha desde há muito desenhando na sua jurisprudência as linhas mestras que haviam de conduzir à afirmação desse princípio, enquanto tal.<sup>36</sup>

No Acórdão proferido no caso *Humblet*, em 16/12/1960<sup>37</sup>, proferido no quadro do TCECA, podia já ler-se:

“In fact if the Court rules in a judgment that a legislative or administrative measure adopted by the authorities of a member state is contrary to community law, that member state is obliged, by virtue of article 86 of the ECSC treaty, to rescind the measure in question and to make reparation for any unlawful consequences which may have ensued . This obligation is evident from the treaty and from the protocol which have the force of law in the member states following their ratification and which take precedence over national law.”

Também na decisão do caso *Russo*, datado de 22/01/1976<sup>38</sup>, é feita referência, de forma explícita, à responsabilidade do Estado-Membro (Itália) por violação do Direito Comunitário:

---

<sup>35</sup> Processos apensos C-6/90 e C-9/90.

<sup>36</sup> (GONZÁLEZ, 2001: 72 e segs); (TORRENS, 2002b: 76 e segs.).

<sup>37</sup> Processo 6/60.

<sup>38</sup> Processo 60/75.

“If an individual producer has suffered damage as a result of the intervention of the member state in violation of community law it will be for the state , as regards the injured party , to take the consequences upon itself in the context of the provisions of national law relating to the liability of the state .”

Um outro exemplo de referência expressa à responsabilidade dos Estados-Membros por incumprimento do Direito Comunitário pode ser encontrado no Acórdão de 17 de Junho de 1987, proferido no caso *Comissão c. Itália*<sup>39</sup>:

“The object of an action under article 169<sup>40</sup> is established by the Commission’s reasoned opinion, and even when the default has been remedied after the time-limit prescribed by paragraph 2 of the same article, pursuit of the action still has an object. That object may consist in particular in establishing the basis of the liability that a Member State could incur towards those who acquire rights as a result of its default.”

Como notam TORRENS (2002b: 29 e segs.) e RIBEIRO (2000: 41-42), poderá afirmar-se que este princípio surge na ordem jurídica comunitária como resposta às insuficiências reveladas pelos próprios Tratados, e por outros princípios entretanto formulados pelo TJ (como os do primado, do efeito directo e da interpretação conforme), para assegurar a aplicação efectiva e uniforme do Direito Comunitário e garantir a tutela efectiva dos direitos dos particulares conferidos pelas normas comunitárias.

De facto, por um lado, os particulares poderiam ser lesados por actuações dos Estados-Membros contrárias a normas de Direito Comunitário desprovidas de efeito directo (por não serem suficientemente precisas e incondicionais, ou face à circunstância de o TJ não reconhecer o efeito directo horizontal) ou em relação às quais não fosse possível proceder a interpretação conforme ou aplicação com primazia sobre o direito nacional, ou, ainda que a aplicação dos princípios fosse possível, os prejuízos sofridos poderiam não ser totalmente eliminados pela simples aplicação dos mesmos,

---

<sup>39</sup> Processo 154/85.

<sup>40</sup> Que entretanto havia sido renumerado, passando a art.º 226.º do TCE, e corresponde ao actual art.º 258.º do TFUE.

não podendo os danos causados ficar sem qualquer ressarcimento e o incumprimento sem qualquer sanção.<sup>41</sup>

Por outro lado, o ordenamento jurídico da União Europeia sempre dispôs de poucos mecanismos sancionatórios, alguns dos quais só viriam a ser introduzidos nos Tratados muito recentemente (veja-se o art.º 7.º do TUE), e têm eficácia reduzida no sentido de compelir à observância do mesmo.

A acção por incumprimento (ex-arts. 226.º e segs. do TCE, a que correspondem os arts. 258.º e segs. do TFUE), que sempre constituiu o mecanismo por excelência para situações de incumprimento das obrigações dos Estados-Membros, é da iniciativa da Comissão (ou de outro Estado-Membro), carecendo os particulares de legitimidade para a desencadear<sup>42</sup>, e apenas é iniciada em casos muito restritos, estando esse início muitas vezes envolta e dependente de razões de conveniência política, e sendo moroso o procedimento, até porque implica uma fase pré-contenciosa em que os Estados-Membros poderão *convencer* a Comissão a não avançar para a fase contenciosa. Acresce que a decisão do TJ que venha a ser proferida no âmbito de tal procedimento tem natureza meramente declarativa e, em geral, somente após incumprimento do Acórdão que nele venha a ser proferido, mais uma vez verificado pelo TJ, poderá ser aplicada uma sanção, que se traduz em mera quantia fixa ou sanção pecuniária compulsória fixada pelo próprio TJ. Só muito recentemente, com o Tratado de Lisboa, este mecanismo foi agilizado, mas apenas para o caso de não transposição de Directivas, em que, quando inicie a fase contenciosa, a Comissão poderá indicar, de imediato, o valor da quantia fixa ou sanção pecuniária compulsória a fixar pelo TJ, e este poderá, ao declarar verificado o incumprimento, condenar, logo nessa fase, o Estado-Membro na sanção, sem necessidade de aguardar que o mesmo incumpra o Acórdão (art.º 260.º, n.º 3 do TFUE).

Tal mecanismo não se revelava, pois, nem se revela actualmente, apto à protecção dos direitos dos particulares conferidos por normas comunitárias.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Veja-se neste sentido LEE (1999: 2).

<sup>42</sup> Restando-lhes dirigir-se à Comissão, mediante queixa do incumprimento em causa, para que esta, se assim o entender, dê início à fase pré-contenciosa da acção por incumprimento, ou exercer o direito de petição perante o Parlamento Europeu (art.º 194.º do TCE, a que corresponde o art.º 227.º do TFUE), sem que daí derivem quaisquer consequências imediatas em termos de garantia dos direitos violados e de compelir o Estado faltoso a tomar as medidas necessárias à cessação da violação.

<sup>43</sup> Veja-se também, quanto a este aspecto, GONZÁLEZ (2001: 39 e segs.).



Assim, como afirma TRIDIMAS (2001: 302), “[t]he right to reparation came to close the gap between rights and remedies and reduce the under-enforcement of Community rights which the Court perceived to be constitutional in nature.”

## **2. A AFIRMAÇÃO DO PRINCÍPIO COM CARÁCTER GERAL: OS ACÓRDÃOS *FRANCOVICH E BRASSERIE DU PÊCHEUR***

Em 19 de Novembro de 1991, o TJ proferiria o Acórdão dos casos *Francovich e Danila Bonifaci*<sup>44</sup> (que doravante designaremos abreviadamente por caso *Francovich*), a propósito de dois reenvios prejudiciais da *pretura di Vicenza* e da *pretura di Bassano del Grappa* (tribunais italianos), no âmbito de processos que nos mesmos corriam, referentes à não transposição, por parte da República Italiana, da Directiva 80/987/CEE do Conselho, de 20 de Outubro de 1980, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador, em que se colocavam questões que se prendiam com a reparação dos prejuízos sofridos pelos trabalhadores em consequência da falta de transposição.

Nesse importante aresto, o TJ afirmou que os Tratados constitutivos, *maxime* o TCE, haviam criado uma ordem jurídica própria, cujos sujeitos não seriam apenas os Estados-Membros, mas também os indivíduos, criando deveres e encargos, mas igualmente direitos, na esfera jurídica destes últimos.<sup>45</sup>

Por outro lado, o TJ considerou que a possibilidade de obtenção de reparação, pelos particulares, como consequência de lesões desses direitos, imputáveis aos Estados-Membros, seria imposta pela necessidade de conferir plena eficácia às normas comunitárias e de proteger os direitos pelas mesmas reconhecidos.

Como tal, e fundando-se igualmente no então art.º 5.º do TCE (entretanto renumerado para art.º 10.º do TCE, e correspondente, após o Tratado de Lisboa, ao n.º 3 do art.º 4.º do TUE), que fazia impender sobre os Estados-Membros o dever de tomar todas as medidas adequadas a assegurar a execução das obrigações que lhes

---

<sup>44</sup> Processos apensos C-6/90 e C-9/90

<sup>45</sup> Parágrafo 31.

incumbissem por força do Direito Comunitário, o TJ considerou ser inerente ao sistema do TCE o princípio da responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados aos particulares por violações do Direito Comunitário que àquele fossem imputáveis.<sup>46</sup>

Porém, o TJ, reconhecendo a ausência de regulamentação comunitária nesta matéria, ressalva que “(...) é à ordem jurídica interna de cada Estado-membro que compete designar os órgãos jurisdicionais competentes e regulamentar as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a assegurar a plena protecção dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito comunitário”<sup>47</sup>.

O TJ avançou mesmo, no próprio Acórdão em que afirma a responsabilidade dos Estados-Membros por violação do Direito Comunitário como princípio geral, com a formulação de condições ou pressupostos dessa responsabilidade.

Desde logo, considerou que as condições para o direito dos particulares a obter a reparação dos danos sofridos “(...) dependem da natureza da violação do direito comunitário que está na origem do prejuízo causado”<sup>48</sup>.

Assim, no caso de não cumprimento do dever de transposição de uma directiva deveriam estar reunidas três condições<sup>49</sup>:

- a) O resultado prescrito pela directiva teria de implicar a atribuição de direitos a favor dos particulares,
- b) O conteúdo desses direitos teria de poder ser identificado com base nas disposições da directiva;
- c) Existência de nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas.

Por fim, o TJ faz ainda uma advertência, no sentido de dever ter-se em conta que “(...) as condições materiais e formais fixadas pelas diversas legislações nacionais em matéria de reparação dos danos não podem ser menos favoráveis do que as que dizem respeito a reclamações semelhantes de natureza interna e não podem ser organizadas de forma a tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil a obtenção da reparação (...)”<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Parágrafos 32-37.

<sup>47</sup> Parágrafo 42.

<sup>48</sup> Parágrafo 38.

<sup>49</sup> Parágrafo 40.

<sup>50</sup> Parágrafo 43.

Como bem aponta STEINER (1998: 69-70), com o Acórdão do caso *Francovich* o TJ deixou, no entanto, muitas questões relevantes por explorar.

Efectivamente, não resultava claro do mesmo se o princípio da responsabilidade dos Estados-Membros por violação do Direito Comunitário se aplicava a todo e qualquer acto ou omissão dos Estados-Membros, nomeadamente se abrangia quaisquer actos imputáveis aos poderes públicos (legislativo, executivo e judicial) e se haveria lugar à reparação dos prejuízos em caso de existirem mecanismos alternativos que garantissem a tutela dos direitos conferidos aos particulares, nomeadamente no que toca ao princípio do efeito directo. Do mesmo modo, não se esclarecia se a responsabilidade dos Estados-Membros era objectiva ou se estaria dependente da existência de culpa (dolo ou negligência), nem se as condições a que tal responsabilidade estaria sujeita deveriam ser idênticas àsquelas de que dependia a responsabilidade da própria Comunidade (ex-art.º 288.º do TCE, que corresponde ao art.º 340.º do TFUE).

Em 5 de Março de 1996, o TJ, voltando a ser confrontado com o tema da responsabilidade dos Estados-Membros por violação do Direito Comunitário, proferiu o Acórdão do caso *Brasserie du Pêcheur e Factortame III*<sup>51</sup>, que viria a ser considerado um dos acórdãos-chave nesta matéria, e que proporcionou a oportunidade de serem esclarecidos muitos dos aspectos que permaneciam em dúvida após a prolação do Acórdão *Francovich*.

Neste aresto, igualmente emitido em sede de reenvio prejudicial, o TJ precisou alguns aspectos já definidos no Acórdão do caso *Francovich*, nomeadamente no que respeita às condições de que depende o direito à reparação, e abordou, em resposta aos órgãos jurisdicionais nacionais, um conjunto amplo de questões que não se haviam ainda colocado naquele caso.

Não obstante estarem em causa disposições dotadas de efeito directo (ex-arts. 30.º e 52.º do TCE, entretanto renumerados para arts. 28.º e 43.º do TCE, respectivamente, e que correspondem, após o Tratado de Lisboa, aos arts. 34.º e 49.º do TFUE), considerou-se que a violação das mesmas conferiria direito a reparação, porquanto “(...) o direito à reparação constitui o corolário necessário do efeito directo das disposições comunitárias, cuja violação está na origem do prejuízo causado”.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Processos apensos C-46/93 e C-48/93.

<sup>52</sup> Parágrafo 22.

Esclareceu, ainda, o TJ que, contrariamente ao que havia sido defendido pela República alemã, a qual considerava que um direito geral à reparação a favor dos particulares não poderia ser reconhecido por via judicial e que tal seria incompatível com a repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-Membros e com o equilíbrio institucional dos Tratados, “(...) 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”.<sup>53</sup>

E aí foram igualmente criadas as bases, que viriam posteriormente a ser desenvolvidas noutras decisões do TJ, da posição segundo a qual a actuação de todos os organismos do Estado, e no domínio de qualquer das funções do mesmo, poderiam originar responsabilidade do Estado-Membro e o correspondente direito dos particulares à reparação de prejuízos, uma vez que era expressamente afirmado que “(...) o princípio é válido para qualquer violação do direito comunitário por um Estado-membro, independentemente da entidade do Estado-membro cuja acção ou omissão está na origem do incumprimento”, explicitado-se mesmo que o Estado deveria ser considerado, tal como nos casos de responsabilidade por violação de compromissos na ordem jurídica internacional, na sua unidade, ou seja, “(...) independentemente da violação que está na origem do prejuízo ser imputável ao poder legislativo, judicial ou executivo”, pois todos os organismos do Estado estariam vinculados à observância do Direito Comunitário.<sup>54</sup>

Um dos aspectos inovadores deste acórdão prende-se com o facto de abordar os efeitos que a conduta do próprio lesado pode ter no seu direito à reparação (que a doutrina portuguesa designa como *culpa do lesado*), louvando-se num “princípio geral comum os sistemas jurídicos dos Estados-Membros”, de acordo com o qual “(...) a pessoa lesada, correndo o risco de dever suportar ela própria prejuízo, deve provar uma diligência razoável para limitar a extensão do prejuízo”, autorizando, pois, na apreciação de casos concretos, o juiz nacional a aferir se o lesado foi razoavelmente diligente para evitar ou limitar o prejuízo, nomeadamente pela utilização atempada das “vias de direito” que tinha à sua disposição.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Parágrafo 25.

<sup>54</sup> Parágrafos 32-34.

<sup>55</sup> Parágrafos 84-85.

O TJ esclarece ainda, quanto à extensão dos danos a indemnizar, que tanto os danos emergentes como os lucros cessantes estão abrangidos, pois “(...) a exclusão total do lucro cessante é susceptível de tornar impossível, de facto, a reparação do prejuízo”.<sup>56</sup>

No que respeita às condições da responsabilidade do Estados-Membros e consequente direito do particular à reparação de prejuízos, o TJ afirma, desde logo, que a reparação do prejuízo não está subordinada à exigência de uma declaração prévia daquele Tribunal relativa ao incumprimento do Estado-Membro em sede de acção por incumprimento, pois “(...) o direito à reparação existe com base no direito comunitário”<sup>57</sup>. Como tal, o TJ rejeitou que a obrigação de reparação pudesse ficar limitada apenas aos prejuízos sofridos posteriormente à pronúncia de acórdão que declarasse o incumprimento, já que isso “(...) seria pôr em causa o direito à reparação reconhecido pela ordem jurídica comunitária”<sup>58</sup>.

Considerou, ainda, o TJ que “(...) as condições de efectivação da responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares em virtude da violação do direito comunitário não devem, caso não existam razões específicas, diferir das que regulam responsabilidade da Comunidade em circunstâncias equiparáveis. Com efeito, a protecção dos direitos que os particulares retiram do direito comunitário não pode variar em função da natureza nacional ou comunitária da autoridade que está na origem do prejuízo”.<sup>59</sup>

Retomando a jurisprudência *Francovich*, o TJ aponta igualmente três condições para o direito à reparação dos danos, mantendo como primeira condição que a norma de direito comunitário violada tivesse como objectivo conferir direitos aos particulares, e como terceira condição a existência de nexo de causalidade directo entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelo lesado, mas introduzindo, como segunda condição, o conceito de *violação suficientemente caracterizada*.

Quanto à determinação da verificação desta condição, o TJ faz apelo ao paralelismo entre a responsabilidade da Comunidade<sup>60</sup> e a responsabilidade dos Estados-Membros por violações do Direito Comunitário, apontando que “(...) o critério decisivo

---

<sup>56</sup> Parágrafo 87.

<sup>57</sup> Parágrafo 92.

<sup>58</sup> Parágrafo 93.

<sup>59</sup> Parágrafo 12.

<sup>60</sup> Então prevista no art.º 215.º do TCE, que, após renumeração, passou a art.º 288.º do TCE, e, após o Tratado de Lisboa, corresponde ao art.º 340.º do TFUE.

para considerar que existe uma violação do direito comunitário suficientemente caracterizada é o da violação manifesta e grave, tanto por um Estado-Membro como por uma instituição comunitária, dos limites que se impõem ao seu poder de apreciação.”<sup>61</sup>

E aquela Instituição não se eximiu de deixar algumas orientações mais concretas aos órgãos jurisdicionais nacionais, identificando alguns elementos que deveriam ser tidos em conta para verificar a existência de uma violação suficientemente caracterizada, nomeadamente, “(...) 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.”, acabando mesmo por determinar que, em caso de violações que tivessem persistido após prolação de acórdão pelo TJ que tivesse declarado verificado o incumprimento ou violação do Estado-Membro (em acção por incumprimento ou em sede de reenvio prejudicial), ou que se reportassem a matérias relativamente às quais existisse jurisprudência assente do TJ, haveria violação suficientemente caracterizada.<sup>62</sup>

Importa ainda salientar que o TJ esclareceu, em resposta a uma das questões prejudiciais que haviam sido colocadas, de acordo com a qual se pretendia apurar se a reparação do prejuízo podia ser subordinada à existência de dolo ou negligência por parte do órgão estadual ao qual fosse imputável o incumprimento, que o conceito de *culpa* não é idêntico em todos os sistemas jurídicos e que “[a]lguns elementos objectivos e subjectivos que, no quadro de um sistema jurídico nacional, podem ser associados ao conceito de culpa, são assim relevantes para se determinar se uma violação ao direito comunitário é ou não caracterizada”.<sup>63</sup> E conclui, quanto ao pressuposto da culpa, que “(...) a obrigação de reparar os prejuízos causados aos particulares não pode ficar subordinada a uma condição extraída do conceito de culpa que vá além da violação suficientemente caracterizada do direito comunitário”, pois tal

---

<sup>61</sup> Parágrafo 55.

<sup>62</sup> Parágrafo 56-57.

<sup>63</sup> Parágrafo 78.

poderia acabar por pôr em causa o próprio direito à reparação, fundado na ordem jurídica comunitária.<sup>64</sup>

Não obstante o TJ identificar as três condições que deverão estar preenchidas para que se verifique a existência de um direito à reparação dos danos sofridos, ressalva, todavia, que as mesmas “(...) são necessárias e suficientes para instituir em favor dos particulares um direito a obter reparação, sem no entanto impedir que a responsabilidade do Estado possa ser efectivada em condições menos restritivas com base no direito nacional.”<sup>65</sup>, tratando-se, portanto, de um limiar mínimo.

### **3. O DESENVOLVIMENTO E APROFUNDAMENTO DO PRINCÍPIO**

Paralela e posteriormente a estes dois acórdãos, o TJ viria a proferir inúmeras decisões em que foi confirmando e desenvolvendo os vários aspectos e questões referentes à responsabilidade civil extracontratual dos Estados-Membros por violação do Direito Comunitário.

Também a sua jurisprudência anterior aos mesmos e a que foi construída em torno da responsabilidade extracontratual da Comunidade (ex-art.º 288.º do TCE, que corresponde ao art.º 340.º do TFUE) fornece a base para o apuramento da posição desta Instituição Comunitária relativamente a vários dos problemas colocados em matéria de responsabilidade extracontratual dos Estados-Membros por violação do Direito Comunitário.

A doutrina foi, naturalmente, acompanhando estes desenvolvimentos.

---

<sup>64</sup> Parágrafo 79.

<sup>65</sup> Parágrafo 66.

### **3.1. As Diversas Funções do Estado: Aplicação do Princípio aos Poderes Legislativo, Executivo e Judicial**

A grande maioria dos Acórdãos proferidos pelo TJ em matéria de responsabilidade dos Estados-Membros por violação do Direito Comunitário reporta-se a acções ou omissões do **poder legislativo** nacional.

Os casos *Francovich* e *Brasserie du Pêcheur e Factortame III* (que doravante designaremos apenas por *Brasserie du Pêcheur*) tinham por base questões atinentes à omissão de transposição de Directivas Comunitárias e à existência de legislação nacional contrária a normas do TCE.

Também nos casos *Wagner Miret*<sup>66</sup>, *Faccini Dori*<sup>67</sup>, *El Corte Inglés*<sup>68</sup>, *British Telecommunications*<sup>69</sup>, *Dillenkofer*<sup>70</sup>, *Denkavit*<sup>71</sup>, *Sutton*<sup>72</sup>, *Bonifaci e outros*<sup>73</sup>, *Rechberger*<sup>74</sup>, *Stockholm Lindöpark*<sup>75</sup>, *Wells*<sup>76</sup>, *Carol Robins e outro*<sup>77</sup> e *Danske Slagterier*<sup>78</sup>, entre outros, o TJ se pronunciou sobre questões atinentes à transposição de Directivas, situando-se, portanto, no domínio dos actos e omissões imputáveis ao poder legislativo susceptíveis de gerar responsabilidade do Estado-Membros perante particulares lesados.

No que concerne à inobservância de normas dos próprios Tratados, por factos imputáveis ao poder legislativo, proferiria o TJ, igualmente, outros acórdãos, de entre os quais podemos referir os dos casos *Comateb e outros*<sup>79</sup>, *Konle*<sup>80</sup>, *Petrie e outros*<sup>81</sup> e *Test Claimants in the FII Group Litigation*<sup>82</sup>.

---

<sup>66</sup> Processo C-334/92.

<sup>67</sup> Processo C-91/92.

<sup>68</sup> Processo C-192/94.

<sup>69</sup> Processo C-392/93

<sup>70</sup> Processos apensos C-178/94, C-179/94 e C-188-190/94.

<sup>71</sup> Processo apensos C-283/94, C-291/4 e C-292/94.

<sup>72</sup> Processo C-66/95.

<sup>73</sup> Processos apensos C-94/95 e C-95/95.

<sup>74</sup> Processo C-140/97.

<sup>75</sup> Processo C-150/99.

<sup>76</sup> Processo C-201/02.

<sup>77</sup> Processo C-278/05.

<sup>78</sup> Processo C-445/06.

<sup>79</sup> Processos apensos C-192/95 a C-218/95.

<sup>80</sup> Processo C-302/97.

<sup>81</sup> Processo C-90/96.

<sup>82</sup> Processo C-446/04.



Contudo, como já se prefigurava no Acórdão do caso *Brasserie du Pêcheur*, que nos seus parágrafos 32 e 34 admite que o princípio da responsabilidade dos Estados-Membros por violação do Direito Comunitário se aplica a qualquer violação, independentemente da entidade que tenha praticado o acto ou omissão, e faz mesmo referência ao poder legislativo, ao poder executivo e ao poder judicial, o TJ foi alargando a aplicação do princípio à função administrativa (poder executivo) e mesmo a actos ou omissões praticados por órgãos jurisdicionais nacionais.<sup>83</sup>

Quanto ao **poder judicial**<sup>84</sup>, são particularmente relevantes os Acórdãos proferidos nos casos *Köbler*<sup>85</sup> e *Traghetti*<sup>86</sup>.

No caso *Köbler* estava em causa a decisão de um órgão jurisdicional nacional que julgara em último grau, tendo o TJ admitido a responsabilidade do Estado-Membro por violação do Direito Comunitário consubstanciada na não colocação pelo órgão jurisdicional nacional de uma questão prejudicial de interpretação ao TJ, em violação da obrigação de o fazer, embora ressalve que “(...) há que ter em conta a especificidade da função jurisdicional bem como as exigências legítimas de segurança jurídica, como alegaram igualmente os Estados-Membros que apresentaram observações neste processo. Só pode haver responsabilidade do Estado resultante de uma violação do direito comunitário por tal decisão, no caso excepcional de o juiz ter ignorado de modo manifesto o direito aplicável.”<sup>87</sup>

No caso *Traghetti*, discutia-se a responsabilidade decorrente da interpretação errada, por parte da Corte suprema di cassazione (Supremo Tribunal), das normas comunitárias relativas à concorrência e aos auxílios de Estado e, em particular, devido ao indeferimento, por parte desse tribunal, de requerimento para que fossem submetidas ao Tribunal de Justiça as questões pertinentes de interpretação do direito comunitário. O TJ decidiu, após reafirmar a sua posição no caso *Köbler*, que “(...) o direito comunitário se opõe a um regime legal nacional que exclua, de uma forma geral, a responsabilidade do Estado-Membro por danos causados aos particulares em virtude de uma violação do direito comunitário imputável a um órgão jurisdicional que decide em última instância

---

<sup>83</sup> Veja-se, com mais detalhe, relativamente a cada uma das funções do Estado, TORRENS (2002b: 167 e segs.).

<sup>84</sup> Veja-se, no que respeita ao poder judicial, MESQUITA (2009a: 284 e segs.) e NIKOLAOU (2005: 36 e segs.).

<sup>85</sup> Processo C-224/01.

<sup>86</sup> Processo C-173/03.

<sup>87</sup> Parágrafo 53.

pelo facto de essa violação resultar de uma interpretação de normas jurídicas ou de uma apreciação dos factos e das provas efectuadas por esse órgão jurisdicional. O direito comunitário opõe-se igualmente a um regime legal nacional que limite essa responsabilidade aos casos de dolo ou de culpa grave do juiz, se essa limitação levar a excluir a responsabilidade do Estado-Membro em causa noutros casos em que se tenha verificado uma violação manifesta do direito aplicável, tal como precisada nos n.ºs 53 a 56 do acórdão Köbler (...).<sup>88</sup>

Quanto ao **poder executivo**, vamos deter-nos um pouco mais, já que será o mais relevante para o objecto deste estudo.

Uma vez que, como evidenciámos *supra*<sup>89</sup>, as Administrações Públicas nacionais são as aplicadoras por excelência do Direito da União Europeia, a sua actuação nesse âmbito, poderá originar responsabilidade extracontratual por violação daquele Direito (TORRENS, 2002b: 180-181).

No caso *Hedley Lomas*<sup>90</sup> discutia-se a obrigação de reparação de danos causados pela recusa das autoridades britânicas de conceder, em 1992, licença para exportação de gado ovino para abate em Espanha, recusa essa que se baseava no facto de considerarem que os matadouros espanhóis não cumpriam a Directiva 74/577/CEE do Conselho, de 18 de Novembro de 1974, relativa ao atordoamento dos animais antes do seu abate (JO L 316, de 26/11/1974), não obstante a referida Directiva ter sido transposta pelo Reino de Espanha. Escudavam-se as autoridades britânicas no ex-art.º 36.º do TCE (que passou, entretanto a art.º 30.º do mesmo TCE e corresponde ao art.º 36.º do TFUE), para limitar essas exportações. O TJ, porém, considerou tratar-se de uma violação do ex-art.º 34.º do TCE (que passou, entretanto, a art.º 29.º do TCE, e corresponde ao art.º 35.º do TFUE), respondendo às questões colocadas pelo órgão de reenvio atinentes às condições em que o Estado-Membro seria obrigado a indemnizar os prejuízos causados a um particular pela recusa de emitir uma licença de exportação, em violação do referido ex-art.º 34.º do TCE (actual art.º 29.º do TFUE) que as três condições fixadas no Acórdão *Brasserie du Pêcheur* eram aplicáveis ao caso.

Quanto à primeira condição, o TJ considerou que a recusa do Reino Unido em conceder a licença de exportação configurava uma restrição quantitativa à exportação,

---

<sup>88</sup> Parágrafo 46.

<sup>89</sup> Capítulo 1.

<sup>90</sup> Processo C-5/94.

desconforme ao disposto no então art.º 34.º do TCE, disposição esta que conferia direitos aos particulares, enquanto que a verificação do nexo de causalidade (terceira condição) foi remetida para os órgãos jurisdicionais nacionais.<sup>91</sup>

No que respeita à verificação da segunda condição (*violação suficientemente caracterizada*) o TJ apontou como critério relevante que “(...) na hipótese de o Estado-Membro em causa, no momento em que cometeu a infracção, não se confrontar com opções normativas e dispor de uma margem de apreciação consideravelmente reduzida, ou mesmo inexistente, a simples infracção ao direito comunitário pode bastar para provar a existência de uma violação suficientemente caracterizada.”<sup>92</sup>

A responsabilidade dos Estados-Membros por facto imputável ao poder executivo foi novamente apreciada pelo TJ em sede de reenvio prejudicial, no caso *Norbrook Laboratories*<sup>93</sup>. Estavam em causa exigências de fornecimento de certas informações e elementos feitas pelas autoridades britânicas à *Norbrook*, para efeitos de autorização de colocação no mercado de medicamentos veterinários. O TJ considerou essas exigências contrárias à Directiva 81/851/CEE do Conselho, de 28 de Setembro de 1981, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos medicamentos veterinários (JO L 317, de 06/11/1981), conjugada com a Directiva 81/852/CEE do Conselho, de 28 de Setembro de 1981, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes às normas e protocolos analíticos, tóxico-farmacológicos e clínicos em matéria de ensaios de medicamentos veterinário (publicada no mesmo Jornal Oficial). Depois de relembrar os fundamentos do princípio da responsabilidade dos Estados-Membros por prejuízos causados aos particulares decorrentes de violações do Direito Comunitário, o TJ faz apelo às três condições dessa responsabilidade, já definidas em acórdãos anteriores, ressaltando, no entanto que “[a] apreciação destas condições é [feita em] função de cada tipo de situação.”<sup>94</sup>

Na verificação, em concreto, dessas condições, o TJ concluiu que resultava directamente da mencionada Directiva um direito de os particulares obterem a autorização de colocação no mercado, em determinadas circunstâncias, que era suficientemente identificável com base nessas disposições da Directiva, pelo que a

---

<sup>91</sup> Parágrafos 27 e 30.

<sup>92</sup> Parágrafo 28.

<sup>93</sup> Processo C-127/95.

<sup>94</sup> Parágrafo 107.

primeira condição se mostraria preenchida.<sup>95</sup> Mais uma vez, quanto à terceira condição, a sua apreciação é remetida, sem mais, para o tribunal de reenvio.<sup>96</sup>

Relativamente à segunda condição, o TJ distingue os casos em que o Estado-Membro actua no exercício da sua competência normativa, em que se exigiria uma violação grave e manifesta dos limites impostos ao exercício dessa competência, dos casos em que o Estado-Membro não tivesse actuado no domínio das opções normativas e em que dispusesse de reduzida ou inexistente margem de livre apreciação, situação em que a mera infracção ao Direito Comunitário poderia ser considerada como violação suficientemente caracterizada.<sup>97</sup>

O TJ voltaria ao tema, mais uma vez em sede de reenvio prejudicial, desta feita desencadeado por um órgão jurisdicional dinamarquês, no caso *Brinkmann*<sup>98</sup>. Discutia-se, então, a tributação de um produto de tabaco, decorrente da sua qualificação como cigarro ou como tabaco de fumar. A lei dinamarquesa havia transposto a Directiva 79/32/CEE do Conselho, de 18 de Dezembro de 1978, relativa aos impostos que incidem sobre o consumo de tabacos manufacturados com excepção dos impostos sobre o volume de negócios (JO L 10 de 16/01/1979), mas não definia, contrariamente à Directiva, os diferentes produtos de tabaco, limitando-se a autorizar o Ministro das Questões Fiscais a fixar as regras necessárias à aplicação da Directiva, nomeadamente as definições dos produtos de tabaco, o que não havia chegado a ser feito antes de a *Brinkmann* colocar no mercado um determinado produto como tabaco de fumar, mas que as autoridades tributárias dinamarquesas consideravam ser de tributar como cigarros, e, como tal, a uma taxa mais elevada. O TJ considerou tratar-se de tabaco de fumar, contrariamente ao entendimento das autoridades dinamarquesas, e, respondendo às questões atinentes à responsabilidade do Estado-Membro pela violação da Directiva, não só identificou as condições a que tal responsabilidade se encontrava sujeita, louvando-se na sua anterior e já sedimentada jurisprudência, mas foi mesmo mais longe, deixando de lado a habitual remissão da apreciação em concreto da verificação das condições para os tribunais nacionais, tendo procedido ele próprio a essa apreciação, por considerar que, no caso concreto, dispunha de todos os elementos necessários para aferir

---

<sup>95</sup> Parágrafo 108.

<sup>96</sup> Parágrafo 110.

<sup>97</sup> Parágrafo 109.

<sup>98</sup> Processo C-319/96.

da existência da violação suficientemente caracterizada e até do nexo de causalidade directo entre a violação e o prejuízo.<sup>99</sup>

Considerou o TJ que a não transposição de uma Directiva nos prazos previstos (uma vez que no caso em apreço, não obstante terem sido tomadas medidas legislativas de transposição, a lei interna remetia para acto ministerial a definição de certos aspectos contemplados na Directiva, o que nunca havia chegado a ser feito) constituía, por si só, uma *violação suficientemente caracterizada*.<sup>100</sup> Todavia, a responsabilidade do Estado foi afastada pelo TJ, por entender que não existia nexo de causalidade directo entre a violação, traduzida na não transposição, ou incompleta transposição de uma Directiva, e o prejuízo, dado que as autoridades administrativas, não obstante a omissão de medidas legislativas de transposição, haviam aplicado directamente as disposições da Directiva quanto às definições dos produtos de tabaco.<sup>101</sup>

E, acaba por concluir que, tendo em conta o grau de clareza e precisão das disposições da Directiva, o produto comercializado pela Brinkmann não correspondia exactamente a nenhum dos tipos de produto definidos naquela, tratando-se, antes de um novo produto, e que como tal, "(...) a interpretação dada pelas autoridades dinamarquesas às pertinentes definições não foi manifestamente contrária ao texto da Segunda Directiva e, designadamente, ao objectivo que esta prosseguia, tanto mais que o Governo finlandês, bem como a Comissão, defenderam idêntica interpretação."<sup>102</sup>

É ainda relevante o Acórdão proferido no caso *Haim II*<sup>103</sup>.

Estavam em causa questões atinentes à liberdade de estabelecimento quanto ao exercício da actividade de dentista (ex-art.º 52.º do TCE, que passou entretanto a art.º 43.º do mesmo TCE e corresponde ao art.º 49.º do TFUE), encontrando-se em litígio actos praticados por um organismo autónomo de direito público. O órgão jurisdicional nacional questionou, a título prejudicial, se "(...), no caso de um funcionário nacional ter aplicado as disposições nacionais contrárias ao direito comunitário ou ter aplicado o direito nacional de forma não conforme com o direito comunitário, existe violação caracterizada, na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça, pelo mero facto de o funcionário não dispor de qualquer margem de apreciação ao adoptar a sua decisão."

---

<sup>99</sup> Parágrafo 26.

<sup>100</sup> Parágrafo 28.

<sup>101</sup> Parágrafo 29.

<sup>102</sup> Parágrafos 30-31.

<sup>103</sup> Processo C-424/97.

O TJ, após mais uma vez relembrar as condições fixadas na sua jurisprudência para que os Estados-Membros incorressem em responsabilidade perante os particulares, devido a violações do Direito Comunitário, e afirmar que são aplicáveis quer aos actos e omissões legislativos, quer a actos administrativos, adoptados pelo próprio Estado ou por organismos independentes de Direito Público<sup>104</sup>, aponta os critérios a ter em consideração para a verificação da segunda condição, na linha de anteriores arestos. Afastando a exigência de culpa, nos termos do Acórdão do caso *Brasserie du Pêcheur*<sup>105</sup>, centra-se no critério da margem de livre apreciação de que o Estado-Membro dispunha ao actuar, concluindo que “[a] respectiva existência e alcance são determinados em função do direito comunitário e não do direito nacional”, ou seja, que “[a] margem de apreciação eventualmente concedida pelo direito nacional ao funcionário ou à instituição autora da violação do direito comunitário é, pois, irrelevante a este respeito.”<sup>106</sup>

Mais recentemente colocou-se perante o TJ um interessante problema. No caso *Ten Kate*<sup>107</sup>, foi suscitada perante este Tribunal uma questão prejudicial no sentido de apurar se existiria responsabilidade e correspondente obrigação de reparação por parte de um Estado-Membro perante os particulares, por danos sofridos por estes últimos em virtude de aquele não ter intentado, junto do TJ, uma acção por omissão contra a Comissão Europeia (art.º 232.º do TCE, que corresponde ao art.º 263.º do TFUE), acção esta para a qual a *Ten Kate* não tinha legitimidade.

O TJ analisou a questão na perspectiva da determinação da existência de uma obrigação dos Estados-Membros quanto à interposição de recurso de anulação (ex-art.º 230.º do TCE/ art.º 263.º do TFUE) ou acção por omissão (ex-art.º 232.º do TCE, que corresponde ao art.º 265.º do TFUE) e, em caso afirmativo, da responsabilidade que daí adviesse para o Estado-Membro que não o tivesse feito, tendo concluído que “(...) o direito comunitário não contém nenhuma obrigação de um Estado-Membro interpor um recurso de anulação nos termos do artigo 230.º CE ou de intentar uma acção por omissão nos termos do artigo 232.º CE em benefício de um dos seus cidadãos. Contudo,

---

<sup>104</sup> Parágrafos 36-37.

<sup>105</sup> Parágrafo 39.

<sup>106</sup> Parágrafo 40.

<sup>107</sup> Processo C-511/03

não se opõe, em princípio, a que um direito nacional contenha essa obrigação ou preveja a responsabilidade do Estado-Membro por não ter agido nesse sentido.”<sup>108</sup>

Trata-se de um caso que não se enquadra nas funções legislativa, administrativa ou jurisdicional do Estado. Parece, pois, que estaria em causa uma eventual responsabilidade decorrente de opções de natureza política.

### **3.2. Questões Relativas às condições ou pressupostos da responsabilidade do Estado-Membro e à Obrigação de Indemnizar**

A matéria das condições ou pressupostos da responsabilidade dos Estados-Membros pelos prejuízos causados aos particulares em consequência de violação do Direito da União Europeia que lhes seja imputável não ficou definitivamente resolvida pelos Acórdãos *Francovich* e *Brasserie du Pêcheur*, tendo obrigado a um esforço, quer do TJ, quer da doutrina, para a sua definição.

STEINER (1998: 71-72) critica o facto de o TJ não ter aproveitado a oportunidade para, no caso *Brasserie du Pêcheur*, construir um regime jurídico comunitário completo sobre a responsabilidade extracontratual dos Estados-Membros, o que terá tido como consequência a manutenção de um regime híbrido, parcialmente comunitário e parcialmente nacional. O TJ terá optado, segundo a autora, por ir caminhando passo a passo nesta matéria, por forma a conseguir, por parte dos Estados-Membros, uma maior e incontestada aceitação das suas decisões.

Desde logo, a aparente *dualidade* das condições referidas naqueles dois Acórdãos (recorde-se que o critério da *violação suficientemente caracterizada* que foi fixado no caso *Brasserie du Pêcheur*, e retomado nos casos posteriores, não constava do Acórdão *Francovich*, que apontava como segunda condição a de que o conteúdo dos direitos conferidos por uma Directiva pudesse ser identificado com base na mesma) foi esclarecida no caso *Dillenkofer*, que já acima mencionámos, no sentido de que “[n]o essencial, as condições estabelecidas nestes diferentes acórdãos são as mesmas, visto que a condição da existência de uma violação suficientemente caracterizada, embora, é

---

<sup>108</sup> Parágrafo 32.

certo, não seja mencionada no acórdão Francovich e o., já referido, era, contudo, inerente às circunstâncias do caso.”<sup>109</sup>

### **3.2.1. A Primeira Condição**

No que respeita à primeira das condições de que o TJ faz depender a responsabilidade dos Estados-Membros (a norma violada ter como objectivo conferir direitos aos particulares), discutiu-se na doutrina se o termo “direitos” deveria ser entendido em sentido estrito, abrangendo apenas verdadeiros direitos subjectivos dos particulares ou se deveria, pelo contrário, ser entendido em sentido amplo, abrangendo também os meros interesses.<sup>110</sup>

Não obstante a distinção entre direitos subjectivos e interesses legítimos não ser clara na jurisprudência do TJ, RIBEIRO (1996: 127) considera que deve seguir-se uma interpretação ampla do termo “direitos”, pois considera que “[o] progresso a que se tem assistido em matéria de protecção, ao nível comunitário, dos direitos dos particulares faz-nos acreditar que na expressão estão contidos, tanto os direitos subjectivos, como o interesse legítimo.” (2000: 11).

TORRENS (2002b: 234-235), apoiando-se em várias posições doutrinárias e nas conclusões apresentadas por diversos advogados-gerais em diferentes processos que correram perante o TJ, pronuncia-se a favor de uma interpretação ampla, mas acaba, porém, por concluir que, “[a] pesar de estas consideraciones y en aras de la uniformidad terminológica y de contenido, entendemos que seria conveniente y deseable que el Tribunal de Justicia hiciese una interpretación amplia del término «derecho», lo qual permitiría el resarcimiento tanto de los derechos como de los intereses legítimos que los particulares deriven de las disposiciones comunitárias.” E avança, ainda, como argumento a favor da inclusão dos interesses legítimos no conceito de *direitos*, o facto de o Conselho da Europa ter procedido a uma equiparação das duas figuras, enquanto susceptíveis de fundar o direito dos particulares ao ressarcimento por parte dos Estados, e de esta Organização ter recomendado aos Estados que dela fazem parte que os

---

<sup>109</sup> Parágrafo 23.

<sup>110</sup> Sobre essa discussão e as várias posições que se perfilaram, vejam-se RIBEIRO (1996: 126 e segs.) e TORRENS (2002b: 229 e segs.).



respectivos regimes nacionais de responsabilidade patrimonial dos poderes públicos permitissem o ressarcimento de prejuízos derivados, quer da lesão de direitos, quer da lesão de interesses legítimos dos particulares (Recomendação R(84) 15, adoptada em 18/9/1984, pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa). Considera, ainda, que essa interpretação ampla seria conforme ao objectivo que presidiu à formulação do próprio princípio da responsabilidade dos Estados-Membros: aumentar e reforçar a tutela efectiva dos direitos dos particulares derivados do ordenamento jurídico comunitário.<sup>111</sup>

Ainda quanto às características da norma violada, defende a doutrina que a mesma não terá que conferir, ela própria, direitos aos particulares, bastando que tenha por objectivo conferi-los (GONZÁLEZ, 2001: 178-178).

A independência da primeira condição face ao efeito directo ficou, como acima já se evidenciou, clarificada no acórdão do caso *Brasserie du Pêcheur*. Não obstante, no caso de normas dotadas de efeito directo, ter-se-á mais facilmente por verificada esta condição.

### **3.2.2. A Segunda Condição**

Passemos, pois, à segunda condição, que se mostra mais problemática quanto à sua verificação: *violação suficientemente caracterizada*

O TJ já havia afirmado, no caso *Brasserie du Pêcheur*, que existira violação suficientemente caracterizada quando o Estado-Membro tivesse violado de forma manifesta e grave, no exercício da sua competência normativa, os limites impostos ao exercício dessa competência, tendo definido alguns critérios a ter em consideração para aferir do preenchimento desta condição, designadamente, 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 e a adopção ou a manutenção de medidas ou

---

<sup>111</sup> A autora chega mesmo a colocar a hipótese de serem indemnizáveis lesões das meras expectativas de direitos .

práticas nacionais contrárias ao direito comunitário. Sendo certo que, como já havia sido ressalvado no caso *Francovich*, a verificação das condições dependerá da natureza da violação.

Em vários dos Acórdãos que já identificámos acima, o TJ retoma estes critérios, como sendo aqueles que o órgão jurisdicional nacional deve ter em conta por forma a determinar se a violação, em concreto, pode ou não considerar-se suficientemente caracterizada.

No caso de não transposição de Directivas, o TJ considerou, em várias decisões, que tal constituía, *per se*, uma violação suficientemente caracterizada (vejam-se os Acórdãos dos casos *Dillenkofer*<sup>112</sup> e *Brinkmann*).

Em alguns casos, todavia, o TJ concluiu que as normas comunitárias violadas não eram suficientemente claras e precisas, pelo que a segunda condição da responsabilidade do Estado-Membro não se encontraria preenchida. Foi o que sucedeu nos processos *British Telecommunications*, *Denkavit* e *Brinkmann*, já mencionados.

Na determinação da segunda condição, gerou alguma controvérsia na doutrina a extrapolação das condições fixadas pelo TJ no âmbito da responsabilidade da Comunidade (ex-art.º 288.º do TCE) para a responsabilidade dos Estados-Membros. Algumas das críticas baseavam-se no facto de os critérios desenvolvidos pela jurisprudência do TJ nesse domínio, nomeadamente quanto ao chamado *teste Schöppenstedt*<sup>113</sup>, que exigiria uma violação grave e manifesta por parte do Estado-Membro, tornarem extremamente difícil o direito à reparação.

Todavia, deve atentar-se que já era ressalvado no Acórdão do caso *Brasserie du Pêcheur* que o paralelismo estabelecido entre a responsabilidade da Comunidade e a responsabilidade dos Estados-Membros partia do pressuposto que estes últimos actuavam no plano das opções normativas e, como tal, dispunham, ao tomar medidas

---

<sup>112</sup> No seu parágrafo 29, pode ler-se : “(...) a inexistência de qualquer medida de transposição de uma directiva para a consecução do resultado nela prescrito no prazo para o efeito estabelecido constitui, por si só, uma violação caracterizada do direito comunitário, e, em consequência, cria, em favor dos particulares lesados, um direito a reparação se o resultado prescrito na directiva implicar a atribuição, em benefício dos particulares, de direitos cujo conteúdo possa ser identificado e se existir um nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido.”

<sup>113</sup> Este teste ou fórmula, como alguns autores o qualificam, surgiu no âmbito do caso *Zuckerfabrik Schöppenstedt c. Conselho* (Processo 5/71), e postula que, para que exista responsabilidade da Comunidade por danos causados por actos de natureza legislativa emanados das suas Instituições, teriam que se encontrar preenchidos três pressupostos: violação de uma norma jurídica superior; que essa norma tivesse por objectivo conferir direitos aos particulares; que a violação pudesse ser qualificada como flagrante ou grave. Veja-se também LEE (1999: 6).

legislativas, do mesmo poder discricionário que as Instituições Comunitárias ao adoptarem actos normativos para prossecução de políticas comunitárias. Aliás, a formulação da regra decorrente do Acórdão do caso *Zuckerfabrik Schöppenstedt c. Conselho*, pressupunha que as Instituições Comunitárias tivessem praticado actos de natureza legislativa, envolvendo opções de política económica.

Deste modo, como chega a admitir STEINER (1998:87), o TJ, no Acórdão *Brasserie du Pêcheur*, deixava a porta aberta para que, noutras situações, em que os Estados-Membros não tivessem agido no domínio das opções legislativas, esse teste tão restritivo pudesse não ser aplicado. Acresce que o próprio TJ em alguns casos, como já mencionámos, considerou inaplicável um critério tão restritivo, bastando-se com a mera violação de disposições comunitárias.

Quanto à transposição das condições da responsabilidade extracontratual da Comunidade para a responsabilidade dos Estados-Membros por violação do Direito Comunitário, é interessante constatar que, no caso *Bergaderm*<sup>114</sup>, o TJ fez um raciocínio de sentido inverso, considerando transponíveis as condições da responsabilidade dos Estados-Membros, nomeadamente as fixadas no Acórdão *Brasserie du Pêcheur*, para a responsabilidade da Comunidade.

Como referimos, um elemento a ter em consideração pelos órgãos jurisdicionais nacionais na determinação da segunda condição é a margem de livre apreciação de que os poderes públicos nacionais gozam na sua actuação. No caso *Rechberger*, o TJ defendeu que, não dispondo o Estado-Membro de qualquer margem de livre apreciação quanto à aplicação de determinada norma (constante de uma Directiva Comunitária), existiria violação suficientemente caracterizada. A questão da discricionariedade havia igualmente sido abordada no âmbito dos já citados casos *British Telecommunications*, *Hedley Lomas* e *Carolyn Robins e outro*. Neste último, o TJ liga expressamente a questão da margem de livre apreciação à da clareza e precisão da norma comunitária violada, ao considerar que “(...) a margem de apreciação de um Estado-Membro constitui um critério importante para demonstrar a existência de uma violação suficientemente caracterizada do direito comunitário” e que a mesma “(...) é largamente tributária do grau de clareza e precisão da regra violada”.<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> Processo C-352/98 P.

<sup>115</sup> Parágrafos 72-73.

Assim, como afirma TRIDIMAS (2001: 311), “(...) the margin of discretion enjoyed by the Member State is in inverse relationship with the likelihood of establishing a serious breach. The less the margin of discretion left to the national authorities by the Community rules, the easier it would be to establish that a breach of those rules is serious.”

De facto, no caso de actuações ao abrigo de poderes vinculados, o mero incumprimento da obrigação comunitária poderá, por si só, constituir uma violação suficientemente caracterizada, sem que seja necessário comprovar-se que a mesma é grave ou manifesta.<sup>116</sup>

Esta margem de livre apreciação a que nos vimos referindo deve ser aferida por referência ao Direito Comunitário e não ao direito nacional, sendo irrelevante que um funcionário de uma entidade administrativa aja no âmbito de poderes estritamente vinculados nos termos da lei nacional, como ficou esclarecido no caso *Haim II*, a que acima já aludimos.

Quanto ao carácter desculpável ou indesculpável e à persistência da violação, enquanto elementos a ter em conta pelo órgão jurisdicional nacional, será pertinente ter em consideração a existência de anterior jurisprudência do TJ, quer se trate de jurisprudência de natureza interpretativa (acórdãos proferidos em sede de reenvio prejudicial), quer se trate de decisões proferidas no âmbito de acções por incumprimento. E, caso exista uma decisão do TJ declarando verificado o incumprimento do Estado-Membro, tal será fundamento suficiente, por si só, e independentemente de o Estado-Membro persistir na conduta em causa, para o preenchimento da segunda condição, como resultava já do Acórdão do caso *Brasserie du Pêcheur*.

Ainda quanto à verificação da segunda condição, como havia também já ficado patente no Acórdão do caso *Brasserie du Pêcheur* e foi reafirmado nos casos *Haim II*, *Dillenkofer* e *Comissão c. República Portuguesa*<sup>117</sup>, não obstante não propor exactamente uma responsabilidade objectiva, o TJ afirma que a exigência da verificação de culpa não poderá ir além da violação suficientemente caracterizada, até porque o conceito de culpa apresenta um conteúdo diverso nos vários Estados-Membros.

---

<sup>116</sup> TORRENS (2002b: 249).

<sup>117</sup> Processo C-275/03.

### **3.2.3. A Terceira Condição**

Se o TJ, numa primeira fase, concentrou a sua jurisprudência essencialmente na determinação da *violação suficientemente caracterizada*, remetendo, quase invariavelmente, quanto à determinação da verificação da terceira condição (nexo de causalidade directo entre a violação suficientemente caracterizada e o dano), para o juiz nacional, sem grande aprofundamento, esta terceira condição viria a merecer a atenção do TJ no âmbito daquilo que TRIDIMAS (2001) designou como a *segunda geração* da jurisprudência relativa à responsabilidade dos Estados-Membros por violação do Direito Comunitário.

No caso *Brinkmann*, que já acima referimos a propósito da aplicação do princípio da responsabilidade dos Estados-Membros a actuações imputáveis ao poder executivo, o TJ analisou, ele próprio, a existência de nexo de causalidade directo, tendo concluído que, não obstante não ter sido total ou correctamente transposta uma Directiva comunitária, e uma vez que as autoridades administrativas haviam aplicado a Directiva, ter-se-ia provocado uma interrupção do nexo causal quanto à responsabilidade do Legislador. A responsabilidade, que no Acórdão acabaria por ser, afinal, afastada devido à falta de clareza da norma violada, só poderia ter sido, segundo o TJ, imputável à Administração que havia interpretado erradamente a Directiva, mas apenas se o incumprimento desta fosse indesculpável, não podendo aplicar-se os critérios mais rígidos da falta de transposição de Directivas, para aferir se se verificava uma violação suficientemente caracterizada.

TRIDIMAS (2001: 306) considera que esta perspectiva constitui um incentivo para que as entidades administrativas apliquem as normas de Directivas, ainda que não tenha havido, ou tenha havido insuficientes, medidas de transposição pelo Legislador, podendo assim obstar à responsabilidade dos Estados-Membros por omissões legislativas.

Outro caso relevante quanto ao nexo de causalidade foi o já mencionado *Rechberger*. Neste, o TJ considerou estar verificada a terceira condição, traduzida na relação causal directa entre a incorrecta transposição de uma Directiva, relativa a pacotes de viagens, e os danos sofridos por clientes de um agência de viagens que havia falido, após terem sido antecipadamente pagos montantes respeitantes a viagens que

nunca chegaram a realizar-se. As normas da Directiva destinavam-se a proteger os direitos dos clientes, pelo que o TJ considerou, contrariamente a Governo austríaco, que o nexo causal directo se verificava e que a responsabilidade do Estado-Membro não podia ficar precludida devido a “comportamentos imprudentes por parte dos operadores turísticos ou pela ocorrência superveniente de acontecimentos excepcionais ou imprevisíveis”<sup>118</sup>, pois estas circunstâncias não seriam susceptíveis de excluir a existência de nexo causal directo. Os acontecimentos que tivessem aumentado o risco da actividade dos operadores e a falência dos mesmos não poderiam obstar à responsabilidade do Estado, já que eram precisamente os efeitos desse tipo de risco sobre os clientes/consumidores que a Directiva pretendia acautelar.

Não obstante o TJ ter começado a proceder a um tratamento mais aprofundado da questão da causalidade, a verdade é que como nota TRIDIMAS (2001: 310), o Tribunal não elaborou princípios relativos à causalidade, tendo mantido uma apreciação caso a caso.

A causalidade é abordada com mais detalhe por ANAGNOSTARAS (2002: 664), definindo-a do seguinte modo :

“The breach committed by the defendant should be so closely linked with the loss sustained by the plaintiff, as to be regarded as its proximate cause. If the result complained of would still have been the same even in the absence of the wrongful act attributed to the national authorities, the required causal link will be missing and any liability action brought for the receipt of damages from the public funds will inevitably fail. The same will also be the case, if between the activity of the defendant and its effects on the applicant there is the intervention of another public or private actor that constitutes a more proximate cause of the sustained loss.”

A doutrina, apoiando-se na jurisprudência do TJ, tem apontado alguns factores susceptíveis de interromper o processo causal.

Um desses factores é a conduta do lesado.

GONZÁLEZ (2001: 19 e segs.) faz referência à posição do Advogado-Geral Tesouro no caso *Brasserie du Pêcheur* que, louvando-se no caso *Mulder e outros c.*

---

<sup>118</sup> Parágrafo 77.

*Conselho e Comissão*<sup>119</sup>, defendeu que existe um princípio geral comum aos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, de acordo com o qual a pessoa lesada devera provar que havia adoptado um comportamento diligente por forma a limitar o prejuízo, sob pena de poder suportá-lo ela própria, fundamentando tal posição igualmente na Recomendação R(84) 15 do Conselho da Europa, que prevê que possa ser reduzida ou mesmo excluída a reparação de danos se por sua culpa ou por não ter o mesmo utilizado os meios legais ao seu dispor, o lesado tiver contribuído para o dano. Coloca-se, pois, nesta sede, a questão de saber se a não interposição atempada de acções de impugnação pode excluir a possibilidade de reivindicar a responsabilidade do Estado incumpridor. Ainda de acordo com a posição do Advogado-Geral Tesouro, referenciada pela autora, o TJ teria já defendido a autonomia da acção de responsabilidade no âmbito da responsabilidade extracontratual da Comunidade.

No Acórdão que veio a ser proferido nesse caso (*Brasserie du Pêcheur*), como já referimos, o TJ decidiu que é relevante, na determinação da existência de responsabilidade do Estado-Membro por violação do Direito Comunitário, a conduta do lesado, nomeadamente se tomou as medidas e intentou atempadamente as acções possíveis perante os tribunais nacionais, de forma a prevenir ou impedir a produção do dano ou o seu agravamento. Também no caso *Dillenkofer* a questão foi analisada.

ANAGNOSTARAS (2002: 671), considera que este dever que recai sobre o lesado constitui um factor de admissibilidade da acção de indemnização. Deste modo, entre a violação das entidades públicas do Estado-Membro e os efeitos da mesma colocar-se-ia a intervenção negligente do lesado que contribuiria, dessa forma, para a produção (e acrescentamos nós, ou manutenção) do dano. Contudo, o autor ressalva que este dever (“mitigation duty”), não poderá ser entendido de forma a onerar os particulares lesados, condicionando a admissibilidade de acções de responsabilidade à prévia exaustão de acções judiciais independentemente das perspectivas de sucesso destas últimas, e aponta como exemplo o caso *Metallgesellschaft*<sup>120</sup>, no qual foi rejeitado pelo TJ que o lesado tivesse de utilizar previamente mecanismos para invocar o primado e efeito directo das normas comunitárias perante os órgãos jurisdicionais nacionais como condição para poder solicitar o ressarcimento dos danos causados pela conduta da Administração nacional, designadamente acções judiciais sobre actos de autoridades administrativas,

---

<sup>119</sup> Processos apensos C-104/89 e C-37/90.

<sup>120</sup> Processos apensos C-397/98 e C-410/98.

sobretudo quando fosse evidente ou previsível, face ao direito interno, o insucesso destas, por tal tornar excessivamente difícil a obtenção do direito à reparação.<sup>121</sup>

Defende, pois, o autor, sustentando-se também no caso *Dillenkofer*, que os deveres de diligência e cuidado exigíveis ao lesado não podem conduzir à violação dos princípios da efectividade da protecção dos direitos.

Muito recentemente o TJ voltou a pronunciar-se sobre questões relativas aos efeitos da conduta do lesado na responsabilidade do Estado-Membro por violação do Direito Comunitário. No caso *Danske Slagterier*, a que já acima fizemos referência, foi colocada uma questão prejudicial, por um tribunal alemão, no sentido de apurar se existiriam objecções a uma regra geral que excluísse a obrigação de indemnização quando o lesado não tivesse, deliberadamente ou por mera negligência, utilizado os meios processuais previstos na lei para evitar o dano, questionando igualmente o órgão de reenvio se seria razoável exigir essa utilização quando o tribunal nacional não pudesse responder às questões sem previamente proceder ao reenvio prejudicial para o TJ ou quando estivesse pendente acção por incumprimento.

O TJ remeteu para a sua jurisprudência anterior, nomeadamente a do caso *Brasserie du Pêcheur*, admitindo que “(...) o juiz nacional podia verificar se o lesado tinha actuado com diligência razoável, no sentido de evitar o dano ou de o limitar, e se, designadamente, tinha utilizado em tempo útil todos os meios processuais à sua disposição.”<sup>122</sup> Todavia, ressalva que “(...) seria contrário ao princípio da efectividade impor aos lesados o recurso sistemático a todos os meios processuais à sua disposição, mesmo quando isso criar dificuldades excessivas ou não lhes puder ser razoavelmente exigido”, trazendo à colação o caso *Metallgesellschaft*.<sup>123</sup> Mas, concluiu o TJ que “[a] probabilidade de o juiz nacional apresentar um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE<sup>124</sup> ou a pendência de uma acção por incumprimento no Tribunal de Justiça não podem, só por si, constituir uma razão suficiente para se concluir que não é razoável exercer um meio processual.”<sup>125</sup>

Outra situação referida por ANAGNOSTARAS (2002: 673) como susceptível de conduzir à não verificação da terceira condição será a circunstância de ser possível

---

<sup>121</sup> Vejam-se, em especial, os parágrafos 106 e 107.

<sup>122</sup> Parágrafos 60-61.

<sup>123</sup> Parágrafos 62-63.

<sup>124</sup> Que corresponde ao art.º 267.º do TFUE.

<sup>125</sup> Parágrafo 69.



apurar que o dano sempre se teria produzido na esfera jurídica do lesado, ainda que a autoridade nacional não tivesse infringido o Direito Comunitário. O autor distingue, neste âmbito, dois tipos de situações: o caso de o dano se poder eventualmente dever a outros factores (no âmbito das regras sobre concorrência, às condições de mercado, por hipótese) e a não observância de normas de natureza procedimental, considerando, neste último caso que “[i]t is thus often difficult to show that the result complained of would have actually differed, had the correct procedure been followed by the defaulting domestic authorities”.

Cumprir ainda fazer menção a um outro factor apontado pela doutrina como susceptível de excluir a verificação do nexo causal directo entre a actuação do Estado-Membro e o dano. Trata-se de situações em que facto lesivo seja imputável às próprias Instituições da União Europeia, tendo as autoridades nacionais agido na estrita aplicação ou execução de actos (ilícitos) daquelas emanados, sem qualquer margem de livre apreciação. ANAGNOSTARAS (2002: 665), baseando-se nos casos *Krohn c. Comissão*<sup>126</sup>, *Asteris e outros c. Comissão*<sup>127</sup> e *Asteris II*<sup>128</sup>, e *Mulder c. Conselho e Comissão*, conclui quanto a este aspecto, que “[i]f the national authorities did nothing more than to give effect to binding instructions and to proceed to the faithful implementation and application of the law without enjoying any margin of discretion in the performance of their respective duties, any liability action should be directed against the institution that actually adopted the allegedly unlawful act. The implementing bodies do not act illegally, when they have no choice other than to comply with the bonding legislative will.”<sup>129</sup>

### **3.2.4. Os Danos ou Prejuízos e a Obrigação de Indemnizar**

No que respeita aos danos ou prejuízos indemnizáveis, no caso *Brasserie du Pêcheur* o TJ já se havia pronunciado no sentido de a indemnização dever abranger não

---

<sup>126</sup> Processo 175/84.

<sup>127</sup> Processos apensos 194/83 a 206/83.

<sup>128</sup> Processos apensos 106/87 a 120/87.

<sup>129</sup> No mesmo sentido se pronuncia WILLS (1992: 196), invocando ainda o caso *Granaria* (processo 101/78).

só danos emergentes, mas igualmente lucros cessantes. Porém, pouco mais foi avançado por aquele órgão jurisdicional quanto a esta matéria.

Assim, TORRENS (2002b: 258 e segs) considera que haverá que recorrer à jurisprudência do próprio TJ proferida no âmbito da responsabilidade extracontratual da Comunidade (ex-artº 288.º TCE).<sup>130</sup> O dano deveria, como tal, ser certo e específico (ou seja, afectar de forma concreta os particulares, sendo o prejuízo individualizado ou, pelo menos, individualizável), actual, directo, real, quantificável economicamente, abrangendo a reparação danos emergentes e lucros cessantes e os correspondentes juros.<sup>131</sup> Salienta, ainda que, de harmonia com a jurisprudência do TCJE proferida ao abrigo do (ex-)art.º 288.º do TCE<sup>132</sup>, seriam também indemnizáveis danos imateriais ou morais.

Por outro lado, é de salientar que o TJ considerou, no caso *Bonifaci e outros*, que nem sempre a obrigação de reparação dos danos ou prejuízos causados por actuações desconformes ao Direito Comunitário passaria pela indemnização em dinheiro, porquanto, a mera aplicação retroactiva de medidas necessárias à aplicação ou execução do Direito Comunitário, por exemplo, poderia ser suficiente para eliminar o prejuízo, só havendo então lugar a alguma forma de indemnização pecuniária se fossem provados danos adicionais.<sup>133</sup>

Ainda quanto à obrigação de indemnizar, como ficou clarificado no caso *Brasserie du Pêcheur*, e já acima referimos, o nascimento da obrigação de indemnizar, ocorre com a violação do Direito da União Europeia e é independente da existência de prévia declaração pelo TJ que verifica o incumprimento e do momento em que uma tal declaração tenha lugar, devendo a reparação ser adequada ao prejuízo sofrido.

Uma questão que condiciona o direito à reparação de prejuízos sofridos em consequência de violações do Direito da União Europeia imputáveis aos Estados-Membros, é a da sujeição do exercício desse direito ou da interposição da competente acção judicial a prazos preclusivos, nomeadamente de prescrição.

---

<sup>130</sup> Baseando-se nos casos *FERAM* (processo 23/59), *Worms* (processo 8/60), *Société Anonyme Matallurgique Hainut-Sambre* (Processo 4/65), *Lesiur Cotelle* (processos apensos 67/75 a 85/75), *WaferZoo* (processo T-478/93), *Stott* (processo T-99/95), *Kampffmeyer* (processos apensos 56/74 a 60/74), *Mulder*, este último já acima identificado.

<sup>131</sup> Quanto a este último aspecto, baseando-se já no caso *Brasserie du Pêcheur*.

<sup>132</sup> Refere os casos *Farrugia* (processo T-230/94), *Oberthür* (processo 24/79) e *Mollet* (processo 75/77).

<sup>133</sup> TORRENS (2002b: 265-266) conclui, pois, que a reparação a que houver lugar abrangerá qualquer medida susceptível de colocar o lesado na situação que existiria se a violação do Direito Comunitário não tivesse ocorrido, podendo implicar ou não o pagamento de indemnização.

Este tema foi abordado no caso *Palmisani*<sup>134</sup>, tendo o TJ decidido que “(...) o direito comunitário, no seu estágio actual, se não opõe a que um Estado-Membro imponha, para a propositura de qualquer acção destinada à reparação do prejuízo sofrido em razão da transposição tardia da directiva, um prazo de preclusão de um ano, contado a partir da transposição para a sua ordem jurídica interna, na condição de esta modalidade processual não ser menos favorável do que as relativas a acções similares de natureza interna.”<sup>135</sup>

Mais recentemente, no caso *Danske Slagterier*, a que já nos referimos *supra*, o TJ novamente admitiu a possibilidade de serem fixados prazos preclusivos, que caberia ao direito interno de cada Estado-Membro definir, desde que fossem respeitados os princípios da equivalência e da efectividade e tal não impossibilitasse ou tornasse excessivamente difícil o direito à reparação.<sup>136</sup> O TJ considerou ainda que nada obstava a que, no caso de transposição incorrecta de uma Directiva, o prazo se iniciasse na data em que as primeiras consequências danosas começassem a verificar-se, ainda que anterior à data em que a correcta transposição viesse a ocorrer, pois, de acordo com a legislação nacional aplicável naquele caso concreto esse prazo de prescrição só podia começar a correr depois de o lesado ter tido conhecimento do dano e da identidade do responsável.<sup>137</sup>

### **3.2.5. Responsabilidade Solidária com o Estado**

Por fim, consideramos importante fazer ainda uma referência ao Acórdão do caso *A.G.M.- COS-MET*.<sup>138</sup> Foi suscitada, a título prejudicial, por um órgão jurisdicional finlandês, no âmbito de um litígio que se prendia com a fiscalização do cumprimento de normas de segurança respeitantes a pontes elevatórias para veículos comercializadas pela A.G.M. e com a interpretação da Directiva 98/37/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes às máquinas (JO L 207, de 23/07/1998),

---

<sup>134</sup> Processo C-261/95.

<sup>135</sup> Parágrafo 40.

<sup>136</sup> Parágrafo 48.

<sup>137</sup> Parágrafos 49-56.

<sup>138</sup> Processo C-470/03.

a questão de saber se a actuação de um funcionário dos serviços do Ministério dos Assuntos Sociais e da Saúde, que havia consistido em expressar publicamente, numa entrevista televisiva, que as referidas pontes elevatórias não cumpriam as normas de segurança europeias, poderia ser considerada contrária aos ex-arts. 28.º e 30.º do TCE (a que correspondem os arts. 34.º e 36.º do TFUE) e se poderia ser justificada ao abrigo da liberdade de expressão prevista na Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem. Foi igualmente questionado se, caso tal actuação fosse considerada contrária àquelas normas do Tratado, tal consubstanciaria uma violação grave e manifesta para efeitos do responsabilidade do Estado, bem como se, para além da responsabilidade do Estado, e nas mesmas condições, poderia ser exigida responsabilidade ao próprio funcionário pela sua actuação contrária ao Direito Comunitário. Indagava ainda o órgão jurisdicional nacional se seria contrário ao Direito Comunitário que o funcionário, tendo cometido o acto com mera negligência, não respondesse pela totalidade do prejuízo causado e que a responsabilidade do Estado fosse limitada a determinados casos previstos na lei interna.

O TJ decidiu, relativamente à existência de *violação suficientemente caracterizada*, que se estava perante uma situação em que a disposição de uma Directiva conferia direitos aos particulares, não deixando qualquer margem de livre apreciação aos Estados-Membros quanto à conformidade das máquinas com a mesma, pelo que, “[o] desrespeito desta disposição resultante de declarações de um funcionário de um Estado-Membro, desde que sejam imputáveis a este Estado, constitui uma violação suficientemente caracterizada do direito comunitário para imputar a responsabilidade ao referido Estado.”<sup>139</sup> Já no que respeita à responsabilidade do funcionário e eventuais limitações da responsabilidade do Estado finlandês, pronunciou-se, quanto ao último aspecto, pela admissibilidade de condições específicas, impostas pelo direito nacional, à reparação de danos que não fossem causados a pessoas ou bens, sempre sob ressalva de que não tornassem impossível ou excessivamente difícil a reparação dos danos<sup>140</sup>; e, quanto ao primeiro aspecto, no sentido de que “[o] direito comunitário não se opõe a que possa existir responsabilidade de um ente jurídico, que não seja um Estado-Membro, de reparar os prejuízos causados aos particulares por medidas por ele adoptadas em violação do direito comunitário, para além da

---

<sup>139</sup> Parágrafo 86.

<sup>140</sup> Parágrafo 96.

responsabilidade do próprio Estado-Membro”, não se opondo, da mesma forma, “(...)a que possa ser imputada responsabilidade a um funcionário para além da responsabilidade do Estado-Membro, mas não o impõe”.<sup>141</sup>

Observadas as condições e critérios que se analisaram, será no quadro legislativo e processual nacional que a responsabilidade dos Estados-Membros será efectivada, conforme constantemente salientado pelo próprio TJ na sua jurisprudência relativa a esta temática.

No Capítulo seguinte faremos, pois, uma incursão pelo regime jurídico português referente à responsabilidade civil extracontratual do Estado, por factos ilícitos praticados no exercício da função administrativa.

---

<sup>141</sup> Parágrafos 98-99.

### **CAPÍTULO 3 – O DIREITO PORTUGUÊS EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR FACTO ILÍCITO PRATICADO NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA**

#### ***1. O REGIME JURÍDICO ANTERIOR: DECRETO-LEI N.º 48.051, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1967. A CONSTITUIÇÃO DE 1976. ASPECTOS GERAIS.***

A responsabilidade civil extracontratual pelo exercício da função administrativa tem, em Portugal, uma longa tradição, envolvendo alguns autores os seus primórdios na Constituição de 1822 e textos constitucionais seguintes<sup>142</sup>, ainda que aí tal responsabilidade surgisse limitada a “erros de ofício” e “abusos de poder” dos empregados públicos, e recaísse exclusivamente sobre estes.

No domínio do Código de Seabra, de 1867, era possível vislumbrar o princípio no art.º 2399.º, inicialmente como responsabilidade exclusiva dos poderes públicos, e, após a revisão de 1930, admitindo a solidariedade da responsabilidade com os funcionários. A responsabilidade civil extracontratual da Administração viria igualmente a conhecer consagração no Código Administrativo de 1936-1940 (arts. 366.º e 367.º), bem como na Constituição de 1933 (art.º 8.º, § 17.º).<sup>143</sup>

Em 1967, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 48.051, foi criado um regime geral que viria a servir de modelo para regimes específicos como o da responsabilidade das autarquias locais (arts. 90.º e 91.º do Decreto-Lei n.º100/84, de 29 de Março, posteriormente revogados pela Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, passando o regime a ficar contemplado nos arts. 96º e 97.º desta última).

Este diploma, não obstante as insuficiências que veio a revelar *a posteriori*, veio criar uma disciplina jurídica bastante completa para a época (recorde-se que o diploma data da década de 60 do passado século), tendo, desde logo, fixado uma distinção entre actos de gestão pública, à responsabilidade pelos quais se aplicava, e actos de gestão

---

<sup>142</sup> (SILVA, 2004: 142-143); (MESQUITA, 2004: 87 e segs.)

<sup>143</sup> (CORTEZ,2000: 11 e segs.); (GARCIA,1997:10 e segs.); (SOUSA e MATOS,2008:12 e segs.); (SILVA, 2004: 141 e segs.)

privada, cuja responsabilidade seria regida pela lei civil (arts. 500.º e 501.º do Código Civil).<sup>144</sup>

Para além da responsabilidade por facto ilícito, consagrou igualmente normas respeitantes à responsabilidade da Administração por actos lícitos (art.º 9.º) e pelo risco (art.º 8.º).

O diploma adoptou a teoria da responsabilidade civil, tal como já se encontrava delineada no âmbito do direito civil, fazendo depender a responsabilidade por facto ilícito da verificação dos mesmos pressupostos que aquele estabelece: facto ilícito, culpa, dano e nexo de causalidade<sup>145</sup>.

O seu art.º 2.º, n.º 1, previa que o Estado e demais pessoas colectivas públicas respondiam civilmente perante terceiros pelas ofensas dos direitos destes ou das disposições legais destinadas a proteger os seus interesses, resultantes de actos ilícitos culposamente praticados pelos respectivos órgãos ou agentes administrativos no exercício das suas funções e por causa desse exercício.

A definição de *actos ilícitos*, enquanto factos geradores da responsabilidade civil extracontratual regida pelo diploma, encontrava-se no seu art.º 6.º, abrangendo quer actos jurídicos, quer actos materiais: “Para efeitos deste diploma, consideram-se ilícitos os actos jurídicos que violem as normas legais e regulamentares ou os princípios gerais aplicáveis e os actos materiais que infrinjam estas normas e princípios ou ainda as regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração.”

No que respeita à responsabilidade dos próprios titulares de órgãos, funcionários e agentes administrativos, o Diploma apenas a consagrava, a título pessoal, em caso de terem excedido os limites das suas funções ou quando, no desempenho delas e por causa delas, tal actuação fosse dolosa (art.º 3.º, n.º 1). Nesta última situação haveria responsabilidade solidária do Estado ou pessoa colectiva (art.º 3.º, n.º 2).

Nos restantes casos, a responsabilidade recairia exclusivamente sobre a Administração, ainda que, em situações em que os titulares de órgãos, funcionários ou agentes tivessem agido com zelo ou diligência manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo, estivesse consagrada a possibilidade de ser exercido o direito de regresso (art.º 2.º, n.º 2).

---

<sup>144</sup> Sobre a distinção entre actos de gestão pública e actos de gestão privada, veja-se GARCIA (1997: 18 e segs. ), SOUSA e MATOS (2008: 17) e GOMES (2008 :28).

<sup>145</sup> (SILVA, 2004: 169-175); (GARCIA, 1997: 25 e segs).

Porém, dado que esse exercício não era estabelecido com carácter de obrigatoriedade, o mesmo nunca era exercido, até porque o diploma era totalmente omissivo quanto à forma da sua efectivação.

O Decreto-Lei n.º 48.501 ocupou-se ainda daquilo que usualmente é designado por *culpa do lesado* ou *concurso de omissão culposa do lesado*, no seu art.º 7.º: “ O dever de indemnizar, por parte do Estado e demais pessoas colectivas públicas, dos titulares dos seus órgãos e dos seus agentes, não depende do exercício pelos lesados do seu direito de recorrer dos actos causadores do dano; mas o direito destes à reparação só subsistirá na medida em que tal dano se não possa imputar à falta de interposição de recurso ou a negligente conduta processual da sua parte no recurso interposto.”

Este preceito gerou controvérsia na doutrina e na jurisprudência, tendo chegado a ser defendida a natureza subsidiária da acção de indemnização relativamente ao antigo recurso contencioso de anulação (hoje substituído pela acção administrativa especial prevista nos arts. 50.º e segs. do CPTA), no caso de danos causados por acto administrativo ilegal: em caso de acto administrativo ilegal os danos deveriam ser reparados, em primeira linha, através do mecanismo da execução de sentença anulatória (anteriormente constante do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho, e entretanto revogado e substituído pelos arts. 173.º e segs. do CPTA), por força do qual deveria ser reconstituída a situação hipotética em que o particular estaria se não tivesse sido praticado o acto administrativo ilegal, apenas havendo lugar a indemnização por danos não abrangidos por essa execução. De acordo com tal posição não poderia haver lugar à acção de indemnização se os danos tivessem ocorrido ou se se tivessem mantido devido à falta de utilização dos meios de reacção tendentes à anulação ou declaração de nulidade do acto<sup>146</sup>.

Não obstante este regime ser omissivo quanto à responsabilidade por omissão do dever de agir, nomeadamente quanto ao dever de vigilância (usualmente designada responsabilidade por culpa *in vigilando*), ou à responsabilidade por mau funcionamento do serviço (*faute du service*)<sup>147</sup>, a verdade é que a jurisprudência, como é assinalado por GARCIA (1997: 33 e segs) e BOTELHO (2000), foi admitindo estas modalidades.

Trata-se de um diploma, cujas linhas essenciais, no que respeita à responsabilidade pelo exercício da função administrativa, viriam a ser, em boa medida,

---

<sup>146</sup> (GARCIA, 1997: 29); (CORTEZ, 2000); (BOTELHO, 2000: 816 e segs).

<sup>147</sup> (GARCIA, 1997: 25-26).



mantidas, ainda que com aperfeiçoamentos, na Reforma que levou à aprovação do RRCEE.

Mas, trata-se igualmente de um regime que veio a revelar inúmeras insuficiências.

De facto, o Decreto-Lei n.º 48.051 viria a merecer a crítica da doutrina e da jurisprudência, tendo algumas das suas normas sido consideradas inconstitucionais, a título superveniente, em virtude da entrada em vigor da Constituição de 1976, nomeadamente devido ao teor do seu art.º 21.º (numeração originária, correspondendo ao actual art.º 22.º), que abarcava qualquer função do Estado e estabelecia como regra geral a da responsabilidade solidária do Estado e demais entidades públicas com os titulares de órgãos, funcionários ou agentes, não contemplando formas de responsabilidade exclusiva daqueles primeiros nem casos de exclusão de responsabilidade dos segundos, contrariamente ao que sucedia no regime do Decreto-Lei n.º 48.051<sup>148</sup>

Também, no que especificamente concerne à responsabilidade dos funcionários ou agentes administrativos, o art.º 271.º da CRP previa, já desde a redacção originária, a responsabilidade civil dos mesmos pelas acções e omissões de que resultasse violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos (n.º 1), excluindo-se, como previsto no n.º 2, essa responsabilidade em caso de cumprimento de ordens ou instruções emanadas do legítimo superior hierárquico, em matéria de serviço, se tivessem sido objecto de reclamação ou confirmação por escrito (excepto em caso de crime, em que o dever de obediência cessaria, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo). O n.º 4 remetia para a lei ordinária os termos em que o Estado e demais entidades públicas teriam direito de regresso sobre os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes.

Não obstante o STJ ter chegado a julgar inconstitucional o n.º 2 do art.º 3.º do Decreto-Lei n.º 48.051<sup>149</sup>, o Tribunal Constitucional nunca viria a sustentar a tese da inconstitucionalidade. No que respeita à responsabilidade exclusiva do Estado e demais entidades públicas, limitando ou excluindo a responsabilidade do titular de órgão, funcionário ou agente, sem observância da regra de solidariedade, pronunciou-se mesmo pela conformidade constitucional dos arts. 2.º e 3.º, n.ºs 1 e 2 daquele Decreto-

---

<sup>148</sup> Vejam-se, quanto a esta questão MESQUITA (2004: 94 e segs.), (2009b:9-10); AMARAL (2002: 46 e segs.); CADILHA (2002: 236 e segs.), (2009: 252); CORTEZ (2000: 23 e segs.) e GARCIA (1997: 36 e segs.).

<sup>149</sup> Acórdão de 06/05/1986, publicado no BMJ n.º 357.

Lei, enquanto eximiam de responsabilidade, no plano das relações externas, os titulares de órgãos, funcionários e agentes do Estado e demais entidades públicas por danos causados pela prática de actos ilícitos e culposos (culpa leve ou grave) no exercício das suas funções e por causa delas<sup>150</sup>, e, noutro aresto, do art.º 2.º, ainda que a propósito de uma questão de legitimidade processual.<sup>151</sup>

Quanto ao facto de o regime restringir o seu âmbito de aplicação à responsabilidade por exercício da função administrativa, deixando de fora outras funções do Estado, essa lacuna não obviou a que a jurisprudência tivesse condenado o Estado no âmbito do exercício dessas funções.<sup>152</sup>

Mas, mesmo no que respeitava à função administrativa, QUADROS (2004b: 9) evidenciava, quanto ao princípio da responsabilidade dos poderes públicos, na vigência do referido diploma, que o mesmo “(...) tem sido sem dúvida negligenciado em Portugal, desde logo, na prática administrativa, mas também na doutrina e na jurisprudência – o que, por si só, demonstra o carácter ainda incompleto e inacabado do nosso regime democrático”, afirmando que o estado do Direito positivo sobre a responsabilidade extracontratual da Administração não podia ser considerado satisfatório (2004b:21).

O mesmo autor critica ainda os tribunais administrativos portugueses pela aplicação do instituto da responsabilidade civil extracontratual da Administração, considerando que a sua jurisprudência “(...) não procura fornecer uma elaboração doutrinária ao instituto (...), limitando-se quase sempre a remeter comodamente para a doutrina para a jurisprudência civilistas, o que em muitos casos distorce por completo os fundamentos daquele instituto”, ao que acresceria o facto de as indemnizações fixadas serem, na generalidade dos casos, de valor irrisório, ou mesmo ridículo (2004b:19-20).

Mas as críticas ao diploma de 1967 não se bastavam com estes argumentos.

---

<sup>150</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 236/2004, de 13/04/2004, no qual se pode ver uma análise das várias posições doutrinárias sobre a matéria.

<sup>151</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 5/05, de 05/01/2005.

<sup>152</sup> A jurisprudência chegou a aceitar, mesmo perante aquele quadro legislativo, a responsabilidade civil extracontratual do Estado por danos causados no exercício da função jurisdicional (Acórdão do STA, 1.ª Secção, de 07/03/1989 – *Garagens Pintosinho, Lda.*) e por omissão legislativa em vários casos (ex.: Acórdão da Relação de Lisboa, de 07/05/2002 – Processo 0035211 - caso Aquaparque; Acórdão da Relação do Porto, de 07/04/2005- Processo 0530820; Acórdão do STJ de 27/11/2007 – Processo 07A3954). Vejam-se, com várias referências à evolução jurisprudencial, GARCIA (1997: 37-48) e MESQUITA (2009: 94-104).

Esse regime, aprovado numa época em que estava ainda longe de se prefigurar a adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia (CEE), à Comunidade Europeia da Energia Atómica (CEEA) e à Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), e em que no âmbito comunitário inexistia ainda qualquer afirmação geral do princípio da responsabilidade dos Estados-Membros por violação do Direito Comunitário, não revelava, obviamente, qualquer preocupação com a temática que nos ocupa neste estudo.

Naturalmente, com a adesão de Portugal às Comunidades, em 1986, e a afirmação, pelo TJ, desse princípio geral, inicialmente reportando-se ao exercício da função legislativa, nomeadamente no que toca à não transposição ou incorrecta transposição de Directivas, mas reiterado quanto a actos praticados no exercício da função administrativa e mesmo, mais recentemente, jurisdicional, como vimos no Capítulo anterior, veio tornar tal diploma insuficiente.

Efectivamente, “(...) estar-se-ia a adoptar em Portugal uma visão incompleta e, portanto, pouco rigorosa da matéria da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública se se continuasse a encará-la (...) apenas no plano do direito interno”.<sup>153</sup>

Quanto a este último aspecto, em intervenção proferida no âmbito dos trabalhos preparatórios da reforma do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado, QUADROS (2002: 56) salientava: “(...) a reforma que se projecta deve tomar consciência, o que, aliás, já tarda muito, de que aquela responsabilidade nasce, não só da violação directa das fontes de Direito interno português, mas também da violação *directa e imediata* do Direito Internacional e do Direito Comunitário. (...) No que diz respeito ao Direito Comunitário, teimosamente continuamos a não encontrar nem na prática administrativa nem na jurisprudência dos nossos tribunais qualquer sinal de que já se esteja a compreender em Portugal que o incumprimento pelo Estado Português do Direito Comunitário, seja de que grau for, faz nascer para ele responsabilidade civil extracontratual com fonte *directa* no Direito Comunitário e, por isso, a julgar por tribunais portugueses segundo critérios, incluindo critérios indemnizatórios, de *Direito Comunitário*, mesmo contra eventuais normas de sentido contrário do Direito interno Português.”

---

<sup>153</sup> (QUADROS, 2004b: 30).

MONCADA (2008: 14-17) considerava igualmente urgente a aprovação de um novo regime, devido, entre outros aspectos de ordem constitucional, à necessidade de reflectir o direito europeu.

Também GOMES (2008: 25-26) referia, a propósito da aprovação de um novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado, que o mesmo se mostrava necessário devido a dois factores: “(...) em primeiro lugar, e logo desde 1976, a coincidência entre realização do Estado de Direito e responsabilização das entidades públicas por *quaisquer* acções ou omissões que violem direitos dos particulares, traduzida no art.º 22.º da CRP; em segundo lugar, a pressão da jurisprudência internacional, *maxime* comunitária, no sentido do ressarcimento de danos provocados aos particulares, quer por facto da função jurisdicional (atraso na administração da justiça, pelo qual Portugal já foi diversas vezes condenado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; erro grosseiro na aplicação do Direito Comunitário, na sequência do Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Setembro de 2003 – caso *Köbler*), quer por facto da função legislativa (não transposição ou transposição incorrecta de directivas comunitárias; não revogação de legislação nacional incompatível com normas comunitárias – na sequência da jurisprudência *Francovich* e *Brasserie du Pêcheur*)”.

Em sentido contrário RIBEIRO (2000: 21-22) considera, inexplicavelmente, quanto ao regime jurídico português vigente até 2008, que se verificou “(...) grande abertura em Portugal à aceitação da jurisprudência *Francovich* e *Brasserie du Pêcheur*, mesmo quando esteja em causa a responsabilidade do legislador”, concluindo que “[i]ndependentemente das divergências de interpretação a que possa dar lugar, o regime português da responsabilidade da administração possui a maleabilidade necessária para poder satisfazer a jurisprudência comunitária inaugurada pelos acórdãos *Francovich* e *Brasserie du Pêcheur*”.

Ainda antes da aprovação do novo RRCEE, e na pendência do processo de aprovação na Assembleia da República da última proposta de Lei sobre o tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado, que veio a dar origem ao mesmo (Proposta de Lei n.º 56/X), MESQUITA (2006a: 253 e segs.) chamava a atenção para a desconformidade do Regime constante da proposta com o Direito da União Europeia, ao referir que “(...) qualquer proposta de lei em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado que pretenda substituir o direito ordinário hoje (ao menos parcialmente) vigente e concretizar o princípio fundamental da responsabilidade civil do

Estado e demais entidades públicas constitucionalmente consagrado, não pode nem deve ignorar o Direito da União Europeia em matéria de responsabilidade civil extracontratual dos Estados membros por incumprimento do mesmo, quer por acção, quer por omissão, e imputável a qualquer das funções do Estado.”

O Decreto-Lei n.º 48.051 chegou mesmo a ser, em determinada medida, considerado contrário ao Direito Comunitário pelo TJ, em Acórdão de 14 de Outubro de 2004<sup>154</sup>, em que o Estado Português foi condenado em acção por incumprimento, perante a não revogação ou manutenção em vigor de disposições desse diploma de Direito interno que, ao exigirem a verificação de culpa enquanto pressuposto da responsabilidade civil extracontratual do Estado por exercício da função administrativa, contrariavam o disposto na 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 e de fornecimentos (JO L 395, de 30/12/1989) .

O art.º 2.º, n.º 1, alínea c) da referida Directiva previa que os Estados-Membros deveriam tomar medidas que permitissem a concessão de indemnização às pessoas lesadas por uma violação das regras de contratação pública nela estabelecidas, sem quaisquer requisitos adicionais. Uma vez que dos arts. 2.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 48.051 decorria que apenas haveria lugar a responsabilidade por “actos ilícitos culposamente praticados” pelos titulares de órgãos, funcionários ou agentes das entidades públicas, e que estes últimos responderiam, solidariamente com a pessoa colectiva pública, caso tivessem “procedido dolosamente”, a Comissão, que desencadeou o procedimento contra o Estado Português junto do TJ, considerou que “(...) o direito administrativo português em vigor, decorrente do Decreto-Lei n.º 48.051, subordina erradamente a atribuição de uma indemnização à produção de prova, por parte dos lesados, de que os actos ilegais do Estado ou das pessoas colectivas de direito público foram cometidas com culpa ou dolo.”

A Comissão defendeu, pois, que o Estado Português deveria ter procedido à revogação dessas normas de direito interno, por forma a cumprir as obrigações decorrentes da Directiva em causa. E acrescentava, ainda que “a prova exigida é extremamente difícil, ou mesmo impossível, na medida em que, em geral, não se pode

---

<sup>154</sup> Processo C-275/03. Veja-se a anotação a este Acórdão por GORJÃO-HENRIQUES (2004:168 e segs).

apurar de quem foi a culpa, de modo que, na maior parte dos casos, a pessoa lesada não conseguirá obter a indemnização que requerer e a que teria direito. Além disso, a dificuldade de fazer essa prova conduz, na prática, a que as acções intentadas pelas pessoas lesadas com vista a obterem uma indemnização sejam lentas e, provavelmente, ineficazes”, o que se mostrava contrário ao disposto no art.º 1.º, n.º 1 da mesma Directiva, que impunha a existência de recursos eficazes e rápidos.

O TJ acolheu os argumentos da Comissão e decidiu pela condenação da República Portuguesa, face ao incumprimento dos arts. 1.º, n.º 1 e 2.º, n.º 1, alínea c) da Directiva, afirmando que “o concorrente lesado por uma decisão ilegal da entidade adjudicante corre o risco de ser privado do direito de exigir o pagamento de uma indemnização em virtude do dano que lhe foi causado com essa decisão, ou pelo menos de a obter tardiamente, por não conseguir fazer prova da existência de dolo ou culpa.” E avança ainda aquele Tribunal, quanto à hipótese de os tribunais nacionais desaplicarem, nos casos concretos, os critérios restritivos constantes das normas do Decreto-Lei n.º 48.051, em obediência ao art.º 22.º da CRP, defendida pelo Estado Português, que “[o] facto de o juiz nacional não aplicar as disposições restritivas deste diploma para desencadear a responsabilidade da Administração Pública não tem qualquer efeito sobre o incumprimento, que consiste em manter em vigor a referida norma na ordem jurídica interna. Com efeito, é especialmente importante, a fim de ser satisfeita a exigência de segurança jurídica, que os particulares beneficiem de uma situação clara e precisa permitindo-lhes conhecer a plenitude dos seus direitos e invocá-los, se for caso disso, perante os órgãos jurisdicionais nacionais.”

Não tendo sido observado o Acórdão do TJ, a República Portuguesa veio mesmo a ser condenada em sanção pecuniária por Acórdão do mesmo Tribunal de 10/01/2008.<sup>155</sup>

## **2. O RRCEE, APROVADO PELA LEI N.º 67/2007, DE 31 DE DEZEMBRO. ASPECTOS GERAIS.**

Após inúmeras vicissitudes do processo legislativo, que se traduziram numa sucessão de Propostas e um Projecto de Lei apresentados na Assembleia da República

---

<sup>155</sup> Processo C-70/06.

(Propostas de Lei n.ºs 95/VIII e 88/IX e Projecto de Lei n.º 148/IX), iniciativas legislativas essas que vieram a caducar sem que se conseguisse levar a bom termo a aprovação do novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado, finalmente, na décima legislatura foi apresentada a Proposta de Lei n.º 56/X, que veio a dar origem à Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprovou o novo RRCEE, não sem antes ter ainda deparado com uma última dificuldade: o veto político do Presidente da República<sup>156</sup>, que obrigou a uma *reformulação* de algumas normas, designadamente quanto à responsabilidade pelo exercício da função legislativa em caso de violação, por omissão, do Direito Comunitário, que constava do Decreto da Assembleia da República inicialmente remetido para promulgação, mas viria a ser eliminada na sequência daquele veto.

Ao longo de todo este percurso foi profundo o debate público sobre o novo regime, tendo no entanto o diploma que veio finalmente a ser aprovado, e salvo melhor opinião, ficado bastante aquém das expectativas criadas com tão prometida reforma do regime da responsabilidade civil pública.

SOUSA e MATOS (2008: 7) evidenciam, desde logo, “(...) a importância simbólica e doutrinária do novo diploma, que veio revogar legislação com quatro décadas de vigência e contribuir, espera-se, para que a administração pública portuguesa repense uma postura muitas vezes desajustada a um Estado de direito democrático tal como consagrado na Constituição portuguesa de 1976.”

Parece que, de facto, a aprovação deste novo Regime trouxe, precisamente, mais uma carga simbólica do que uma mudança de fundo, real e efectiva, do regime até então vigente.

A primeira grande novidade, em termos de legislação ordinária, prende-se com a consagração expressa de responsabilidade pelo exercício das funções política e legislativa e jurisdicional. No entanto, como a doutrina vinha defendendo desde há muito, a responsabilidade pelo exercício dessas funções do Estado era já um imperativo constitucional, directamente decorrente do art.º 22.º da CRP, pelo que nesta matéria o legislador ter-se-á limitado a concretizar ou regulamentar a norma constitucional.<sup>157</sup>

---

<sup>156</sup> Diário da Assembleia da República I série N.º.110/X/2 2007.09.07

<sup>157</sup> Neste sentido vejam-se CADILHA (2008:25) e MONCADA (2008:13).

E acresce que, quanto a estes tipos de responsabilidade, o legislador as estabeleceu com inúmeras limitações, se confrontarmos o seu regime com o regime previsto para a responsabilidade pelo exercício da função administrativa.

Esta última continua a apenas estar consagrada quanto a factos de gestão pública, mantendo-se a dicotomia de regimes entre actos de gestão pública, cuja responsabilidade é regida pelo RRCEE, e os actos de gestão privada, cuja responsabilidade é regida pela lei civil, ainda que se tenha procedido, com a aprovação do novo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro (alíneas g) a i) do n.º 1 do art.º 4.º), a uma unificação da jurisdição competente para apreciação das acções de responsabilidade civil fundada em actos quer de gestão pública, quer de gestão privada, contrariamente ao que sucedia anteriormente, em que as acções de responsabilidade fundada nestes últimos eram da competência dos tribunais comuns.

Continua a prever-se a responsabilidade da Administração, quer por facto ilícito ou delitual (arts. 7.º a 10.º) quer pelo risco (art.º 11.º) e por facto lícito, agora *rebaptizada* como responsabilidade pelo sacrifício (art.º 16.º).

No que respeita à responsabilidade civil pelo exercício da função administrativa, em particular na modalidade de responsabilidade delitual ou por facto ilícito, da qual nos propusemos ocupar neste estudo, o novo Regime começa por consagrar que correspondem ao exercício da função administrativa “as acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo” (n.º 2 do art.º 1.º), prevendo-se expressamente que o Regime regula igualmente “a responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos por danos decorrentes de acções ou omissões adoptadas” no exercício da função administrativa “e por causa desse exercício” (n.º 3 do art.º 1.º), sendo as suas disposições igualmente aplicáveis à “responsabilidade das pessoas colectivas de direito privado e respectivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares, por acções ou omissões que adoptem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo” (n.º 5 do mesmo art.º 1.º).



No regime actual, à semelhança do regime anterior<sup>158</sup>, o legislador sujeitou o exercício do direito à indemnização a um prazo prescricional, que será o da lei civil, de três anos (art.º 5.º do RRCEE, que remete para o art.º 498.º do Código Civil e para o regime deste último diploma em matéria suspensão e interrupção da prescrição).

A responsabilidade por facto ilícito praticado no exercício da função administrativa, à semelhança do que já sucedia no domínio da vigência do Decreto-Lei n.º 48.051, e como é evidenciado por SOUSA e MATOS (2008: 18 e segs.) obedece aos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual prevista na lei civil, ou seja, como acima já se referiu facto ilícito, culpa, dano e nexo de causalidade (cf. art.º 483.º do Código Civil).

### **2.1. Facto Ilícito**

Em primeiro lugar, este tipo de responsabilidade pressupõe a existência de um facto voluntário praticado pelo Estado ou demais pessoas colectivas de Direito Público, através dos titulares dos seus órgãos, ou dos seus funcionários, agentes ou trabalhadores em funções públicas, podendo consistir em acções (actos administrativos, emissão de regulamentos, ou meros actos materiais – como resulta do art.º 9.º, .º 1, 2.ª parte) ou omissões juridicamente relevantes (ou seja, omissão de deveres de agir – arts. 9.º, n.º 1 e 1.º, n.º 2)<sup>159</sup>, acções e omissões essas praticadas no exercício da função administrativa e por causa dela.

Caso o titular de órgão, funcionário, agente ou trabalhador actue fora ou para além do exercício de funções ou a sua actuação não se deva a esse exercício, a responsabilidade civil extracontratual daí decorrente é pessoal e exclusiva do mesmo e reger-se-á pela lei civil<sup>160</sup>.

Em matéria de omissões, foi expressamente consagrada a usualmente designada culpa *in vigilando* (omissão dos deveres de vigilância), no n.º 3 do art.º 10.º, que já era há muito admitida pela doutrina e jurisprudência, estabelecendo-se, nessas situações,

---

<sup>158</sup> Art.º 71.º, n.º 2 da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho, entretanto revogada pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, que aprovou o CPTA.

<sup>159</sup> Sobre a responsabilidade civil extracontratual da Administração por omissões, ainda que no domínio de vigência do Decreto-Lei n.º 48.051, veja-se CORTEZ (2003: 32 e segs).

<sup>160</sup> (SOUSA e MATOS, 2008: 19).

uma presunção de culpa leve, que desonera o lesado da prova desse pressuposto da responsabilidade. Esta omissão de deveres de vigilância impostos por lei, regulamento, norma técnica ou dados da experiência pode referir-se a coisas, pessoas e actividades.<sup>161</sup>

No que concerne à ilicitude, esta é definida no art.º 9.º, com alguma novidade face ao anterior regime. De facto, considera o legislador, no n.º 1 deste preceito, que serão ilícitas “as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos” . Verifica-se, igualmente, a ilicitude, quando a ofensa de direito e ou interesses legalmente protegidos resulte do *funcionamento anormal do serviço*, a que se refere o n.º 3 do art.º 7.º.

Não obstante passar a constar da definição de ilicitude a referência à violação de normas e princípios constitucionais e aos deveres objectivos de cuidado, incluindo condutas omissivas, nenhuma referência é feita às normas e princípios de Direito Comunitário ou da União Europeia.

Essa circunstância é perfeitamente anómala, não só pelo facto de se encontrar desde há muito consolidada na jurisprudência comunitária e, logo, no ordenamento jurídico comunitário, a responsabilidade civil extracontratual dos Estados-Membros pela violação do Direito Comunitário decorrente do exercício da função administrativa, como pelo facto de o RRCEE conter menção expressa à violação do Direito Comunitário no seu art.º 15.º, n.º 1, que respeita à responsabilidade pelo exercício da função legislativa. A esta questão voltaremos, com mais aprofundamento, no Capítulo seguinte.

Em matéria de ilicitude, cumpre fazer uma referência, ainda que breve, à questão dos vícios formais que afectem a validade do acto administrativo.

O Supremo Tribunal Administrativo tem vindo a rejeitar, em regra, a existência de responsabilidade civil extracontratual no caso de actos inválidos por vício de forma, nomeadamente por falta de audiência prévia ou falta de fundamentação.

---

<sup>161</sup> (CORTEZ, 2003:36).

Nesse sentido, pode ver-se no Acórdão de 25/01/2005 (Processo n.º 0116/04)<sup>162</sup>, no qual se encontram inúmeras referências a outros arestos com idêntica posição, em que aquele Tribunal considerou que as pretensões indemnizatórias não poderiam fundar-se em vícios formais, se tais vícios não impedissem a renovação do acto ilegal, já que “(...) os pedidos de indemnização pela prática de actos ilegais respeitam sempre a ilegalidades de fundo, pois os danos indemnizáveis em sede de responsabilidade civil não se inscrevem no círculo de interesses protegidos pelas normas tendentes à regularidade meramente formal dos actos administrativos”

Releva também o Acórdão de 09/02/2006 (Processo 0294/05)<sup>163</sup>, que reafirma que a ilicitude susceptível de gerar responsabilidade civil extracontratual da Administração seria apenas a que resultasse de violações de normas que protegessem direitos ou interesses legalmente protegidos o particular, pelo que “(...) o vício de forma por falta de fundamentação, embora preenchendo a noção ampla de ilicitude, só gerará direito de indemnização se esse motivo anulatório tiver inquestionavelmente determinado o conteúdo resolutório do acto ilegal, isto é, se ele atingir o interessado num direito ou posição jurídica substantiva tutelada de natureza, de tal modo que se o acto tivesse respeitado os deveres de fundamentação haveria de ter satisfeito o direito ou interesse substantivo (...)”.

Esta posição da jurisprudência e que era seguida por alguma doutrina acabava por radicar numa espécie de distinção entre *ilicitude* e *ilegalidade*.

Porém, em Acórdão de 02/03/2007<sup>164</sup>, o Tribunal Constitucional veio a julgar inconstitucional, por violação do princípio da responsabilidade civil extracontratual do Estado, consagrado no art.º 22.º da CRP, a norma constante do art.º 2.º, n.º 1 do (agora já revogado) Decreto-Lei n.º 48.051, na interpretação segundo a qual um acto administrativo anulado por falta de fundamentação é insusceptível, absolutamente e em qualquer caso, de ser considerado um acto ilícito, para o efeito de fazer incorrer o Estado em responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito.

Assim, o Tribunal Constitucional, ainda que tendo subjacente o regime jurídico anterior ao RCCEE, mas numa formulação plenamente transponível para este último,

---

<sup>162</sup> Que pode ser consultado em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) .

<sup>163</sup> Igualmente disponível e [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) .

<sup>164</sup> Acórdão n.º 154/2007 – Proc.º 65/02

deixa a porta aberta para que em determinadas situações possa verificar-se a existência de direito à indemnização, em virtude de actos inválidos por vício de forma.

CADILHA (2009: 255) considera, também, já reportando-se ao RRCEE, que “(...) a referência aos direitos e interesses legalmente protegidos, que consta do art.º 9.º, n.º 1, *in fine*, com o que se terá pretendido abranger não apenas os direitos subjectivos, mas também os interesses individuais reflexamente protegidos pela norma, parece significar que a ilicitude não se configura apenas através da violação de normas substantivas, mas pode resultar também da violação de normas procedimentais. (...) Não está excluído, neste contexto, que uma ilegalidade meramente formal (...) possa gerar o dever de indemnizar, desde que o vício detectado constitua causa adequada do dano que tenha sido invocado, o que torna o reconhecimento do direito dependente de uma análise casuística que, em face das circunstâncias concretas, permita imputar o dano indemnizável ao tipo de ilegalidade cometida. Desde logo, há lugar a um direito indemnizatório quando o vício meramente formal possa ter influído no sentido da decisão de modo a permitir concluir que, se não fosse cometido, a solução jurídica do caso pudesse ser favorável ao interessado.” Todavia, o mesmo autor ressalva que “[f]ora do conceito de ilicitude ficam as ilegalidades sanáveis e, designadamente, a preterição ou inobservância de trâmites procedimentais que se degradam em formalidades não essenciais, e bem assim, todas as ilegalidades não invalidantes, como é o caso dos vícios que não implicam a anulação contenciosa por efeito da aplicação, pelo tribunal, do princípio do aproveitamento do acto administrativo”<sup>165</sup>

Note-se que a doutrina trata por vezes este aspecto, não só em sede do pressuposto da ilicitude, mas também donexo de causalidade, no âmbito da teoria do chamado *comportamento lícito alternativo*, ou seja, casos em que os danos se teriam sempre produzido, ainda que os actos que os provocaram tivessem sido praticados sem o vício que os inquinava, isto é, teriam ocorrido mesmo se tivesse sido praticado acto lícito. Sobre este aspecto, veja-se SOUSA e MATOS (2008:32-33).

---

<sup>165</sup> Veja-se, com mais pormenor, outro texto do mesmo autor (2008: 152-154).

## **2.2. Culpa**

Como terceiro pressuposto da responsabilidade civil extracontratual de tipo delitual, surge-nos a culpa, enquanto juízo de censurabilidade sobre a conduta do agente, que pode revestir as modalidades de dolo ou negligência.

A culpa é apreciada de acordo com o critério da diligência e aptidão que seja razoável exigir em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor (arts. 10.º, n.º 1 e 8.º, n.º 1 do RRCEE). Como bem referem SOUSA e MATOS (2008:26-27), “a diligência das pessoas colectivas administrativas é, no fundo, a diligência das pessoas singulares que constituem ao seus titulares de órgãos e agentes. É, portanto, por estas últimas que a indagação da culpa deve principiar; haverá culpa da pessoa colectiva administrativa quando haja culpa (dolo ou negligência) do seu titular de órgão ou agente”.

O novo Regime estabelece uma presunção de culpa leve, quando sejam praticados “actos jurídicos ilícitos” (art.º 10.º, n.º 2). Ora, os actos são considerados ilícitos, nos termos do art.º 9.º, como já se referiu, quando violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos (art.º 9.º, n.º1), o que se verifica igualmente nas situações de funcionamento anormal do serviço (art.º 9.º, n.º 2). Acresce ainda uma presunção de culpa, prevista no n.º 3 do art.º 10.º, nos casos de incumprimento dos deveres de vigilância, que já mencionámos *supra* (a usualmente designada culpa *in vigilando*).

Em todas estas situações, o particular lesado encontra-se, portanto, desonerado da prova deste pressuposto, pois tem a seu favor a presunção legal.

Mas, como bem adverte CADILHA (2009: 257), “(...) a presunção legal aqui estabelecida não equivale a uma objectivação da culpa, mas tão somente determina um agravamento da posição processual da Administração, que terá de comprovar que se empenhou na procura da solução legal”.

E o autor avança mesmo alguns exemplos de “circunstâncias desculpabilizantes da ilegalidade” da conduta lesiva (2008: 167): “sistema legislativo imperfeito; proliferação de legislação extravagante; proximidade das disposições legais aplicáveis;

divergência na jurisprudência sobre a mesma questão jurídica; inflexão do entendimento jurisprudencial após a prolação do acto administrativo impugnado.”

Estas disposições põem a descoberto, desde logo, dois problemas: a questão de saber se, na prática de meros actos materiais ilícitos a presunção de culpa leve funciona ou não e a dúvida sobre se as omissões ilícitas beneficiam ou não de tal presunção de culpa, uma vez que a letra da lei parece excluí-los dessa presunção, ao referir-se a “actos jurídicos” ilícitos (n.º 2 do art.º 10.º).

A letra do n.º 2 do art.º 10.º parece não autorizar a inclusão de actos materiais e omissões no âmbito da presunção, o que é reforçado pela leitura da Exposição de motivos que acompanhou a Proposta de Lei 56/X que deu origem à Lei n.º 67/2007, onde se pode ler, que constitui uma das principais novidades propostas em matéria de responsabilidade pelo exercício da função administrativa “a introdução de um regime de presunção de culpa, nos casos em que os danos são causados por actos jurídicos, o que compreende actos administrativos e actos de conteúdo normativo”.

A culpa é um dos pressupostos mais relevantes neste novo Regime, uma vez que é o grau da mesma que vai determinar quais os sujeitos responsáveis pelo pagamento da indemnização ao lesado, como melhor se explicitará mais adiante: apenas o Estado ou entidade pública; ou o titular de órgão, funcionário, agente ou trabalhador, ainda que o Estado ou entidade pública mantenham uma responsabilidade solidária.

Da conjugação entre a epígrafe do art.º 8.º e o seu n.º 1 retira-se que a “culpa grave” dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes da Administração, se verifica quando uma acção ou omissão seja cometida “(...) com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo”.

A utilização de conceitos indeterminados poderá dificultar o preenchimento da previsão desta norma, que só através de um futuro labor jurisprudencial irá densificar-se. A doutrina tem, contudo, avançado alguns exemplos que poderão enquadrar-se no conceito de culpa grave, nomeadamente a actuação contra ou em erro de interpretação de normas de sentido preciso e inequívoco (lei clara) ou contra o entendimento pacífico e reiterado da jurisprudência sobre uma certa questão jurídica<sup>166</sup>.

---

<sup>166</sup> (CADILHA, 2003: 18 e segs.).

A culpa leve parece-nos, então, dever ser definida por exclusão, ou seja, agirá com culpa leve o titular de órgão, funcionário ou agente que não tenha praticado a acção ou omissão com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontrava obrigado.

### **2.3. Dano**

Para que se gere responsabilidade civil extracontratual, é ainda necessário que se produza um dano ou prejuízo (diminuição ou extinção de uma vantagem que é objecto de tutela jurídica<sup>167</sup>), conforme resulta do n.º 1 do art.º 3.º do novo Regime.

Nos termos deste art.º 3.º, a obrigação de reparação do dano deverá traduzir-se na reconstituição da situação que existiria se não tivesse ocorrido facto lesivo (n.º 1). E tal reparação só será efectuada sob a forma de indemnização em dinheiro, “(...) quando a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa” (n.º 2), abrangendo danos emergentes e lucros cessantes (art.º 564.º do Código Civil, subsidiariamente aplicável), danos presentes e futuros e danos patrimoniais e não patrimoniais (art.º 3.º, n.º 3), assumindo a indemnização em dinheiro carácter subsidiário. Nos casos de anulação judicial de actos administrativos, uma vez que a execução da sentença anulatória, se o acto anulado não for renovável, impõe que a Administração proceda à reconstituição da situação que existiria se o acto anulado não tivesse sido praticado, por referência à situação jurídica e de facto existente no momento em que deveria ter actuado (art.º 173.º, n.º 1 do CPTA), esta execução de sentença “(...) representa já uma forma própria de indemnização e dá concretização prática ao princípio da reposição natural” e, como tal, “(...) o pedido cumulativo de indemnização apenas pode abranger danos indemnizáveis residuais que não se encontrem cobertos pela reconstituição da situação actual hipotética, aqui se incluindo danos não patrimoniais que, por sua natureza sejam insusceptíveis de reposição natural – e que, por isso, apenas são reparáveis através de indemnização pecuniária -, ou os danos resultantes da inexecução em espécie, quando o processo impugnatório não tenha exercido a sua função primordial de remoção dos efeitos

---

<sup>167</sup> (SOUSA e MATOS, 2008: 29).

danosos do acto administrativo impugnado e de reconstituição da situação anterior” (CADILHA, 2008: 74-75). O mesmo autor, porém, na mesma obra, acaba por admitir, em anotação ao art.º 9.º do RRCEE, que “(...) nada impede que o dever de indemnizar possa mostrar-se justificado em relação a actos que tenham sido anulados com fundamento em ilegalidades formais, mas que se tornem susceptíveis de renovação”, não obstante ressaltar que “(...) o ressarcimento de danos decorrentes de actos administrativos feridos de ilegalidades formais se encontra coberto, em grande medida, pelo espaço de tutela da reintegração da legalidade (...)”, concluindo que “(...) se estiver em causa uma ilegalidade decorrente de um vício de forma ou de procedimento (...) o dano indemnizável, encontrando-se necessariamente delimitado pela relação causa efeito, apenas poderá consistir em efeitos negativos colaterais que não se encontrem cobertos pela possibilidade de renovação do acto ilegalmente praticado” (2008: 153-154).

#### **2.4. Nexo de Causalidade**

Por fim, será necessário que exista nexos de causalidade entre o facto voluntário e o dano, ou seja, que o dano possa ser objectivamente imputado ao facto voluntário, o que resulta implicitamente dos arts. 7.º, n.º 1 e 8.º, n.º 1 do novo Regime.

Em sede de responsabilidade civil extracontratual do Estado, a jurisprudência administrativa portuguesa tem adoptado a teoria da causalidade adequada, que a generalidade da doutrina portuguesa considera encontrar-se consagrada no art.º 563.º do Código Civil<sup>168</sup>, na formulação negativa de Ennecerus-Lehman, segundo a qual, o facto só constituirá causa adequada do dano se, para além de ser *condictio sine qua non* do mesmo, se mostrar em abstracto apto a produzir esse resultado, de acordo com o curso normal dos acontecimentos, só deixando de ser considerado como causa adequada se se revelar de todo indiferente para a verificação do mesmo, tendo-o provocado devido a

---

<sup>168</sup> De acordo com esta teoria, não é suficiente que o facto praticado tenha sido, em concreto, condição *sine qua non* da produção do dano, mas é necessário igualmente que, em abstracto, o facto seja uma causa adequada do dano, ou seja, se segundo o curso normal das coisas se pode considerar que o facto é apto a produzir o dano, estando a causalidade afastada no caso de circunstâncias extraordinárias que tenham levado ao dano (VARELA, 1998: 916 e segs.).



outras circunstâncias excepcionais, anómalas, extraordinárias, que tenham intercedido no caso concreto.<sup>169 170</sup>

Em matéria de omissões, colocam-se especiais dificuldades em termos de nexos de causalidade, dado que a omissão não pode ser tida como causa material do dano, ou seja, o nexo causal não existe de um ponto de vista ontológico, mas apenas normativo. O que terá que se aferir é se a Administração poderia ter evitado o resultado lesivo, se tivesse adoptado a conduta omitida, “(...) o que inevitavelmente nos remete para um juízo de causalidade hipotética, na medida em que o que está verdadeiramente em jogo é a virtualidade causal da própria acção – que não houve – para impedir os danos; virtualidade que pode ser avaliada segundo critérios de adequação ou da finalidade da norma de protecção. Mesmo entendida a sua eficácia causal nestes termos (...) serão poucas as vezes em que a omissão aparece como causa operante do dano. (...) [A] omissão surge normalmente como condição negativa da produção dos danos ou do seu agravamento, propiciando uma ocasião favorável para que *outro* facto ilícito desenvolva livremente a sua eficácia causal” (CORTEZ, 2003: 36).

### ***2.5. Sujeitos do Dever de Indemnizar***

O legislador configurou, quanto aos sujeitos aos quais poderá ser imputada responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito decorrente do exercício da função administrativa e correspondente obrigação de indemnizar, duas situações possíveis:

- a. Responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas colectivas de Direito Público:
  - i. Em caso de danos resultantes de acções ou omissões ilícitas cometidas pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes (ou trabalhadores), no exercício da função administrativa e por causa desse exercício, com culpa leve (art.º 7.º, n.º 1),

---

<sup>169</sup> (VARELA, 1998: 919-920).

<sup>170</sup> Vejam-se, entre muitos outros, os Acórdãos do STA de 25/09/2007 (Processo n.º 0142/07) e de 24/04/2008 (Processo 097/08), disponíveis para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

presumindo-se essa culpa nos casos previstos no art.º 10.º (actos ilícitos, *culpa in vigilando*);

- ii. Em caso de funcionamento anormal do serviço (baseado na *faute du service* do Direito francês), que se verifica quando, atendendo às circunstâncias e padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos (art.º 7.º, n.ºs 3 e 4), situação esta em relação à qual o legislador estabelece uma presunção de ilicitude (art.º 9.º, n.º 2).
- b. Responsabilidade dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes (o trabalhadores), acompanhada de responsabilidade solidária do Estado e demais pessoas colectivas de Direito Público com os mesmos – quando estes últimos causem danos a terceiros, agindo no exercício da função administrativa e por causa desse exercício, actuando com dolo ou culpa grave (art.º 8.º, n.ºs 1 e 2);

Como tem sido notado pela doutrina, a responsabilidade solidária do Estado ou outra entidade pública aqui prevista para os casos em que o titular de órgão, funcionário ou agente tenha actuado com dolo ou culpa grave “(...) tem apenas em vista assegurar a solvabilidade da dívida e, nesse sentido, apenas tem como finalidade permitir que o lesado possa interpelar apenas (ou também) a Administração” (CADILHA, 2008: 139), podendo nessas situações o lesado optar por demandar apenas o titular de órgão, funcionário, agente ou trabalhador em funções públicas, apenas o Estado ou entidade pública, ou ambos, mas recaindo, no plano interno, a responsabilidade integralmente sobre os mesmos. Como tal, caso o Estado ou entidade pública venham a ser alvo de condenação no pagamento de indemnização, por terem sido isolada ou conjuntamente demandados, haverá lugar a direito de regresso sobre o trabalhador, funcionário, agente ou titular de órgão.

Uma das questões inovadoras e mais polémicas do novo Regime é precisamente o regime do direito de regresso.

Efectivamente, não obstante já se encontrar previsto, no regime anteriormente vigente, do Decreto-Lei n.º 48.051, o instituto do direito de regresso, como se referiu não há notícia de alguma vez ter sido desencadeado tal mecanismo.

Com o novo Regime, o direito de regresso configura, na verdade, um dever ou *direito-dever*, ou, como é referido na exposição de motivos da Proposta de Lei 56/X, que esteve na base da Lei n.º 67/2007, um “poder de exercício vinculado”, na medida em que o legislador não deixa qualquer margem de livre apreciação ou decisão à entidade administrativa que tenha sido condenada ao pagamento de indemnizações quanto à efectivação deste direito, como resulta dos arts. 6.º, em geral, e 8.º, n.ºs 3 e 4, em especial para a função administrativa.

No caso de responsabilidade por actos da função administrativa, o direito de regresso existe nos casos previstos no n.º 3 do art.º 8.º, ou seja, quando os danos resultem de acções ou omissões ilícitas cometidas pelos titulares de órgãos, funcionários ou agentes com dolo ou culpa grave e o Estado ou outras pessoas colectivas públicas sejam condenados a pagar indemnizações por esses factos.

Trata-se de uma das principais inovações do Regime, e das mais gravosas para os titulares de órgãos, funcionários ou agentes.

Note-se que tem sido discutida eventual existência de uma margem de livre decisão na efectivação do direito de regresso. Porém, a generalidade da doutrina tem defendido, precisamente por oposição ao regime anterior (do Decreto-Lei n.º 48.051), que o exercício do direito de regresso é sempre obrigatório e que não existe qualquer liberdade do dirigente do serviço ou da entidade pública no sentido de formular um juízo relativamente ao grau de culpa do titular do órgão, funcionário ou agente. Aliás, essa obrigatoriedade resulta, não só da letra dos arts. 6.º e 8.º, n.º 3 do RRCEE, mas igualmente do confronto com o regime do exercício do direito de regresso quanto à função jurisdicional, relativamente ao qual essa discricionariedade está expressamente prevista (art.º 14.º, n.º 2 do RRCEE).<sup>171</sup>

Da leitura dos n.º 2 do art.º 6.º e n.ºs 3 e 4 do art.º 8.º parece resultar, indubitavelmente, que haverá sempre que determinar o grau de culpa do funcionário em sede judicial, para efeitos de direito de regresso da entidade pública, não cabendo aos dirigentes ou representantes da entidade administrativa formular qualquer juízo sobre esse grau de culpa, mas tão-só desencadear os procedimentos para apuramento do respectivo grau e exercício do direito de regresso.

---

<sup>171</sup> Neste sentido, veja-se também CADILHA (2008: 233-234).

Atente-se que tem sido defendido, por alguma doutrina, que o direito de regresso pode existir mesmo nos casos de funcionamento anormal do serviço (art.º 7.º, n.º 3). É o caso de MONCADA (2008: 72-80 e segs.). Ora, tal posição parece consubstanciar uma contradição nos próprios termos. Efectivamente, ou não é, de todo, possível identificar o autor do acto ou imputar a conduta a um determinado titular de órgão, funcionário ou agente, e, nessa medida, havendo danos causados, é ainda possível subsistir a responsabilidade da entidade pública, pelo funcionamento anormal do serviço (art.º 7.º, n.º 3), ou se, pelo contrário é identificável o funcionário, agente ou titular de órgão, a cuja conduta possa ser imputado o dano, então caímos imediatamente no domínio da responsabilidade prevista no n.º 1 do art.º 7.º, e não pode, pela própria natureza do instituto em causa, aplicar-se o regime do funcionamento anormal do serviço, seguindo-se, então sim, em tal caso, o regime geral em matéria de direito de regresso, caso tenha havido dolo ou culpa grave.

CADILHA (2009: 254), aliás, exclui expressamente a possibilidade de direito de regresso em caso de funcionamento anormal do serviço (n.º 3 do art.º 7.º), defendendo que a responsabilidade terá que recair exclusivamente sobre a Administração.

SOUSA e MATOS (2008: 36) identificam situações em que não há lugar a direito de regresso, sendo esta precisamente uma delas.

De entre os exemplos de inexistência de direito de regresso avançados por SOUSA e MATOS (2008: 22), podemos encontrar também os de actuação no cumprimento de ordens ou instruções ilegais em relação às quais exista dever legal de obediência, considerando os autores que estaremos perante uma causa de exclusão da ilicitude da actuação do funcionário ou agente que actua no âmbito da obediência hierárquica devida. Porém essa construção, tem de ser entendida *cum grano salis*. A única solução que permitiria admitir essa posição seria considerar a existência de dois factos ilícitos (um, do superior hierárquico que emite a ordem ilegal e outro do funcionário), ou de uma co-autoria do facto ilícito, excluindo-se apenas a ilicitude da conduta do subalterno e mantendo-se a ilicitude da conduta do superior hierárquico, e, consequentemente, do Estado ou entidade pública, com eventual direito de regresso sobre o superior hierárquico, como parecem acabar por admitir SOUSA e MATOS (2008: 36), se este tiver agido com culpa grave ou dolo.<sup>172</sup>

---

<sup>172</sup> Veja-se, igualmente, CADILHA (2008: 159).

Outros autores defendem, noutra perspectiva, que o funcionário que age ilicitamente no cumprimento de ordem legítima de superior hierárquico, age sem culpa ou dolo.

Parece, todavia, que não será necessária tal imbricação na teoria da responsabilidade e das causas de exclusão da ilicitude ou da culpa. É que o próprio art.º 271.º, n.º 2 da CRP resolve a situação em causa, ao excluir expressamente a responsabilidade do funcionário ou agente que tenha agido no âmbito do dever de obediência hierárquica, pelo que se afigura irrelevante se se trata de uma causa de exclusão da ilicitude, da culpa, ou outra.

## ***2.6. Culpa do Lesado***

Cumpre por último fazer referência ao tema da *culpa do lesado*.

Esta matéria, que conheceu, como acima se referiu, alguma controvérsia no âmbito da vigência do Decreto-Lei n.º 48.051, ficou consagrada no art.º 4.º do novo Regime.

Como nota GOMES (2008:29), o novo regime “esclarece que o concurso de culpa do lesado não é facto impeditivo de imputação de responsabilidade à entidade directamente responsável pelo dano, mas apenas causa de redução (ou, no limite, exclusão) do montante indemnizatório”, não obstante continuar a fazer impender sobre o lesado o ónus de utilização atempada da via processual adequada a evitar ou fazer cessar dano.

O legislador confere, pois, relevância à conduta processual omissiva ou negligente do lesado que não impugna, ou não impugna eficazmente o acto lesivo, não ao nível da extinção do direito de indemnização, mas apenas ao nível da redução do montante ou exclusão da indemnização propriamente dita.

Trata-se de situações em que, ainda que o lesado não tenha contribuído directamente para a produção do facto danoso, não o evitou, quando poderia fazê-lo.

*A culpa do lesado* coloca vários problemas.

Em primeiro lugar, a doutrina defende, em geral, a autonomia entre a acção indemnizatória e a acção impugnatória, considerando que esta última não pode constituir condição para a primeira<sup>173</sup>.

E, como realça CADILHA (2009:249-25), “(...) [A] culpa do lesado afigura-se susceptível de contrariar o princípio da tutela jurisdicional efectiva (entendido não apenas como uma garantia de existência de um meio processual adequado à tutela do direito, mas como a possibilidade de escolher, de entre os meios processuais legalmente admissíveis, aquele que o interessado considere ser mais ajustado à pretensão judiciária tal como a configura); para além de que põe em causa o princípio da parificação dos meios processuais administrativos, consagrado no artigo 268.º, n.º 4, da Constituição, no ponto em que limita a autonomia da acção de indemnização e esvazia o alcance prático da norma do artigo 38.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (que prevê a apreciação incidental da ilegalidade de um acto administrativo que não possa já ser impugnado).”

De facto, a doutrina tem apontado para a contradição deste art.º 4 com o art.º 38.º do CPTA, que prevê a possibilidade de o tribunal conhecer, designadamente em sede de acção de responsabilidade civil, da ilegalidade de um acto administrativo que já não possa ser impugnado. Admitir que a acção de indemnização, ou a indemnização propriamente dita, se encontram dependentes em absoluto da utilização dos meios impugnatórios, esvaziaria de conteúdo útil este art.º 38.º do CPTA, uma vez que deste decorre que a impugnação de actos administrativos ilegais não pode ser tida como pressuposto da acção de responsabilidade civil.<sup>174</sup>

Ainda sobre o ónus que recai sobre o lesado, CADILHA (2003: 25) defende que “[a]o lesado não poderá ser imputada uma conduta processual negligente quando, perante a prática de um acto administrativo ilegal, opte conscientemente por deduzir apenas um pedido indemnizatório e para isso proponha uma acção administrativa, que é o meio processual próprio para obter a satisfação dessa pretensão”.

CORTEZ (2000: 248 e segs.) colocava já no domínio da legislação anterior, quanto a esta matéria, a tónica na questão da causalidade da conduta omissiva do lesado, relativamente à produção ou agravamento dos danos, o seja, seria necessário aferir “(...) se os meios processuais omitidos têm objectivamente essa eficácia, mas também se o

---

<sup>173</sup> (CORTEZ, 2000: 248-249); (CADILHA, 2003: 24); (MONCADA, 2008: 50e segs.).

<sup>174</sup> Veja-se, CADILHA (2003).

uso que deles é feito pelos particulares em situações idênticas permite a conclusão de que a sua utilização no caso concreto teria conseguido mudar o curso dos acontecimentos.” E a autora aponta como exemplos de medidas cautelares previstas na lei que não são aptas, em concreto, a sustar o dano, o caso suspensão de eficácia de actos negativos, relativamente aos quais existe jurisprudência consolidada no sentido da inadmissibilidade da aplicação de tal medida cautelar.

CADILHA (2009: 250) aponta igualmente para a necessidade de a culpa do lesado ser avaliada à luz do princípio da causalidade adequada: a conduta processual do lesado tem que poder ser qualificada como condição da produção do dano ou seu agravamento e ser normalmente adequada a produzir tais efeitos. E acrescenta, ainda, que tal conduta “(...) há-de ser imputável ao lesado a título de culpa, o que pressupõe a exigibilidade de uma outra conduta”. E, segundo o mesmo autor (2008: 89), “(...) ainda que se verifique a relação causal e se assente na intervenção culposa do lesado, o juiz terá de determinar, segundo um juízo de equidade, a quota de responsabilidade de cada uma das partes de acordo com a gravidade das culpas e as suas consequências”.

MONCADA (2008: 53), já no domínio da actual legislação de processo administrativo, adverte, a propósito da conduta processual do lesado e da utilização dos meios cautelares, que nem sempre a interposição de acção administrativa especial tem associado um efeito suspensivo do acto impugnado e que o pedido de decretamento de medida cautelar de suspensão de eficácia do acto pode ou não ser atendido, pelo que questiona que possa condicionar-se o direito à indemnização com base na não interposição daquelas acções.

Esta questão torna-se muito premente com o alargamento substancial dos meios de tutela cautelar e das pretensões dedutíveis a título principal, decorrente da Reforma do contencioso administrativo (com a aprovação do CPTA), cabendo, por ora, aguardar pela interpretação e aplicação que a jurisprudência irão fazer deste art.º 4.º do novo Regime, em conjugação com o CPTA e todos os mecanismos cautelares e pedidos susceptíveis de serem deduzidos a título principal que este coloca ao dispor dos particulares para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

## **2.7. A Primeira Alteração Legislativa ao RRCEE**

O RRCEE viria a ser alvo de uma alteração legislativa, pouco tempo após a sua entrada em vigor (30/01/2008, de acordo com o art.º 6.º da Lei n.º 67/2007, que o aprovou).

A Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho, veio proceder, com efeitos retroactivos à data de entrada em vigor da Lei n.º 67/2007, à alteração do n.º 2 do art.º 7.º, no sentido de este passar a dispor:

“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.”

Trata-se da única referência ao Direito Comunitário que é feita no RRCEE em sede de responsabilidade pelo exercício da função administrativa.

E não deixa de ser curioso lembrar, socorrendo-nos para tal da Exposição de Motivos que acompanhou a Proposta de Lei n.º 195/X, que veio a dar origem àquela Lei, as razões de tal alteração<sup>175</sup>:

“A Directiva n.º 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 e de fornecimento, impõe que as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e céleres e que os Estados membros velem para que seja permitido conceder indemnizações às pessoas lesadas por uma violação.

Neste âmbito, o acórdão de 14 de Outubro de 2004 do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, concluiu que a República Portuguesa não transpôs na íntegra a referida Directiva, uma vez que se mantinha em vigor o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, que subordina a indemnização das pessoas lesadas em consequência da

---

<sup>175</sup> Diário da Assembleia da República II série-A N.º.90/X/3 02/05/2008.



violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que o transpõem à prova da existência de culpa ou dolo.

O novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, além de revogar o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, introduziu um regime de presunção de culpa aplicável aos casos em que os danos são causados por actos jurídicos. Visou-se, com a introdução desta presunção de culpa, aproximar, finalmente, o quadro normativo legislado da prática dos nossos tribunais administrativos, que — em sintonia com a tradição firmada nos países do sul da Europa, com particular destaque para a França, e, por influência desta, no direito comunitário —, já de há muito vinham entendendo que a culpa é inerente à prática de actos jurídicos ilegais por parte da Administração. Do mesmo passo, pretendeu-se dar, assim, satisfação às exigências impostas pela Directiva n.º 89/665/CEE, de 21 de Dezembro, a que se veio juntar a Directiva n.º 92/13/CEE, de 25 de Fevereiro, que, fazendo eco da orientação, de matriz francesa, que tem inspirado o Tribunal de Justiça das Comunidades no domínio da responsabilidade por actos administrativos ilegais, assenta precisamente no entendimento de que a culpa se encontra ínsita na ilegalidade cometida, sem carecer, por isso, de demonstração.

Tendo sido entretanto desencadeado, ao nível das instâncias comunitárias, o processo por incumprimento do acórdão de 10 de Outubro de 2004, veio o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, em 10 de Janeiro de 2008, condenar a República Portuguesa pela não adopção das medidas necessárias a dar execução àquele acórdão, sendo provável que a Comissão Europeia venha a entender que, apesar da revogação do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, a consagração de uma presunção de culpa ilidível associada à prática de actos jurídicos ilícitos não afasta completamente do novo quadro legal a necessidade de vir a demonstrar a culpa.

Sentiu-se, assim, a necessidade de alinhar o Regime da Responsabilidade

Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, no âmbito dos contratos de direito público inseridos no escopo das Directivas em questão, com o entendimento da Comissão Europeia nesta matéria, adoptando-se uma redacção idêntica à consagrada na alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º da Directiva n.º 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 e de fornecimento.”

## **CAPÍTULO 4 - DA ARTICULAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNO PORTUGUÊS E A JURISPRUDÊNCIA DO TJ**

### ***1. AS OMISSÕES E INCOERÊNCIA INTERNA DO RRCEE. A DESCONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA***

Após percorrer os regimes, quer de âmbito europeu, baseado na jurisprudência do TJ, quer de Direito nacional, baseado no RRCEE, em que se funda a responsabilidade da Administração e dos seus titulares de órgãos, funcionários, agentes ou trabalhadores em funções públicas, é chegado o momento de proceder ao confronto entre os dois regimes, por forma a apurar se a legislação portuguesa recentemente aprovada é ou não conforme aos ditames comunitários, e em que medida se podem compatibilizar os dois regimes.

Deixou-se já entrever, no Capítulo anterior, que o RRCEE padece de alguma incoerência interna.

Efectivamente, se o art.º 15.º se refere expressamente, desde a sua redacção inicial, aos actos contrários ao Direito Comunitário, no âmbito da responsabilidade pelo exercício das funções política e legislativa, ainda que restrinja a responsabilidade à produção de danos anormais (definidos no art.º 2.º do Regime, como sendo aqueles que, “ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito”), não se vê porque razão não se contemplam, ainda no exercício dessa função, situações de responsabilidade por omissão (de que seriam exemplo a muito frequente não transposição ou incorrecta transposição de Directivas nos prazos previstos e a não revogação de legislação interna que se torne contrária a normas comunitárias), e, mais grave ainda, não se vislumbram quais os motivos que poderão ter levado o Legislador a ser completamente omissos quanto a actos ou omissões contrários ao Direito da União Europeia praticados no exercício de outras funções do Estado.

E mais ainda, quando o Legislador nacional, tendo sido confrontado, como também já evidenciámos, com a possibilidade de desconformidade do RRCEE à jurisprudência do TJ no âmbito da responsabilidade decorrente de procedimentos de

contratação pública, chegou a proceder à alteração de uma única norma do RRCEE (o n.º 2 do art.º 7.º), passando a remeter para as condições fixadas no Direito Comunitário.

Não se afigura admissível, pois, considerar que o legislador terá pretendido, com o RCCEE, limitar-se a aprovar um regime relativo a responsabilidade de âmbito puramente interno, deixando a responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário fora do mesmo, que seria, então, regida pelas condições fixadas pela jurisprudência do TJ e, em tudo o que esta não previsse, por aquele regime nacional, aplicável a título subsidiário ou analogicamente. Tal interpretação só seria possível se o legislador do RRCEE tivesse sido completamente omissivo quanto ao Direito Comunitário ou tivesse procedido a uma remissão genérica, aplicável a qualquer função do Estado, semelhante à que introduziu, para casos muito limitados e *a posteriori*, no n.º 2 do art.º 7.º.

GOMES (2009: 295) defende idêntica posição, considerando que “(...), o legislador traçou um quadro ilusório, gerador de confusão nos aplicadores do Direito”.

Esta circunstância, que cria, através da legislação nacional, a *aparência* de os direitos dos particulares decorrentes do Direito Comunitário não são objecto de idêntica tutela, nos casos em que actos ou omissões dos poderes públicos portugueses os violem e, como tal, lhes causem danos ou prejuízos, apenas com base na função do Estado ao abrigo da qual o acto ou omissão tenha ocorrido, podendo dificultar ou mesmo vir a impedir, como consequência dos problemas de interpretação do regime nacional e da sua conjugação com a jurisprudência da União Europeia, a obtenção da reparação de tais danos, parece susceptível, por si só, de poder configurar uma violação do Direito da União Europeia, imputável ao Estado Português, designadamente ao Legislador do RRCEE.<sup>176</sup>

Por outro lado, o teor do próprio n.º 2 do art.º 7.º mesmo isoladamente considerado, não é isento de críticas, pois fica a dúvida sobre qual o regime para o qual se pretendeu remeter: se o regime geral da responsabilidade dos Estados-Membros por violação do Direito Comunitário, decorrente da jurisprudência do TJ, ou para o regime especial previsto na Directiva 89/665/CEE, que motivou a alteração, e que tem, segundo a doutrina, carácter objectivo.<sup>177</sup>

---

<sup>176</sup> Com idêntico entendimento veja-se MESQUITA (2009b:62).

<sup>177</sup> Criticando o teor do n.º 2 do art.º 7.º, vejam-se MESQUITA (2009b: 49-5) e GOMES (2009: 293).

Já no que respeita aos pressupostos da responsabilidade que decorrem do regime português, referimos que, tanto o actual regime, como o regime anterior, tinham por base a teoria da responsabilidade extracontratual por facto ilícito (aquiliana) do Direito Civil, exigindo a existência de facto voluntário, ilicitude, culpa (na modalidade de negligência ou dolo), nexo de causalidade e dano.

Se atentarmos nas condições estabelecidas pelo TJ para a responsabilidade dos Estados Membros por violação do Direito Comunitário, parecerá não existir grande disparidade entre as mesmas e as que são exigidas pelo RRCEE para a responsabilidade da Administração.

De facto, a jurisprudência do TJ pressupõe a existência de actuações ilícitas (“unlawful”) imputáveis aos poderes públicos dos Estados-Membros, exigindo, como primeira condição da responsabilidade, que as normas violadas tenham por objectivo conferir direitos aos particulares, devendo, de acordo com a doutrina, que se baseia, entre outros aspectos, na Recomendação R (84) 15 do Conselho da Europa, incluir-se na noção de *direitos*, também os interesses legalmente protegidos.

Ora, como se retira da definição de ilicitude que é apresentada pelos n.ºs 1 e 2 do art.º 9.º do RRCEE, a ilicitude consistirá na violação de disposições ou princípios, constitucionais, legais ou regulamentares, ou no incumprimento de regras técnicas ou deveres objectivos de cuidado, ou no funcionamento anormal do serviço, de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos.

Quanto a situações que poderão não constituir fundamento para a responsabilidade, referimos igualmente que a doutrina, no que respeita à responsabilidade dos Estados-Membros, afirmou já que poderia ficar excluída quando a infracção dos poderes públicos nacionais consistisse na mera inobservância de normas procedimentais, designadamente quando se conclua que, se os trâmites tivessem sido observados, o resultado final teria sido o mesmo<sup>178</sup>. Ora, concluímos também que, no âmbito do regime nacional anterior (Decreto-Lei n.º 48.051), a questão dos vícios formais, designadamente por preterição de formalidades procedimentais, foi tendencialmente excluída da noção de ilicitude pela jurisprudência administrativa. Contudo, o Tribunal Constitucional português acabaria por se pronunciar pela inconstitucionalidade de tal interpretação, e actualmente, podemos encontrar igualmente

---

<sup>178</sup> (ANAGNOSTARAS, 2002).

posições doutrinárias no sentido de a ilicitude geradora de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas poder abranger situações de violação de normas que não tenham natureza substantiva<sup>179</sup>. Esta posição que se firmou no ordenamento jurídico português afigura-se mais favorável aos particulares.

Chegamos, pois, a um pressuposto problemático: a culpa.

Evidenciámos já, num dos Capítulos anteriores, que o TJ rejeita a exigência da culpa, enquanto tal, como condição para a responsabilidade dos Estados-Membros. Desde logo, visto que o conceito de culpa não apresenta uniformidade os ordenamentos jurídicos dos vários Estados-Membros. Efectivamente com os sucessivos alargamentos da União, tornar-se-á cada vez mais difícil encontrar pontos comuns nesse e noutros conceitos jurídicos. Um diferente preenchimento do conceito de culpa, nos termos de cada um dos ordenamentos jurídicos nacionais, teria inevitavelmente como resultado, a aceitar-se como condição da responsabilidade, a exclusão da responsabilidade de alguns Estados-Membros por determinados actos ou omissões e a manutenção dessa responsabilidade quanto a outros Estados-Membros relativamente aos mesmos actos ou omissões dos poderes públicos, o que não só conflituaria com a uniformidade e efectividade de aplicação do Direito da União Europeia, como propiciaria uma disparidade na tutela dos direitos dos particulares, consoante o Estado-Membro ao qual a violação deste fosse imputável.

O TJ, concluiu, pois, logo no seu Acórdão proferido no caso *Brasserie du Pêcheur*, que a exigência de culpa não é independente da condição da verificação de violação suficientemente caracterizada, nem pode ir além desta última. O mesmo resulta das decisões dos casos *Haim II* e *Dillenkofer*.

Também no caso *Traghetti*, o TJ determinou que o Direito Comunitário se opõe, em sede de responsabilidade dos Estados-Membros por violações do Direito Comunitário imputáveis aos órgãos jurisdicionais nacionais, a que o Direito nacional limite a responsabilidade aos casos em que tenha havido culpa grave ou dolo do juiz.

Portugal viu-se já confrontado com a desconformidade do seu Direito interno em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado anteriormente vigente (Decreto-Lei n.º 48.051) com o Direito Comunitário, ainda que, nesse caso, essa desconformidade não tenha sido apurada directamente por referência à jurisprudência

---

<sup>179</sup> (CADILHA, 2009).

do TJ relativa à responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário, mas sim por referência ao art.º 2.º, n.º 1, alínea c) da Directiva 89/665/CEE do Conselho, como evidenciámos *supra*.<sup>180</sup>

Temendo a manutenção da situação de desconformidade na vigência do novo RRCEE, o legislador procedeu à alteração do n.º 2 do art.º 7.º deste Regime, relativamente aos procedimentos de formação de contratos públicos.

Todavia, noutros domínios da responsabilidade pelo exercício da função administrativa, tal como nas restantes funções, a desconformidade permanece. É que a determinação da violação suficientemente caracterizada pode assumir, em certos casos, um carácter que conferirá à responsabilidade um carácter quase objectivo, nomeadamente nos casos em que os Estados-Membros e os seus poderes públicos disponham de reduzida ou nula margem de livre apreciação, em que poderá bastar para se ter por verificada esta condição a mera violação do Direito da União Europeia. E, como já tivemos a oportunidade de referir no Capítulo precedente, nos termos do direito interno português, a determinação da culpa enquanto pressuposto da responsabilidade do Estado ou outra entidade pública é feita por referência à culpa dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes que tenham praticado o acto ou omissão<sup>181</sup>. E a existência de culpa e do respectivo grau é aferida, nos termos do art.º 10.º, n.º1 do RRCEE, salvo nos casos de presunção de culpa leve, tendo em conta a diligência e aptidão que fosse razoável exigir, atendendo às circunstâncias do caso concreto, a um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor, mas também tendo em conta a diligência e zelo inerentes ao cargo que ocupa (art.º 8.º, n.º 1). São, pois, configuráveis situações em que ao titular de órgão, funcionário ou agente, considerados os elementos a que se referem estas normas do RRCEE, não poderá ser assacada uma conduta como dolosa e, porventura, nem sequer negligente, pois o mesmo pode ter observado todos os deveres de cuidado que lhe eram exigíveis e, ainda assim, o mesmo tenha agido na aplicação ou execução do Direito Comunitário sem margem de livre apreciação, e em contrariedade com este.

Nestes casos, não obstante vigorar, nos termos do n.º 2 do art.º 10.º do RRCEE uma presunção de culpa leve, esta só se encontra prevista para actos jurídicos ilícitos, não abrangendo, pois, nos termos já acima explicitados, os actos materiais e as

---

<sup>180</sup> Capítulo 3.

<sup>181</sup> (SOUSA e MATOS, 2008).

omissões. Como tal, encontram-se excluídas do âmbito da presunção grande parte dos actos praticados por funcionários, agentes ou trabalhadores da Administração Pública, já que, por regra, estes não dispõem de competência para a prática de actos jurídicos, que geralmente está legalmente cometida aos órgãos e respectivos titulares. Por outro lado, tal presunção é elidível, o que significa que, podendo ser demonstrada a inexistência de culpa (dolo ou negligência), a responsabilidade do Estado ou entidade pública não pode, ao abrigo do RRCEE, subsistir por falta de um dos seus pressupostos. Porém, nos termos da jurisprudência do TJ, podendo o acto ou omissão em causa configurar uma violação suficientemente caracterizada, a responsabilidade do Estado Português manter-se-ia.

A exigência de culpa, ainda que tenha sido acompanhada, no RRCEE, de uma presunção de culpa leve, não permite solucionar todos os casos de violação do Direito da União Europeia em que, de acordo com a jurisprudência do TJ, a responsabilidade do Estado-Membro se verifica.

Quanto ao nexo de causalidade directo, terceira condição fixada pela jurisprudência comunitária, a formulação do TJ não é muito clara, até porque, na grande maioria dos casos se limitou a remeter a sua verificação para os órgãos jurisdicionais nacionais, sem mais.

Contudo, a doutrina, nos termos que acima expusemos, baseando-se, entre outros factores, na jurisprudência do TJ referente à responsabilidade da Comunidade (ex-art.º 288.º do TCE, a que corresponde o art.º 340.º do TFUE), chega a formulações que acabam por ser muito próximas das que têm sido adoptadas pela jurisprudência administrativa portuguesa na aplicação da legislação nacional relativa à responsabilidade civil extracontratual do Estado, *maxime* da Administração. Nomeadamente, a não verificação da terceira condição em situações em que o dano se fique a dever a outros factores, que não a actuação dos poderes públicos estaduais, como as condições do mercado ou a actuação destes últimos em estrito cumprimento de actos ilícitos emanados das Instituições europeias<sup>182</sup>. Em Portugal, tem sido seguida, como se referiu, em matéria de responsabilidade civil extracontratual, a *teoria da causalidade adequada*, na formulação negativa de Ennecerus-Lehman. Assim, o nexo causal, para além de pressupor que o facto tenha sido *condictio sine qua non* do dano, de tal modo

---

<sup>182</sup> (ANAGNOSTARAS, 2002).



que, sem a ocorrência do facto, o dano não se tivesse produzido, exige que, em abstracto, e de acordo com um juízo de prognose póstuma, o facto fosse, em circunstâncias normais, apto a produzir o dano, ficando prejudicado o nexos causal se o dano se ficar a dever a circunstâncias extraordinárias, e sendo a condição inadequada quando, segundo a sua natureza geral, for indiferente para a produção do dano.

Não haverá, pois, que apontar, neste domínio, desconformidade do RRCEE face às condições fixadas pelo TJ.

A existência de dano ou prejuízo, não obstante não ser expressamente qualificada pelo TJ como condição para a responsabilidade dos Estados-Membros e respectiva obrigação de reparação, é, no entanto, inerente a estes, uma vez que, sem dano não existe responsabilidade.

No plano da responsabilidade dos Estados-Membros por violação do Direito da União Europeia, a extensão da obrigação de reparação, de acordo com a jurisprudência comunitária a que aludimos nos Capítulos precedentes, designadamente o Acórdão do caso *Brasserie du Pêcheur*, abrange danos emergente e lucros cessantes, defendendo a doutrina que, de harmonia com a jurisprudência daquele Tribunal em matéria de responsabilidade extracontratual da Comunidade, transponível para o domínio da responsabilidade dos Estados-Membros, abarcaria quer danos materiais, quer danos morais. Por outro lado, e como resulta da decisão proferida no caso *Bonifaci e outros*, a reparação de danos nem sempre implicará o pagamento de uma indemnização, devendo, sempre que tal seja possível, consistir na aplicação (retroactiva) de medidas susceptíveis de colocar o lesado na situação que existiria se não tivesse ocorrido a violação lesiva. Como tal, só haverá lugar ao pagamento de indemnização em dinheiro se aquelas medidas não forem susceptíveis de reparar de todo ou de reparar integralmente os prejuízos, e neste último caso, relativamente aos danos complementares que não sejam eliminados.

No âmbito nacional, o RRCEE consagra, de igual modo, no seu art.º3.º, o princípio da reparação *in natura* (mediante reconstituição da situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação), apenas havendo lugar a indemnização fixada em dinheiro quando a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa, sendo abrangidos pela obrigação de reparação os danos patrimoniais e não patrimoniais e os danos emergentes e lucros cessantes. No caso de execução de sentenças de anulação de actos

administrativos, a preferência será também para a reconstituição da situação hipotética actual (art.º 173.º do CPTA), só havendo lugar a indemnização por danos adicionais.

No que respeita aos efeitos que a conduta do lesado possa ter quanto ao seu direito à reparação dos danos ou prejuízos sofridos, concluímos que a jurisprudência comunitária atribui relevo a essa conduta, mas com algumas limitações. Efectivamente, o TJ admitiu que o comportamento do lesado é um factor que poderá ser levado em consideração, nomeadamente a negligência do lesado em utilizar (atempadamente) mecanismos de defesa dos seus direitos contemplados no ordenamento jurídico interno, como acções judiciais de natureza impugnatória contra actos praticados pelas autoridades administrativas. Não obstante, rejeita que a prévia utilização de acções judiciais contra os actos lesivos possa condicionar o direito à reparação em termos absolutos, mormente nas situações em que tais acções tenham reduzidas hipóteses de êxito face à lei nacional.

A jurisprudência do TJ tem ido no sentido de que os órgãos jurisdicionais nacionais podem avaliar a diligência do lesado, nomeadamente se o mesmo tentou as acções permitidas pelo direito interno para evitar ou minimizar os prejuízos, enquanto factor relevante para aferir a responsabilidade dos Estados-Membros, admitindo, porém, o TJ que ao lesado não poderá exigir-se o esgotamento das vias judiciais internas admissíveis contra os actos lesivos, sobretudo no caso de as mesmas estarem condenadas ao insucesso<sup>183</sup>. Não resulta todavia, desta jurisprudência, em termos decisivos, em que exacta medida tal poderá afectar o direito à reparação. Alguma doutrina tem, como acima se referiu, tratado a matéria em sede denexo de causalidade e de admissibilidade de acção de reparação dos danos.

No plano nacional, como foi evidenciado, a figura da *culpa do lesado* encontrava-se já contemplada no Decreto-Lei n.º 48.051, e manteve-se no actual RRCEE, tendo a doutrina vindo a considerar, quanto a este último, que apenas pode levar à redução ou exclusão da indemnização, mas não poderá condicionar a admissibilidade da acção indemnizatória. Quanto à utilização dos meios, principais e cautelares, de reacção contra actos e omissões lesivos praticados pela Administração que o CPTA prevê, e que são inúmeros, tem-se alertado para o facto de a diligência processual do lesado ter de ser conjugada com o princípio da tutela jurisdicional

---

<sup>183</sup> Casos *Brasserie du Pêcheur*, *Metallgesellschaft*, *Dillenkofer*, *Danske Slagterier*.

efectiva, do qual resulta uma possibilidade de escolha dos meios processuais considerados mais adequados, bem como para a circunstância de não ser exigível ao lesado que intente acções ou pedidos de medidas cautelares que estejam votados ao insucesso.

A autonomia da acção de indemnização face a outros meios de garantia dos particulares legalmente previstos tem sido afirmada tanto no plano europeu como no plano do Direito interno.

Não parecem, pois, existir discrepâncias significativas neste domínio entre os dois regimes.

Também quanto aos sujeitos da obrigação de indemnizar não se afigura existir desconformidade entre a lei portuguesa e a jurisprudência da União Europeia.

De facto, o RRCEE estabelece, no que concerne à responsabilidade pelo exercício da função administrativa, e de forma a concretizar disposto nos actuais arts. 22.º e 271.º da CRP, situações de responsabilidade exclusiva da Administração (art.º 7.º, n.º 1- nos casos em que exista culpa leve, quer por tal assim ter sido provado na acção indemnizatória, quer por resultar da presunção estabelecida no n.º 2 do art.º 10.º, que se aplica a actos jurídicos ilícitos, tal como definidos no art.º 9.º, n.ºs 1 e 2), a par de casos em que a responsabilidade poderá recair sobre o titular de órgão, funcionário, agente ou trabalhador do Estado ou entidade pública (art.º 8.º, n.º 1 – situações em que este tenha agido com culpa grave ou dolo), sendo que, nestes últimos, opera um regime de solidariedade da entidade pública quanto à obrigação de indemnização, mas em que o lesado poderá demandar, quer só esta última, quer apenas o funcionário, agente ou titular de órgão, quer ambos, e, caso a indemnização seja satisfeita pelo Estado ou entidade pública, deverá esta exercer o direito de regresso sobre aqueles.

Ora, recorde-se que o TJ já foi confrontado com questões prejudiciais no sentido de apurar se o Direito Comunitário se opunha a normas de direito interno que previssem, para além da responsabilidade do próprio Estado, a responsabilidade de funcionários, ainda que, quanto a estes últimos pudessem existir limitações. Tal sucedeu, designadamente no caso *A.G.M. – COS.MET*, tendo o TJ respondido que nada obsta a isso, desde que tal não prejudique a efectivação do direito à reparação.

Uma vez que, de acordo com a interpretação que vem sendo feita pela doutrina portuguesa relativamente ao RRCEE, ao lesado se apresenta sempre a hipótese de demandar o Estado ou entidade pública, isolada ou conjuntamente com o titular de

órgão, funcionário ou agente, o que assegura, em regra, a existência de fundos ou bens penhoráveis para fazer face ao pagamento em que sejam condenados, parece-nos encontrar-se o regime nacional em plena conformidade com a posição do TJ.

Conclui-se, deste modo que o RRCEE não padece, quanto aos pressupostos da responsabilidade e obrigação de indemnizar, de um desfasamento generalizado face às condições e critérios fixados pela jurisprudência do TJ no domínio da responsabilidade civil extracontratual dos Estados-Membros por violações do Direito Comunitário, e desenvolvidas pela doutrina que sobre os mesmos se tem pronunciado. Excepciona-se, claro está, a exigência de culpa, que permanece como pressuposto neste Regime, e a correspondente omissão de referência no mesmo à (fulcral) condição de a violação do Direito Comunitário ser *suficientemente caracterizada*, imposta pelo TJ, e aos elementos que permitem determiná-la.

Note-se que, ao contrário do que defende MESQUITA (2009: 46-47), que identifica dois factores de desconformidade entre o RRCEE e a jurisprudência comunitária relativa à responsabilidade dos Estados-Membros por violação do Direito Comunitário: a “omissão de qualquer referência expressa genérica aos requisitos comunitários da responsabilidade estadual” e a “omissão de qualquer referência concreta aos três requisitos da responsabilidade por incumprimento estadual fixados pelo Direito da União Europeia”, não decorre da jurisprudência do TJ uma qualquer obrigatoriedade de que a legislação interna dos Estados-Membros se refira expressamente a essas condições, enquanto tais. Aliás, pelo contrário: as condições fixadas pelo TJ pretendem, exactamente, criar uma uniformização no regime da responsabilidade dos Estados-Membros por violações do Direito Comunitário, que sirva como limiar mínimo de protecção dos direitos dos particulares lesados. Assim, o que resulta da jurisprudência do TJ é uma obrigação para os Estados-Membros de não aplicarem legislação nacional que dificulte ou impossibilite a obtenção do direito à reparação, por exigir condições diversas ou mais restritivas do que as fixadas a nível comunitário, ou por ser menos favorável do que a aplicável em caso de violações do direito interno, admitindo-se, no entanto, a aplicação de regimes nacionais que sejam diversos mas mais favoráveis aos lesados.<sup>184</sup> E esta questão foi até esclarecida, a

---

<sup>184</sup> No mesmo sentido, veja-se GOMES (2009: 294).

propósito da responsabilidade imputável aos órgãos jurisdicionais nacionais, no Acórdão do caso *Traghetti*.<sup>185</sup>

Se a lei interna previr essas condições enquanto pressupostos da responsabilidade dos poderes públicos, em geral (e não especificamente para casos relacionados com o Direito da União Europeia), estes aplicar-se-ão quer nos casos de responsabilidade por factos meramente internos, quer no caso de responsabilidade do Estado por violação do Direito da União Europeia.

No entanto, o Legislador português, pela incoerência interna do RRCEE e da alteração a que o sujeitou, criou vários problemas de interpretação e aplicação do regime no que respeita ao Direito da União Europeia, que poderiam e deveriam ter sido evitados. E quanto a esse aspecto sim, existem razões para preocupação.

## **2. DA APLICAÇÃO DO REGIME CONSAGRADO NA JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA: COMPLEMENTARIDADE OU PRIMAZIA FACE AO REGIME INTERNO?**

Caberá questionar, face ao que ficou exposto, e à desconformidade parcial entre os regimes nacional e comunitário da responsabilidade do Estado, se o primeiro terá, ainda assim, aplicação nos casos de violação do Direito da União Europeia (ou Comunitário, como referem os arts. 15.º e 7.º do RRCEE) e em que termos.

A doutrina portuguesa não tem manifestado dúvidas quanto ao facto de as omissões do RRCEE quanto ao Direito Comunitário ou ao Direito da União Europeia não poderem ter como consequência a não aplicação das condições e critérios fixados pela jurisprudência do TJ nesta matéria.<sup>186</sup>

O princípio da responsabilidade civil extracontratual dos Estados-Membros por violação do, enquanto princípio inerente ao sistema dos Tratados<sup>187</sup>, constitui um

---

<sup>185</sup> No seu parágrafo 44 pode ler-se “(...) 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 (...)”.

<sup>186</sup> Neste sentido vejam-se MESQUITA (2009b: 46-47), MONCADA (2008: 47), ainda que referindo-se ao exercício da função legislativa, e GOMES (2009: 307-308).

<sup>187</sup> Como foi decidido no Acórdão do caso *Francovich*.

princípio da ordem jurídica comunitária, e as respectivas condições, uma vez que têm sido fixadas, maioritariamente em acórdãos de natureza interpretativa do TJ, proferidos em sede de reenvio prejudicial, ao abrigo do ex-art.º 234.º do TCE (a que corresponde o art.º 267.º do TFUE), são vinculativas para todos os Estados-Membros.<sup>188</sup>

Decorria do art.º 10.º do TCE, e continua a prever-se no n.º 3 do art.º 4.º do TUE, na redacção dada pelo Tratado de Lisboa, uma obrigação para os Estados-Membros, não só de observarem esse princípio e as condições da responsabilidade e do direito dos particulares à reparação de danos que lhes tenham sido causados pela actuação estadual, violadora do Direito Comunitário, como de eliminar qualquer obstáculo à sua plena aplicação.<sup>189</sup>

Deste modo, e porque o princípio do primado do Direito da União Europeia sobre o Direito nacional, tal como formulado pelo TJ e reafirmado na declaração n.º 17 anexa à Acta Final da Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa, postula a não aplicação deste último em prol da aplicação daquele<sup>190</sup>, em todos os aspectos em que o RRCEE seja desconforme ao princípio da responsabilidade extracontratual dos Estados-Membros, o mesmo deverá ser desaplicado.

Como se referiu, tal deverá suceder, no caso do exercício da função administrativa, e para além da situação contemplada no actual n.º 2 do art.º 7.º do RRCEE (em que há remissão expressa para o Direito Comunitário), essencialmente quanto ao apuramento da existência de uma violação suficientemente caracterizada e desconsideração do pressuposto culpa.

Porém, ao órgão jurisdicional nacional, na apreciação de casos concretos em que, pelos seus contornos, se suscitem dúvidas sobre esta ou outra das condições comunitariamente fixadas, deverá proceder ao reenvio a título prejudicial, por forma a aferir da compatibilidade da norma do RRCEE aplicável e a jurisprudência da União Europeia e princípios do respectivo ordenamento jurídico, e, caso a decisão do TJ seja

---

<sup>188</sup> Quanto aos efeitos dos acórdãos proferidos pelo TJ em sede de reenvio prejudicial, veja-se (QUADROS, 2004: 480 e segs.).

<sup>189</sup> Note-se que as preocupações com a correcta e uniforme aplicação do Direito Comunitário e respectivas infracções cometidas pelos Estados-Membros não têm sido um exclusivo dos Tratados e da jurisprudência do TJ: também a Comissão chegou a aprovar a Comunicação “Uma Europa de Resultados – Aplicação do Direito Comunitário” (COM(2007) 52 final), da qual releva especialmente o ponto 3., tendo sido agilizada a apresentação de queixas e a monitorização do cumprimento por parte dos Estados-Membros, através da criação de um sítio na Internet ([http://ec.europa.eu/community\\_law/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/community_law/index_pt.htm)) .

<sup>190</sup> (FRAGOSO MARTINS, 2006).

no sentido da desconformidade, proceder igualmente à desaplicação da mesma, limitando-se a aplicar o princípio comunitário, nos termos desenvolvidos pelo TJ.

Não se tratará, pois, de desconsiderar em absoluto o regime interno português, mas sim de complementar as lacunas ou insuficiências do mesmo nos casos de responsabilidade por violação do Direito da União Europeia.

Há, todavia, uma interessante questão interpretativa e de aplicação do RRCEE que se pode levantar a propósito dos casos não expressamente previstos neste Regime, como sucede com a responsabilidade por facto ilícito decorrente do exercício da função administrativa, quando a ilicitude decorra da violação do Direito da União Europeia, e que se prende com a determinação dos sujeitos da obrigação de indemnizar e exercício do direito de regresso.

CADILHA (2008: 129), defende quanto aos casos contemplados actualmente o n.º 2 do art.º 7.º do RRCEE, que a remissão por ele efectuada, que releva em termos de (des)aplicação do pressuposto culpa, “(...) não impede, no entanto, no âmbito do contencioso dos contratos, a aplicação dos demais pressupostos da responsabilidade civil pelo exercício da função administrativa, e, desde logo, o funcionamento do instituto do direito de regresso, quando se verifique que o titular do órgão, funcionário, agente ou trabalhador do Estado ou da entidade pública actuou fora dos quadros de diligência e zelo que lhe são exigíveis”, dado que o autor considera que a alteração desta norma teve por efeito uma mera objectivização da responsabilidade, não funcionando o critério da culpa nem a respectiva presunção, que poderia sempre ser ilidida.

De facto, neste caso, a aplicação do instituto do direito de regresso é salvaguardada na própria exposição de motivos que acompanhou a Proposta de Lei n.º 195/X, que viria a dar origem à Lei n.º 31/2008, que ressalva igualmente a aplicação dos critérios atinentes à culpa do lesado.<sup>191</sup>

---

<sup>191</sup> “(...) a alteração agora proposta não impede o funcionamento do instituto do direito de regresso, quando se verifique que o titular do órgão, funcionário, agente ou trabalhador do Estado ou da entidade pública actuou fora dos quadros de diligência e zelo que lhe são exigíveis. O direito de regresso em nada colide com a posição do lesado, uma vez que a definição do grau de culpa para efeitos do direito de regresso apenas importará na relação que o Estado ou as demais entidades públicas mantêm com os titulares dos seus órgãos, funcionários, agentes ou trabalhadores, continuando, portanto, a pessoa lesada a estar dispensada do ónus da prova da culpa eventualmente associada ao comportamento ilícito danoso. A protecção dos lesados manifesta-se igualmente na responsabilidade solidária do Estado e demais entidades públicas quando se assista à intervenção danosa de um terceiro, ainda que com direito de regresso daqueles sobre este.

Quando a pessoa que sofreu os prejuízos concorreu, de alguma maneira, para a sua produção ou para o seu agravamento, deverá tal facto ser tomado em consideração pelo tribunal, o que é expressão de

Porém, este é um caso que, ainda que procedendo a um remissão para o Direito Comunitário, se encontra contemplado no próprio RRCEE.

Ora, exceptuado o caso específico contemplado no n.º 2 do art.º 7.º do RRCEE, parecem permanecer as mais sérias dúvidas quanto aos restantes casos que não se encontrem expressamente previstos no RRCEE, face ao teor da jurisprudência do Tribunal Constitucional português, relativa aos arts. 22.º e 271.º da CRP, ainda que proferida na vigência do Decreto-Lei n.º 48.051, mas plenamente aplicável ao RRCEE.

Efectivamente, já no Acórdão n.º 45/99, em que estava em causa a interpretação e aplicação de normas do Decreto-Lei n.º 28/91/M, de 22 de Abril (*Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas aplicável ao Território de Macau*), o Tribunal Constitucional havia considerado que o art.º 22.º da CRP reconhece aos cidadãos um direito à reparação de danos causados pelas acções ou omissões praticadas por titulares de órgãos, funcionários ou agentes do Estado e demais entidades públicas, que deve ser assumida solidariamente pela Administração. Todavia, ressalva-se no Acórdão que esse mesmo art.º 22.º não estabelece mecanismos concretos, designadamente processuais, através dos quais tal direito deva ser exercido, o que caberá ao legislador ordinário, que apenas está limitado pela exigência de não criar entraves ou dificuldades insuperáveis à obtenção da reparação e de não criar medidas que reduzam o valor a indemnizar.

Mas, mais importante se mostra o já *supra* mencionado Acórdão, também do Tribunal Constitucional, n.º 236/04, no qual se clarificou desde logo, quanto ao âmbito do art.º 22.º da CRP, que “(...) o preceito dispõe sobre a responsabilidade das entidades públicas com os titulares de órgãos, funcionários ou agentes e não destes com aquelas, sendo certo que ele pode obrigar as primeiras a responder civilmente sempre que os segundos responderem, mas já não impor a responsabilidade directa dos segundos em todos os casos em que as entidades públicas devam responder”, acrescentado que “(...) ao estabelecer apenas um regime de solidariedade, não é inevitável que a norma do artigo 22º da Constituição seja lida em termos de designar os responsáveis, independentemente dos pressupostos da obrigação de indemnizar de cada um dos obrigados.”. Efectivamente, e louvando-se na posição de Sinde Monteiro, o Tribunal Constitucional defende que do art.º 22.º da CRP resulta um regime de solidariedade da

---

parâmetros de justiça.”



obrigação de indemnizar. Mas, haverá, previamente, que determinar quem são os devedores dessa obrigação, ou seja, que aferir se em relação aos titulares de órgãos, funcionários ou agentes se verificam os pressupostos que façam sobre os mesmos recair tal obrigação. A solidariedade prevista no art.º 22.º apenas opera desde que sobre os mesmos recaia a obrigação de indemnizar. E continua, quanto ao art.º 22.º da CRP, concluindo que “(...) sendo a norma omissa quanto aos pressupostos desta obrigação, é à legislação ordinária – no caso, ao Decreto-Lei nº 48051 (artigos 2º, 3º) – que se deve apelar para saber em que condições respondem, directamente, os funcionários e agentes por actos ilícitos e culposos praticados no exercício e por causa das suas funções, estendendo-se, então, às entidades públicas (em termos solidários) a mesma responsabilidade.”

Assim, resulta da análise feita pelo Tribunal Constitucional neste crucial aresto quanto ao regime do Decreto-Lei n.º 48.051, mas que mantém plena actualidade perante o RRCEE, que “(...) as situações de responsabilidade exclusiva do Estado e das entidades públicas, no plano das *relações externas*, que o Decreto-Lei nº 48051 consagra, no ponto em que cumprem princípios de justiça (formal e substancial) não ficam comprometidas com o disposto no artigo 22º da Constituição. E o que esta norma impõe será apenas que *o Estado e demais entidades públicas respondam sempre ao lado dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes, por actos funcionais, quando a lei impuser a responsabilidade directa destes* (é o caso, p. ex., do disposto na primeira parte do artigo 3º nº 1 do Decreto-lei nº 48051), sem, contudo, contender – repete-se - com as imposições normativas (de lei ordinária) de responsabilidade exclusiva do Estado.” E entendeu Tribunal Constitucional que desta posição, que admite a responsabilidade exclusiva do Estado ou entidade pública nas relações externas, não resulta qualquer irresponsabilização absoluta dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes, pois sempre existiria a possibilidade de o legislador ordinário prever e regular o direito de regresso, ao abrigo do n.º 4 do art.º 271 da CRP. Quanto a este último, tal como o art.º 22.º, o Tribunal Constitucional defende que “(...) também aqui o preceito deixa, desde logo em aberto a questão de saber quais os pressupostos do dever de indemnizar e perante quem é efectivada a responsabilidade (o Estado e as entidades públicas, por via de regresso, ou os particulares lesados ?) (...)”, pelo que “o preceito deve ser interpretado em termos de deixar para o legislador um espaço que permite adaptar o instituto às necessidades e exigências de momento – nomeadamente o de

prever a responsabilidade dos funcionários e agentes em casos de culpa (leve ou grave) - , garantindo, de qualquer modo e sempre, o direito de o particular ver ressarcidos os danos sofridos por actos ilícitos e culposos cometidos no exercício da função administrativa.”

Ora, em nenhuma norma do RRCEE se prevê a responsabilidade directa dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes e trabalhadores em funções públicas, nem o direito de regresso sobre os mesmos quando o Estado ou outra entidade pública satisfaça o pagamento de indemnizações devidas por aqueles, por terem actuado com dolo ou culpa grave, nos casos em que a violação do Direito Comunitário ou Direito da União Europeia seja decorrente das actuações dos mesmos, já que os únicos actos ilícitos que lhe poderão ser imputados nos termos desse RRCEE são os que constam do n.º 1 do art.º 9.º, que parece ignorar o Direito Comunitário. Como tal, não existe qualquer disposição legislativa que fundamente a responsabilidade directa dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes e o direito de regresso sobre os mesmos para tais situações.

A definição do regime da responsabilidade dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes e do direito de regresso, não obstante o seu assento constitucional, são, de acordo com essa jurisprudência, remetidos para o plano das opções político-legislativas, ainda que observado o quadro constitucional, e, nos casos a que se vêm referindo, desconhece-se se o legislador pretendia ou não consagrá-los, pelo que, na sua omissão, nos parece que não serão de aplicar.<sup>192</sup>

Além disso, se para determinação da existência de responsabilidade por danos causados em virtude de factos que se traduzam na violação do Direito da União Europeia, o juiz nacional deve, face à jurisprudência do TJ, prescindir do pressuposto culpa, que dará lugar à condição da *violação suficientemente caracterizada*, não se vê como irá retomar esse pressuposto, do qual a responsabilidade não depende, para exercer o direito de regresso sobre o funcionário. Isto ainda que a responsabilidade da entidade pública dependa dessa condição no plano das relações externas e o direito de regresso se reporte às relações meramente internas entre a entidade pública e o funcionário. Do mesmo modo, a acção dificilmente poderia ser proposta directamente contra o titular de órgão, funcionário ou agente, quer isoladamente, quer em situação de

---

<sup>192</sup> Em sentido diverso veja-se GOMES (2009: 309-310).

litisconsórcio passivo com o Estado ou outra entidade pública, porque tal acção teria que ser intentada com fundamento na culpa grave ou dolo, que não são condição, de acordo com a jurisprudência do TJ, para a responsabilidade por violação do Direito Comunitário, pelo que uma acção com tal fundamento não teria sentido.

Por outro lado, em certo tipo de situações será extremamente difícil, senão mesmo impossível, comprovar a existência de dolo ou culpa grave por parte do titular de órgão, funcionário ou agente, ou trabalhador em funções públicas, exigidos pelo RRCEE para que os mesmos sejam sujeitos à obrigação de indemnizar o lesado e ao regresso exercido pelo Estado ou entidade pública que tenha satisfeito a indemnização. Como se poderá considerar que o trabalhador da Administração agiu com dolo (manifestando uma intenção de praticar o acto ou omissão e causar o dano) ou culpa grave (zelo ou diligência manifestamente inferior à exigível) se o mesmo tiver aplicado escrupulosamente a lei interna a que se encontra obrigado, quer por força da Constituição e do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro, e que poderá não estar autorizado a desaplicar, como melhor se irá explicitar de seguida?

Restará, pois, aguardar pela interpretação e aplicação que os tribunais administrativos portugueses irão fazer do RRCEE e da sua conjugação com o regime comunitário e qual a solução que irão encontrar para este problema.

### ***3. PROBLEMAS DE APLICAÇÃO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PORTUGUESA NA PERSPECTIVA DA SUA RESPONSABILIDADE***

#### ***3.1. Tratados, Regulamentos e Directivas***

A aplicação do Direito da União Europeia pela Administração nacional nem sempre se afigura fácil e desprovida de problemas, como temos vindo a evidenciar ao longo deste estudo.

De facto, se poderão não existir grandes dúvidas quanto à aplicação de normas dos Tratados e de Regulamentos que não careçam de concretização ou normaçoão complementar por parte do Legislador nacional para lhes conferir exequibilidade, o mesmo já não ocorrerá no caso de disposições de Directivas não transpostas, já que estas necessitam da interposição legislativa para a sua aplicação na ordem jurídica interna (arts. 8.º, n.º 4 e 112.º, n.º 8 da CRP e ex-249.º do TCE, que deu lugar ao art.º 288.º do TFUE).

Os problemas agudizam-se, em qualquer dos casos, sempre que o legislador nacional cria, posteriormente à entrada em vigor de normas de Direito da União Europeia, ou mantém em vigor, após esta, legislação interna contrária às mesmas.

OTERO (2007: 677 e segs.) aborda esta matéria no quadro das “antinomias” entre o Direito nacional e o Direito Comunitário. Apresenta, pois, dois cenários de antinomia entre Direito Comunitário (primário ou derivado) e Direito interno ordinário:

- a. se a antinomia surge entre uma norma interna anterior e um acto comunitário posterior de natureza vinculativa - neste caso, se se tratar de um regulamento, e uma vez que este é obrigatório e directamente aplicável (ex-art.º 249.º TCE, que corresponde ao art.º 288.º do TFUE), tal determina a inaplicabilidade de todas as normas de direito interno ordinário que sejam contrárias ao mesmo. Assim, deve ser dada preferência à aplicação do regulamento comunitário, desaplicando-se a lei interna contrária. Este é um dos casos, excepcionais, em que o autor considera que a Administração se encontra habilitada a desaplicar a lei;
- b. se estivermos perante um acto comunitário vinculativo anterior a uma lei interna desconforme com o mesmo, e tendo por base a cláusula constitucional de empenho na Construção da União Europeia (art.º 7.º, n.º 6 da CRP ), a Administração deve desaplicar a lei interna e dar preferência ao Direito Comunitário.

QUADROS (2004a: 530) defende a existência de uma obrigação genérica para a Administração Pública de esta recusar a aplicação de normas ou actos nacionais contrários ao Direito Comunitário, e de aplicar este, mesmo em prejuízo do direito nacional.

Também GOMES (2008: 38) não encontra obstáculos à aplicação de Regulamentos e conseqüente desaplicação das normas de direito interno, considerando que a omissão de referência ao Direito Comunitário no art.º 9.º, n.º 1 do RRCEE “(..) não inibe a Administração de atender ao conteúdo regulatório de Regulamentos comunitário em vigor, quer promovendo a necessária concretização através da emissão de regulamentos de execução (quando devidos), quer extraindo do seu conteúdo a norma de conformação de direitos dos particulares.” E baseando-se no princípio da solidariedade e nos arts. 7.º, n.º 6 e 8.º, n.ºs 3 e 4 da CRP e ex-art.º 249.º, § 2.º do TCE, afirma que, tratando-se de “(..) normas dotadas de clareza, precisão e incondicionalidade - como é a regra no domínio dos regulamentos - , os particulares podem invocar esse efeito directo com vista à definição de situações jurídicas de vantagem”. E, como tal, “[a] Administração (...) deve conferir-lhes plena aplicação, mesmo que para isso tenha que afastar normas internas de conteúdo contrário.”

A admissibilidade de aplicação directa das normas de Regulamentos valerá, por identidade de razão, para as disposições dos Tratados.

Parece, pois, ser pacífico que, perante disposições dos Tratados ou de Regulamentos (directamente aplicáveis nos termos do § 2 do ex-art.º 249.º do TCE/ actual art.º 288.º do TFUE), que vigoram directamente na ordem jurídica interna, por força do art.º 8.º, n.ºs 3 e 4 da CRP, a Administração deve aplicar tais disposições, mesmo em detrimento de normas legislativas nacionais. Isto sem prejuízo das ressalvas que adiante faremos quanto à responsabilidade civil extracontratual.

Mais problemático será o caso das Directivas não transpostas dentro do respectivo prazo de transposição, ou incorrectamente transpostas, indagando alguns autores se poderá ou deverá a Administração, quando estejam em causa disposições dotadas de efeito directo e decorrido o prazo de transposição, aplicá-las.

Alguma doutrina tem respondido afirmativamente, nomeadamente OTERO (2007: 678) que, louvando-se no Acórdão do TJ proferido no caso *Fratelli Costanzo*<sup>193</sup>,

---

<sup>193</sup> Processo 103/88. Neste importante Acórdão (parágrafos 30-31), decidiu o TJ que se, nos casos de efeito directo das disposições das Directivas, “(..) os particulares têm o direito de invocar as disposições de uma directiva nos tribunais nacionais é porque os deveres que delas decorrem se impõem a todas as autoridades dos Estados-membros”, bem como que “[s]eria 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”, pelo que conclui que “(..) preenchidas as condições exigidas pela jurisprudência do tribunal para as normas de uma directiva poderem ser invocadas pelos particulares perante os tribunais

admite que a Administração dos Estados-Membros se encontra vinculada ao dever de desaplicar as normas internas contrárias a uma directiva cujo prazo de transposição já tenha expirado.

Mas a matéria não é isenta de dúvidas, sobretudo no caso de a Administração não aplicar a Directiva não transposta por lei interna, quanto à responsabilidade em que poderá incorrer.

GOMES (2008: 38-39) questiona se a Administração portuguesa, através dos seus funcionários, e perante a jurisprudência do TJ sobre o efeito directo, poderá ou deverá aplicar directamente as normas comunitárias ou pelo menos interpretar o direito interno em conformidade com elas, porquanto, ao não o fazer, tal implicaria violação do bloco de legalidade comunitário e poderia suscitar o início de uma acção por incumprimento contra o Estado português. Além disso, a não aplicação das normas comunitárias pela Administração seria susceptível de desencadear acções intentadas pelos particulares perante os tribunais nacionais, para fazer valer esses direitos, através da invocação do efeito direito perante estes últimos, acabando por concluir que, do ponto de vista interno, a Administração parece não estar obrigada à desaplicação do direito nacional, com fundamento na sua desconformidade com disposições de Directivas comunitárias, cujo prazo de transposição já tenha expirado, pois é ao legislador que cumpre transpor tais Directivas e revogar a legislação interna contrária (art.º 112.º, n.º 8 da CRP), chegando mesmo a evidenciar que “(...) a desaplicação do direito interno por preferência da norma comunitária pode, numa certa perspectiva, ser vista como uma violação do princípio da separação de poderes, em termos formais. E levanta problemas idênticos, na complexidade – à possibilidade de desaplicação da norma legal ou regulamentar por alegada inconstitucionalidade.” No entanto, reconhece que, do ponto de vista externo, essa desaplicação decorre da jurisprudência do TJ.

O paralelismo que é feito pela autora, entre a desaplicação da lei nacional pela Administração a favor da aplicação de normas comunitárias por ser contrária a estas últimas e a desaplicação da lei pela mesma Administração com fundamento na sua inconstitucionalidade, é bastante pertinente.

---

nacionais, todos os órgãos da administração, incluindo as entidades descentralizadas, tais como as comunas, têm o dever de aplicar aquelas disposições.”

Note-se que, na doutrina portuguesa não existe consenso sobre a matéria, e a possibilidade de a Administração proceder a uma espécie de *fiscalização da constitucionalidade* de normas legais é, regra geral, rejeitada.

Efectivamente, MONCADA (2008: 40-41) refere a este propósito: “(...) [F]ace ao nosso direito, o agente, funcionário ou titular do órgão não tem competência de desaplicação da lei, pelo menos em geral, devendo aplicar lei inconstitucional. Sendo assim, é apenas à pessoa colectiva legisladora que se deve imputar a responsabilidade pelos danos causados pela aplicação obrigatória da lei pois que ao titular do órgão, funcionário ou agente não resta outra solução senão aplicar a lei inconstitucional. O contrário, ou seja, admitir a responsabilidade daqueles pelos danos causados pela desaplicação de lei inconstitucional só seria possível à medida que se lhe reconhecesse alguma liberdade de juízo no apuramento daquela inconstitucionalidade. Mas como isso não se verifica na ordem jurídica portuguesa, pelo menos em geral, a responsabilidade pelo exercício da função legislativa apenas pode ser imputada ao Estado ou às RA.”

O estudo mais aprofundado sobre a matéria, na doutrina portuguesa, será porventura o de MATOS (2004), que sustenta posição diversa. O autor defende a possibilidade, e mesmo o dever, de desaplicação de normas legais inconstitucionais por parte da Administração, situando a questão no âmbito da colisão entre os princípios constitucionais da separação de poderes e da constitucionalidade: o princípio da separação de poderes implicaria a aplicação da norma legal inconstitucional por parte da Administração; porém o princípio da constitucionalidade imporia o dever de desaplicação de tal norma. Tal conflito, segundo o mesmo autor, deve ser resolvido em concreto, só assim sendo possível determinar qual o princípio que cede perante o outro, avançando, todavia, que, através de um exercício de abstracção se poderão detectar “condições de preferência” que levem à prevalência de um ou de outro dos dois princípios: constituirão condições de preferência do princípio da constitucionalidade a evidência da inconstitucionalidade, a prévia desaplicação jurisdicional no mesmo contexto procedimental, a existência de uma lei considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional (em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade), mas que tenha entrado em vigor em virtude de confirmação parlamentar, a inconstitucionalidade antecedente ou consequente não declarada como tal pelo Tribunal Constitucional, a existência de jurisprudência constitucional consolidada no sentido da inconstitucionalidade, entre outros; por outro lado, constituirão condições de preferência

do princípio da separação de poderes a possibilidade de obtenção atempada de decisão do Tribunal Constitucional acerca da inconstitucionalidade da norma legal aplicanda, a existência de jurisprudência constitucional fracturada e a inexistência de condições de preferência do princípio da constitucionalidade.<sup>194</sup>

Mas, note-se que MATOS<sup>195</sup> restringe, desde logo, a competência para a desaplicação de normas legais inconstitucionais aos titulares de órgãos da Administração Pública: “ (...) só são titulares da competência de desaplicação os órgãos administrativos, mas todos os órgãos administrativos. A competência de desaplicação caberá, portanto, em concreto, ao órgão ao qual a lei atribui competência para a aplicar, podendo mesmo formular-se a seguinte regra: a competência subjectiva de desaplicação de uma norma legal inconstitucional cabe ao órgão ao qual caberia a competência subjectiva de aplicação da mesma norma nos casos de esta não ser inconstitucional ou de, sendo inconstitucional, não existir competência objectiva de desaplicação”. Ou seja, para o autor, ao funcionário, agente ou trabalhador parece nunca se encontrar cometida competência de desaplicação da norma legal, ainda que a mesma seja inconstitucional.

Releva, ainda, a análise efectuada pelo mesmo autor quanto às consequências, em termos de responsabilidade civil, que ser gerada pela aplicação/desaplicação indevidas das normas legais inconstitucionais.<sup>196</sup> Nos casos em que seja devida a desaplicação da lei ordinária inconstitucional (desaplicação devida), essa desaplicação por parte dos órgãos da Administração não dará origem a quaisquer pretensões indemnizáveis; já nas situações em que se imponha a desaplicação, mas o órgão da Administração, ainda assim, aplique a lei ordinária inconstitucional (aplicação indevida), haveria facto ilícito e culposo do titular do órgão em causa, susceptível de gerar responsabilidade pessoal civil extracontratual, nos termos dos arts. 2.º, n.º 2 e 3.º, n.º 1 do (agora já revogado) Decreto-Lei n.º 48.051, responsabilidade que se estenderia igualmente à pessoa colectiva na qual o órgão estivesse integrado, a título solidário, nos termos do art.º 2.º, n.º 2 do mesmo diploma, em conformidade com os arts. 22.º e 271.º da CRP; por fim, nos chamados casos de aplicação devida de leis inconstitucionais, ou seja, em que, não obstante a lei ordinária ser inconstitucional, a Administração não pode desaplicá-la, e, como tal, aplica-a, “em caso algum respondem civil, disciplinar ou

---

<sup>194</sup> (2004: 489).

<sup>195</sup> (2004: 412).

<sup>196</sup> (2004: 447 e segs).



criminalmente os concretos titulares de órgãos ou agentes.” Todavia, poderá, segundo o mesmo autor, haver lugar a responsabilidade da pessoa colectiva na qual se integre o órgão, em determinados casos: se os actos de aplicação da lei inconstitucional forem imputáveis à Administração da mesma pessoa colectiva a que pertença o órgão legislativo que tenha aprovado a lei (órgãos da Administração directa estadual ou regional), a pessoa colectiva em causa será civilmente responsável; se, pelo contrário, os actos de aplicação da lei inconstitucional forem imputáveis à Administração de uma pessoa colectiva distinta daquela à qual pertença o órgão que tenha aprovado a lei inconstitucional, não existirá competência para desaplicar a lei, pelo que não poderia existir responsabilidade da pessoa colectiva que pratica o acto lesivo em aplicação dessa mesma lei.<sup>197</sup> (pp. 452-454).

OTERO (2007: 990) aborda igualmente esta matéria, com um tratamento algo complexo, ainda a propósito das “antinomias” existentes no seio do *bloco de legalidade*, com as quais a Administração se confronta. Conclui o autor que “(...) a Administração Pública não se encontra genericamente habilitada a desaplicar a lei quando a mesma é inválida e, por maioria de razão, (...) não o poderá fazer quando a lei é válida. A desaplicação da lei pelos órgãos administrativos assume, deste modo, uma natureza excepcional dentro do sistema jurídico-positivo, razão pela qual uma actuação administrativa contrária à lei é, por via de regra, reconduzível à ilegalidade. Pode suceder, no entanto, que a ordem jurídica estabeleça, sempre a título excepcional, situações em que a Administração Pública, deparando com um conflito antinómico entre o conteúdo de uma lei e o conteúdo de uma norma de diferente proveniência, deva desaplicar essa lei, preferindo o conteúdo vinculativo da fonte não legislativa em confronto”. Uma das situações, além da que acima já referimos, em que tal desaplicação excepcional pode ocorrer, será a de normas legislativas inconstitucionais, que se configurem como injustas, que violem ostensivamente o núcleo essencial de direitos fundamentais inseridos em normas constitucionais que beneficiem de aplicabilidade directa, ou que sejam expressamente sancionadas pela Constituição com a inexistência ou ineficácia, situações em que, segundo o autor, os órgãos administrativos podem e devem desaplicar a lei, sob pena de, se o não fizerem, os seus actos se encontrarem feridos de nulidade, inexistência ou ineficácia.

---

<sup>197</sup> (2004: 452-454).

A doutrina constitucionalista parece ir no sentido da não admissibilidade.<sup>198</sup>

Não obstante a divergência das posições doutrinárias, não deixa de ser curioso constatar que o legislador do RRCEE, que parece ter esquecido o Direito Comunitário no n.º 1 do art.º 9.º, contemplou neste último, no âmbito da definição de ilicitude dos actos e omissões da Administração que poderão fundar a sua responsabilidade civil extracontratual e, eventualmente, dos titulares dos seus órgãos, funcionários, agentes ou trabalhadores, o facto de estes serem contrários a normas ou princípios constitucionais. Fica, pois, a dúvida sobre se o legislador pretendeu tomar posição na querela doutrinária e, através desta previsão, consagrar a possibilidade de fiscalização administrativa da constitucionalidade, em geral, uma vez que não se refere especificamente a nenhum tipo de normas ou princípios.

Porém, as razões e cautelas aduzidas pela doutrina para a desaplicação administrativa da lei inconstitucional poderiam e deveriam servir de orientação no domínio do confronto entre lei nacional e Direito Comunitário.

De facto, em ambos os casos se coloca a questão de a Administração poder ter de avaliar a norma legal que é obrigada a aplicar por força do princípio da legalidade, à luz de uma norma ou princípio superior (num caso, de natureza constitucional, resultando a sua superioridade do próprio sistema de hierarquia das fontes de Direito interno; noutro de natureza europeia, que prima sobre o direito nacional por força dos princípios do primado e da lealdade/cooperação e do art.º 8.º da CRP), e proceder à sua desaplicação.

A verdade é que o TJ, com o seu Acórdão proferido no caso *Fratelli Costanzo*, não parece deixar grade margem de manobra à doutrina, postulando que a Administração deve proceder à aplicação de normas de Direito Comunitário dotadas de efeito directo.

De qualquer modo, sempre caberá questionar, como faz MATOS (2004) em relação à fiscalização administrativa da constitucionalidade, a quem competiria a decisão de desaplicação da lei interna em prol da aplicação do Direito da União Europeia. A todo e qualquer titular de órgão, funcionário, agente ou trabalhador em funções públicas que se veja confrontado com a potencial aplicação do Direito Comunitário?

---

<sup>198</sup> Vejam-se as referências de GOMES (2008:39) às posições de Jorge Miranda e Vieira de Andrade, entre outros.

Afigura-se prudente responder negativamente. De facto, admitir a desaplicação de forma generalizada, e por qualquer funcionário, poderia ter graves consequências, decorrentes das dificuldades de determinação de conflito entre Direito nacional e Direito da União Europeia, e da eventual falta de preparação técnica dos trabalhadores da Administração Pública, os quais, contrariamente ao preconizado na Comunicação da Comissão (COM(2007) 502 final) não têm formação inicial e permanente sobre o aquele, conduzindo a grande insegurança na aplicação do Direito.

Estabelecendo um paralelismo com os conflitos entre lei interna e Constituição, e se se adoptar posição semelhante à de MATOS, no sentido de que o dever de desaplicação da lei interna recai sobre os órgãos administrativos, e não sobre os funcionários, agentes e trabalhadores em funções públicas em geral, existiria aí mais um argumento, ainda que agora limitado a estes, quanto à sua não responsabilização, e correspondente inexistência de direito de regresso sobre os mesmos, pela aplicação ou não aplicação de normas legais nacionais contrárias ao Direito Comunitário.

Efectivamente, se apenas os órgãos tiverem competência para a desaplicação da lei interna, a conduta dos funcionários, agentes e trabalhadores em funções públicas que se traduza na aplicação de direito nacional contrário ao Direito Comunitário não poderá consubstanciar um ilícito. A existir um ilícito imputável à Administração, o mesmo teria que se ter, ou por praticado pelo titular do órgão competente para decidir a desaplicação e que não o tivesse feito ou, eventualmente, e com muitas dúvidas, como integrando uma situação de funcionamento anormal do serviço.

No caso de actuação em cumprimento de ordens emitidas por superior hierárquico, o art.º 271.º da CRP permitiria excluir a responsabilidade do subordinado, como referimos já.

### ***3.2. Responsabilidade da Administração vs. Responsabilidade do Legislador***

Matéria que apresenta alguma dificuldade, quanto à responsabilidade dos Estados-Membros face aos particulares por violação do Direito Comunitário, e que já se deixou entrever no ponto precedente, é a da determinação da função ou poder estadual à qual a actuação lesiva deve ser imputada.

É certo que, como acima já mencionámos, o próprio TJ admite a pouca relevância da questão, pois, como referiu no Acórdão do caso *Brasserie du Pêcheur*, o Estado deve ser considerado na sua unidade para efeitos da respectiva responsabilidade, no plano comunitário, tal como no plano internacional, independentemente de a violação que tenha originado o prejuízo ser imputável ao poder legislativo, executivo ou judicial.

Contudo, não se pode olvidar que essa determinação acaba por poder ter consequências que poderão não ser tão irrelevantes como à partida poderiam parecer.

Desde logo, no caso do RRCEE português, tal poderá acarretar a responsabilidade não só do Estado ou entidade pública, mas também do titular de órgão, funcionário ou agente, e eventual direito de regresso sobre estes últimos (ainda que com a ressalva das dúvidas que acima manifestámos em relação à aplicação dos art.º 8.º, n.ºs 1, 3 e 4, e 6.º aos casos de responsabilidade por facto ilícito não expressamente previstos no RRCEE, questão que esperamos venha a ser solucionada pela jurisprudência), que estão previstos no caso da responsabilidade por exercício da função administrativa, mas são inexistentes no caso de responsabilidade decorrente do exercício das funções política e legislativa.

Por outro lado, se atentarmos na jurisprudência do TJ, podemos dela inferir uma regra, segundo a qual a determinação da existência de uma violação suficientemente caracterizada poderá revelar-se mais fácil ou mais difícil, consoante os casos, no domínio das actuações das Administrações nacionais desconformes ao Direito da União Europeia do que no caso de actuações dos Legisladores estaduais. Por um lado, no caso das Directivas não transpostas, a mera não transposição constitui, *per se*, uma violação suficientemente caracterizada. Mas, por outro lado, as administrações nacionais dispõem, em geral, de uma reduzida ou inexistente margem de livre apreciação deixada pelo Direito Comunitário, o mesmo podendo não se verificar no caso do Legislador, fora das situações de não transposição de Directivas, o que poderá conduzir à aplicação de critérios diversos para que se encontre preenchida a segunda condição fixada pelo TJ.

Os casos que se afiguram problemáticos ocorrerão, em regra, em situações em que o Legislador nacional não adoptou medidas necessárias à aplicação ou execução do Direito da União Europeia, ou manteve em vigor ou aprovou *a posteriori* medidas legislativas contrárias a este.

ANAGNOSTARAS (2001: 142 e segs.) vai mais longe, e chega mesmo a configurar casos em que se poderia colocar a dúvida sobre se o facto lesivo seria imputável ao poder legislativo, executivo ou judicial: nomeadamente, situações em que tenha existido omissão do legislador em transpor uma Directiva, a Administração tenha praticado actos denegando pretensões dos particulares fundadas na Directiva e, após uma acção judicial intentada para obter a anulação desses actos por violação do Direito Comunitário, o tribunal não tenha colocado qualquer questão prejudicial ao TJ ao abrigo do ex-art.º 234.º do TCE/actual art.º 267.º do TFUE e não tenha procedido à anulação dos actos da Administração.

Fiquemo-nos, no entanto, pelos casos mais simples, de fronteira entre poder executivo e legislativo.

No caso *Brinkmann*, já por demais referido, o TJ analisou a questão na perspectiva da verificação da terceira condição da responsabilidade estadual: o nexo de causalidade. Considerou, então, que, tendo uma entidade administrativa aplicado directamente, ainda que de forma incorrecta, as normas de uma Directiva, o processo causal entre a omissão do legislador e o dano ter-se-ia quebrado e, como tal, o facto lesivo seria imputável à entidade administrativa.

ANAGNOSTARAS (2001: 144) mostra-se de acordo com tal posição do TJ, e considera-a mesmo extensível a outras situações para além da implementação de Directivas não transpostas, nomeadamente aquelas em que a Administração não desaplique as disposições de direito interno conflituantes com disposições dotadas de efeito directo, às quais se encontra vinculada por força da jurisprudência fixada no caso *Fratelli Costanzo*, defendendo ser irrelevante que a Administração disponha de margem de livre apreciação deixada pelo legislador interno, ou que, pelo contrário, se limite a aplicar a lei interna em cumprimento de instruções vinculativas da hierarquia. Como tal, apenas configura dois tipos de situações em que o facto lesivo será imputável ao Legislador e não à Administração: casos em que o dano ou prejuízo derive directamente de uma violação do próprio Legislador, sem interposição, em nenhuma fase, de actos de entidades administrativas; e casos em que a violação se reporte a disposições não dotadas de efeito directo e em relação às quais não seja possível a interpretação conforme.

Todavia, recaindo sobre as autoridades administrativas um dever de desaplicação das normas de Direito interno contrárias às normas dotadas de efeito

directo, como é preconizado pelo mesmo, por força dos princípios do efeito directo e do primado, e um dever de proceder a uma interpretação do Direito interno conforme ao Direito Comunitário, o autor acaba por admitir que existe o risco de o Legislador ter uma espécie de *carta branca* para proceder a violações do Direito Comunitário, já que nunca lhe seriam imputáveis, mas sim à Administração.

Na doutrina portuguesa, GOMES (2009: 302-304) alerta também para o facto de resultar da jurisprudência *Fratelli Costanzo* “(...) um quadro de predominância da responsabilização da função administrativa face à legislativa e jurisdicional”, assim deixando “(...) para a esfera da responsabilidade do legislador e do juiz um conjunto relativamente reduzido de casos (...)”, entre os quais, no que concerne à responsabilidade do legislador, os casos de normas legislativas imediatamente exequíveis que transponham normas comunitárias; de normas comunitárias com efeito directo, mas que deixem uma ampla margem de concretização ao legislador nacional, que não permita a aplicação imediata pela Administração na omissão dessa concretização legislativa, e, ainda que com dúvidas, situações de transposição ou regulamentação incorrecta das disposições comunitárias pelo legislador nacional

Salvo o devido respeito pelo TJ e pela sua jurisprudência, a questão da imputação aos poderes executivo ou legislativo, ou mesmo jurisdicional, é uma questão que deverá ser apurada no plano do Direito interno. Efectivamente, se se admite a competência do TJ para a fixação das condições da responsabilidade estadual, por se tratar, em última análise, de uma questão interpretativa sobre um princípio inerente aos Tratados (como foi afirmado no Acórdão do caso *Brasserie du Pêcheur*, em resposta às objecções da Alemanha quanto à competência do TJ para esta matéria), a efectivação dessa responsabilidade, e a imputação da mesma no plano interno, quanto aos poderes públicos envolvidos e à determinação dos sujeitos da obrigação de indemnizar, desde que observadas aquelas condições e os princípios da efectividade e da equivalência, só poderão ser determinados pelos ordenamentos jurídicos nacionais.

De facto, desde que não seja tornado excessivamente difícil ou impossível o exercício, pelo lesado, do seu direito à reparação no plano das relações externas (Estado/particular lesado), não se vê qualquer razão para que o TJ se imiscua na organização interna do sistema de responsabilidade civil extracontratual do Estado. É que os Tratados constitutivos anteriormente vigentes (TUE, na versão anterior ao Tratado de Lisboa, TCE e TCEEA), bem como os actuais TUE e TFUE, nas redacções

resultantes da aprovação do Tratado de Lisboa, com entrada em vigor em 01/12/2009, não conferem à União e à extinta Comunidade Europeia (que darão lugar apenas à União, que lhes sucederá), ou à CEEA, competências no domínio da responsabilidade civil extracontratual dos Estados (vejam-se os arts. 2.º a 6.º do TUE, na redacção dada pelo Tratado de Lisboa). E, como se referiu, o próprio TJ apenas conseguiu justificar a competência para se pronunciar sobre tal questão por, desde o Acórdão do caso *Francovich*, ter inferido esse princípio do sistema dos Tratados, designadamente do princípio da lealdade e das obrigações a que os Estados-Membros se encontram vinculados pela sua participação no processo de integração da União Europeia.

Recorde-se que as Comunidades Europeias, nos termos dos respectivos Tratados, e a União Europeia, que agora sucede à Comunidade Europeia, nos termos das alterações trazidas pelo Tratado de Lisboa, são entidades de Direito Internacional Público, de fins limitados, regidas pelo princípio da competência por atribuição. Ou seja, é instituído um sistema de repartição de competências, de acordo com o qual os Tratados prevêm os fins prosseguidos pelas Comunidades e, agora, pela União, bem como as competências específicas para os alcançar, operando-se, desta forma, uma espécie de limitação da soberania dos Estados-Membros quanto à sua liberdade de conformação e actuação nas áreas abrangidas por esses objectivos, sobretudo quando se trate de competências exclusivas da União Europeia, mas permanecendo as matérias não incluídas nos mesmos afastadas das competências comunitárias.<sup>199</sup>

---

<sup>199</sup> Veja-se o art.º 5.º do TCE e, agora, o art.º 5.º do TUE, na versão resultante do Tratado de Lisboa, que o substituiu e dispõe:

“Artigo 5.º

1. A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.
2. Em virtude do princípio da atribuição, a União actua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objectivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros.
3. Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União.  
As instituições da União aplicam o princípio da subsidiariedade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade de acordo com o processo previsto no referido Protocolo.
4. Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da acção da União não devem exceder o necessário para alcançar os objectivos dos Tratados.

A delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros é reforçada ou reafirmada na Declaração n.º 18 anexa à Acta Final da Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa.<sup>200</sup>

Deste modo, deverá ser nos termos da legislação nacional (constitucional e infra-constitucional) que a determinação dos poderes públicos aos quais é imputável a conduta lesiva geradora de responsabilidade deverá ser determinada.

Assim, nos casos em que o Legislador mantenha em vigor (não revogue) ou aprove *a posteriori* normas legais contrárias ao Direito Comunitário, ou não aprove legislação interna necessária à aplicação do Direito Comunitário, e face ao disposto no art.º 266.º da CRP, que impõe à Administração a observância da lei, ainda que a doutrina entenda, de forma generalizada, que o Direito da União Europeia integra o *bloco de legalidade*, haverá que apurar, para efeitos de determinação da imputabilidade da conduta lesiva ao Legislador ou à Administração, se existe ou não a possibilidade de a Administração proceder a uma resolução do conflito de normas em presença, desaplicando uma em favor da outra.

A Administração Pública portuguesa é, como vimos no primeiro Capítulo deste trabalho, Administração *indirecta* da União Europeia. Mas é, em primeira linha, Administração nacional, sujeita à CRP e aos princípios da legalidade e da separação de

---

As instituições da União aplicam o princípio da proporcionalidade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.”

<sup>200</sup> “18. **Declaração sobre a delimitação de competências**

A Conferência salienta que, em conformidade com o sistema de repartição de competências entre a União e os Estados-Membros, previsto no Tratado da União Europeia e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, pertencem aos Estados-Membros as competências não atribuídas à União pelos Tratados.

Quando os Tratados atribuem à União competência partilhada com os Estados-Membros em determinado domínio, os Estados-Membros exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua ou tenha decidido deixar de a exercer. Esta última situação ocorre quando as instituições competentes da União decidem revogar um acto legislativo, designadamente para melhor garantir o respeito constante dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. O Conselho, por iniciativa de um ou mais dos seus membros (representantes dos Estados-Membros) e em conformidade com o artigo 241.o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, pode solicitar à Comissão que apresente propostas com vista à revogação de actos legislativos. A Conferência saúda o facto de a Comissão declarar que prestará especial atenção a tais pedidos.

De igual modo, os representantes dos Governos dos Estados-Membros, reunidos em Conferência Intergovernamental, de acordo com o processo de revisão ordinário previsto nos n.os 2 a 5 do artigo 48.o do Tratado da União Europeia, podem decidir alterar os Tratados em que se funda a União, inclusivamente no sentido de aumentar ou reduzir as competências atribuídas à União por esses Tratados.”



poderes, por um lado, e às opções e orientações políticas e legislativas do Governo e Assembleia da República, por outro (art.º 266.º da CRP).

Não só a transposição de Directivas se encontra cometida à Assembleia da República e ao Governo (art.º 112.º, n.º 8 da CRP, podendo também, em certos casos, caber aos órgãos legislativos das Regiões Autónomas), cabendo igualmente estes a emissão de actos legislativos de concretização ou regulamentação de normas comunitárias, como a actuação contrária à lei interna ou a sua desaplicação podem fazer incorrer o titular de órgão, funcionário, agente ou trabalhador da Administração em responsabilidade disciplinar, nos termos do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas (vejam-se os arts. 3.º, n.º 7, respeitante à definição do dever de zelo, e 16.º, alínea d), que se refere, quanto à aplicação da pena de multa, a situações de falta de zelo pelo serviço, reveladas pelo “defeituoso cumprimento ou desconhecimento das disposições legais e regulamentares ou das ordens superiores”). Fica a dúvida sobre se poderia constituir uma causa excludente dessa responsabilidade a existência de norma de Direito da União Europeia à qual a lei nacional fosse contrária e sobre se poderia existir um conflito potencial de responsabilidade: pela desaplicação da lei nacional, por um lado, e pela não aplicação do Direito da União Europeia, por outro, enquanto parte integrante do *bloco de legalidade* que a Administração deve observar na sua actuação. A verdade é que o Estatuto não se refere em nenhuma passagem ao Direito Comunitário ou Direito da União Europeia.

Por outro lado, existe ainda uma derradeira questão, que acima já equacionámos: ainda que se admita um primado absoluto do Direito da União Europeia e uma obrigação geral para os titulares de órgãos, funcionários e agentes ou trabalhadores da Administração Pública de desaplicar a lei nacional sempre que esta seja desconforme àquela, como poderão estes determinar, com alguma segurança, que tal desconformidade se verifica? Trata-se de uma questão usualmente complexa, que, como se pode constatar pela prolixidade de decisões do TJ proferidas a título prejudicial sobre a conformidade de normas internas com disposições de Direito Comunitário originário e derivado, se apresenta geralmente duvidosa aos juízes nacionais, dotados de uma formação académica e conhecimentos superiores, em virtude das funções que desempenham. Mas a estes assiste, como já se evidenciou, o mecanismo previsto no ex-art.º 234.º do TCE/actual art.º 267.º do TFUE. Que dizer de uma Administração Pública, ainda por cima como a portuguesa, parca em recursos e em dotar os seus

trabalhadores de competências técnicas adequadas ao exercício das suas funções, no âmbito da qual grande parte dos trabalhadores permanece durante anos sem qualquer formação e tem, muitas das vezes, reduzidas habilitações académicas e poucos ou inexistentes conhecimentos sobre a realidade do processo de integração europeu e as suas implicações no ordenamento jurídico português?<sup>201</sup>

GOMES (2009: 305-306) admite mesmo a hipótese de, nestes casos, ainda que se considere que a responsabilidade poderia recair sobre a Administração, devido à interrupção donexo causal, poder ser deduzido um pedido de indemnização, a título subsidiário, contra o Legislador, uma vez que o deveres de transposição ou regulamentação impenderiam sobre este, bem como de, não obstante a *interposição* da actuação da Administração, relevante segundo o TJ para determinar a imputação do facto lesivo a esta última e não ao Legislador, no plano interno, os pedidos de indemnização acabarem por ser dirigidos contra o Legislador.

Realmente, por aplicação da teoria da causalidade adequada, aceite pacificamente pela doutrina portuguesa em matéria de responsabilidade civil extracontratual, quer no Direito Civil, quer no domínio da responsabilidade pública, actualmente vertido no RRCEE, que permite ligar o facto lesivo ao dano, é possível que, tal como concluiu o TJ no caso *Brinkmann*, venha a resultar, nos termos do direito interno português uma imputação do dano à conduta da Administração que aplica lei interna contrária ao Direito da União Europeia, em consequência de a mera aprovação ou manutenção daquela em vigor não constituir, por si só, e por carecer, por exemplo, de actos administrativos ou regulamentares de aplicação ao caso concreto, um facto que se configure como única causa adequada à produção do dano. Mas também não se poderá esquecer que a actuação da Administração, no sentido da prática de acto ou omissão lesiva, poderá apenas ter ocorrido por a mesma se encontrar obrigada constitucionalmente ao cumprimento da lei interna.

Consideramos que aqui se coloca um complexo problema que apenas poderia ser resolvido, numa perspectiva teórica, recorrendo à figura da responsabilidade concorrente ou do concurso de imputações ou concurso de causas, conhecida não só do Direito Civil, mas também do Direito Comunitário<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> Realçando alguns destes aspectos, veja-se também GOMES (2009: 304-305).

<sup>202</sup> Vejam-se os casos de responsabilidade concorrente entre as Comunidades e os Estados-Membros, em WILLS (1992).

CORDEIRO (1994: 413-414) refere que, em casos que qualifica como de “concurso real subjectivo”, “(...) quando o mesmo dano seja imputável, v.g. a título de culpa, a várias pessoas (...) a saída do concurso passa pela constituição de uma obrigação subjectivamente complexa, que opera em regime de solidariedade, com posterior repartição pelos intervenientes mercê da graduação dos respectivos regressos em função das culpas – artigo 497.º, n.ºs 1 e 2 [do Código Civil].” Tal resultaria, também, do art.º 490.º do Código Civil, nos casos de pluralidade de sujeitos quanto à prática do mesmo facto. Para além da pluralidade subjectiva, nas situações em que se verificassem vários factos qualificáveis como causa adequada do dano, ou seja, em várias causas concorressem para a produção do dano, existiria “concurso objectivo”, na formulação de CORDEIRO (1994: 415).

VARELA (1998: 951 e segs.) trata a matéria sob a designação de “concorrência” ou “concurso de causas”, qualificando como “concurso real” as situações em que tenham existido várias causas que tenham convergido para a ocorrência do mesmo dano, e em que um dos factos praticados tenha constituído causa adequada de outro facto, ambos causas do dano (causalidade subsequente), ou em que tenham existido causas complementares, sem que entre as duas tenha havido qualquer relação de causalidade.

A aplicação da doutrina relativa ao concurso de causas no âmbito da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, quando a Administração pratique actos ou omita a prática de actos devidos, em estrito cumprimento de lei interna contrária ao Direito da União Europeia ou fundados na omissão de lei interna necessária à transposição ou exequibilidade de normas desse ordenamento jurídico, constitui uma solução que trará alguns problemas em termos de concretização, uma vez que, em boa parte dos casos, embora existam entidades administrativas dotadas de autonomia administrativa, e porventura até financeira, as mesmas não terão, quando integradas na administração directa (central) do Estado, personalidade jurídica distinta do próprio Estado, integrando, pois, a mesma pessoa colectiva que o Legislador. Ou seja, não há uma verdadeira pluralidade de sujeitos jurídicos, cujas actuações tenham concorrido para a produção do dano, mas uma pluralidade de entidades, dentro do mesmo sujeito jurídico (Estado), que, pela prática de diferentes factos, cada um dos quais constituindo causa adequada do dano, na mencionada formulação negativa de Ennecerus-Lehman, concorrem para o dano.

Mas, por outro lado, também haverá que ter em atenção que o pagamento de indemnizações, quando a reparação de danos não deva ser total ou parcialmente efectuada através de reconstituição *in natura*, será assegurado por entidade diversa, consoante a condenação tenha por objecto actos da função legislativa ou actos da função administrativa. E, como tal, poderia colocar-se a hipótese de, recorrendo à doutrina civilista relativa à responsabilidade civil extracontratual, estarmos, ainda assim, perante um caso de concorrência de causas, ainda que revestida de alguma atipicidade quanto aos diferentes *sujeitos* que tenham praticado os factos qualificáveis como causa adequada do dano.

É que a entidade administrativa não parece dever suportar integralmente, com verbas do respectivo orçamento, o pagamento de uma indemnização, se a actuação do Legislador tiver concorrido, como causa adequada, para a produção do dano.

Este problema, que poderá verificar-se, não só em situações relacionadas com a aplicação do Direito da União Europeia, mas igualmente em situações meramente internas (pense-se nos já mencionados e polémicos casos de aplicação, pela Administração, de leis inconstitucionais, ou a omissão do legislador em aprovar normas destinadas a dar exequibilidade a disposições constitucionais, sem as quais a Administração não pode deferir pretensões dos particulares relativas ao exercício de determinados direitos), não se encontra resolvida, nem sequer equacionada, no RRCEE.

Uma vez que já excluímos a existência de responsabilidade directa dos titulares de órgãos, funcionários, agentes e trabalhadores em funções públicas e a possibilidade de exercício de direito de regresso sobre os mesmos em casos de violação do Direito da União Europeia, sobretudo quando decorram da aplicação de direito interno contrário ao mesmo ou da inexistência de direito interno necessário à sua transposição, concretização ou exequibilidade, não se colocam problemas a esse nível. Porém, para quem contrariamente defenda que essa responsabilidade e direito de regresso existem, não se vê como poderia recair sobre aqueles a obrigação de indemnizar danos decorrentes, não só da actuação imputável à Administração, mas também ao Legislador. Teria, segundo cremos, de qualquer forma, que existir um mecanismo que permitisse limitar a responsabilidade e o eventual direito de regresso quanto à causa do dano imputável à Administração, sendo que, quanto à causa concorrente imputável ao Legislador, não se encontra previsto nenhum mecanismo de responsabilidade de titulares de órgãos ou direito de regresso.

## CONCLUSÃO

As Administrações públicas nacionais dos Estados-Membros da União Europeia, desempenham, no processo de integração, um papel fundamental, porquanto constituem as principais aplicadoras do Direito da União Europeia, quer originário, quer derivado, funcionando, cada Administração nacional, como Administração (*indirecta*) da União Europeia, e deparando-se com a necessária conciliação entre os princípios da efectividade e efeito útil, primado, efeito directo e interpretação conforme, por um lado, e da autonomia, por outro.

Da incorrecta interpretação e aplicação, em concreto, do Direito da União Europeia, ou da omissão da sua aplicação, poderão decorrer danos para os particulares, originando responsabilidade civil extracontratual, e a correspondente obrigação de reparação.

Por outro lado, e como consequência do processo de integração, verifica-se, a nível jurídico, o fenómeno da *europaização*, que designa as interacções recíprocas entre ordenamento jurídico comunitário e ordens jurídicas nacionais, em diversos níveis, sendo o Direito Administrativo e a responsabilidade estadual por violação do Direito da Comunitário áreas onde tal fenómeno se tem feito sentir, motivando, numa vertente, a construção do princípio ao nível comunitário, de natureza pretoriana, com base nos princípios comuns ao Direito interno dos vários Estados-Membros, e, paralela e correspectivamente, uma conformação do Direito interno e das decisões dos órgãos jurisdicionais nacionais por esse princípio.

O princípio da responsabilidade dos Estados-Membros perante os particulares por danos resultantes de violação do Direito Comunitário foi afirmado, como tal, pelo então TJ em 1991, no Acórdão do caso *Francovich*, como princípio inerente ao sistema do TCE, mas as suas raízes remontavam já à jurisprudência da década de 60, proferida por aquela Instituição.

Partindo de um caso relativo à omissão de medidas legislativas de transposição de uma Directiva, o TJ foi progressivamente confirmando a aplicação do princípio aos poderes executivo e judicial, bem como fixando e desenvolvendo as condições de que

dependerá a responsabilidade estadual, tendo esses desenvolvimentos motivado ampla produção doutrinária.

De acordo com essa jurisprudência, os Estados-Membros apenas incorrerão em responsabilidade, por actos ou omissões dos poderes públicos contrários ao Direito Comunitário que causem danos aos particulares, se se verificarem três condições: 1) se ocorrer violação de normas que tenham por objectivo conferir direitos aos particulares; 2) se a violação puder ser qualificada como suficientemente caracterizada; e 3) se existir um nexo de causalidade directo entre a violação e os danos causados. O TJ rejeita a culpa como pressuposto da responsabilidade estadual.

No plano interno, no que concerne à responsabilidade pelo exercício da função administrativa por facto ilícito, O RRCEE, com apenas dois anos de vigência, não obstante basear a responsabilidade civil extracontratual dos Estados-Membros em vários pressupostos que se coadunam com as condições definidas pela jurisprudência comunitária, designadamente com a 1.º e 3.ª condições, exige, em geral, a verificação de culpa, ainda que consagre uma presunção de culpa leve quanto aos actos jurídicos ilícitos, desonerando o lesado da respectiva prova, desconhecendo a figura da violação suficientemente caracterizada, bem como os critérios definidos pelo TJ para a determinar.

Por outro lado, o novo regime nacional apenas se refere ao Direito Comunitário no caso de actos praticados no exercício das funções política e legislativa e, quanto à função administrativa, no caso específico dos procedimentos de contratação pública.

A omissão da referência, na lei interna, ao Direito Comunitário ou Direito da União Europeia e a determinadas condições da responsabilidade estadual por violação deste fixadas pelo TJ, não poderá obstar à plena aplicação daquele princípio comunitário, isto em obediência aos princípios da lealdade e do primado.

Todavia, colocam-se problemas de articulação dos dois regimes. Em primeiro lugar, nesses casos não poderá fazer-se depender a obrigação de reparação da existência de culpa, uma vez que a mesma é afastada enquanto condição da responsabilidade estadual pelo TJ. Acresce que terá que ser aferida a existência de violação suficientemente caracterizada. Já no que respeita aos sujeitos do dever de indemnizar (recordando-se que a reparação do dano mediante o pagamento de indemnização apenas terá lugar no caso de não ser possível a reconstituição da situação que existiria se o facto lesivo não tivesse ocorrido), apenas impenderá sobre o Estado ou entidade pública, não

podendo recair sobre os titulares de órgãos, funcionários, agentes ou trabalhadores em funções públicas. Isto porque, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional português, a responsabilidade destes não resulta directamente da CRP (arts. 22.º e 271.º) e competirá ao legislador ordinário regular os casos em que se verifica, bem como as situações em que haja lugar e mecanismos de efectivação do direito de regresso. E, dado que o RRCEE é omissivo quanto às violações do Direito Comunitário praticadas no exercício da função administrativa, excepção feita quanto aos procedimentos de contratação pública, não poderão, sem mais aplicar-se as normas nele previstas que respeitem à responsabilidade directa daqueles e eventual exercício do direito de regresso sobre os mesmos, quando o Estado ou entidade pública satisfaça o pagamento das indemnizações aos lesados. Na falta de previsão legal expressa por parte do legislador ordinário, que seria necessária, como decorre da jurisprudência constitucional portuguesa, de situações de violação do Direito da União Europeia imputáveis à Administração, não estará autorizada a aplicação dos arts. 6.º 8.º, n.ºs 1, 3 e 4 do RRCEE. Nesses casos, a responsabilidade funda-se, em primeira linha, no ordenamento jurídico comunitário, e o regime interno apenas é aplicável na omissão daquele em matéria de procedimentos e forma de efectivação do direito à reparação, de acordo com o princípio da autonomia.

De igual modo, uma vez que a responsabilidade directa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes, ou trabalhadores em funções públicas, bem como o direito de regresso sobre estes, depende do grau de culpa dos mesmos, não se vê como possa compatibilizar-se essa exigência do RRCEE com o facto de a culpa não poder constituir condição da responsabilidade estadual de acordo com a jurisprudência do TJ.

Na determinação da função do Estado à qual a violação do Direito da União Europeia pode ser imputável, colocam-se alguns problemas, sobretudo quando estejam em causa situações de conflito entre a aplicação do direito interno (que o Legislador nacional não tenha revogado ou tenha entretanto aprovado) e do Direito da União Europeia, designadamente por não ser pacífica a possibilidade de a Administração proceder, em qualquer caso, à desaplicação do primeiro em prol do segundo. Essa desaplicação oferece muitas dúvidas no caso de Directivas não transpostas ou incorrectamente transpostas, por existir uma obrigação constitucional e disciplinar de observar o Direito interno. E oferece igualmente dúvidas quanto às actuações que não

configurem verdadeiros actos jurídicos e omissões da generalidade dos funcionários, agentes ou trabalhadores em funções públicas.

Ora, mesmo nos casos em que a desaplicação administrativa do direito interno seja admissível, quer se trate de aplicar Tratados constitutivos e regulamentos, quer se trate de aplicar Directivas, questão que se reveste sempre de alguma complexidade, a responsabilidade por violação do Direito Comunitário decorrente da aplicação da lei interna contrária a este não poderá ser exclusivamente imputável à Administração, uma vez que, de acordo com a teoria da causalidade adequada na formulação seguida em Portugal, que não parece afastar-se da formulação da terceira condição da responsabilidade estadual pelo TJ, vários factos constituirão, nessas situações, causa adequada do dano: a actuação da Administração, por um lado, e a actuação do Legislador, por outro, já que, retirado qualquer um destes factos do processo causal, o dano não se produziria. Haverá, pois, uma espécie de *concorrência* ou *concurso de causas*, à qual o RRCEE não dá qualquer solução, até porque não equaciona sequer tal problema. No entanto, a verdade é que, consoante a responsabilidade seja imputável à Administração ou ao Legislador, assim haverá diferentes entidades a suportar o pagamento de indemnizações devidas e, para quem defenda a admissibilidade de responsabilidade directa dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes ou trabalhadores em funções públicas, poderão estes ser de suportar esse pagamento ou ser sobre eles exercido o direito de regresso. Refira-se, ainda, que a questão da imputação à Administração ou ao Legislador poderá não ser inócua, mesmo no plano das relações externas, por poder ter implicações ao nível da determinação da existência ou inexistência de uma violação suficientemente caracterizada, face à margem de livre apreciação, necessariamente diversa, de que dispõem o Legislador e a Administração.

O Legislador português, como já vem sendo habitual, deixou escapar a oportunidade de proceder a uma reforma de um regime legislativo nacional, de forma coerente e devidamente avaliada, na perspectiva da sua aplicação e consequências, num daqueles que é, indiscutivelmente, um dos mais importantes domínios de convergência entre os diversos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros<sup>203</sup>, por ter implicações na uniformidade e efectividade de aplicação do Direito da União Europeia e da protecção dos direitos por este conferidos aos particulares.

---

<sup>203</sup> Alguma doutrina refere-se mesmo à emergência de um *ius commune* da responsabilidade estadual (TORRENS, 2002a: 178-179).



O desafio coloca-se agora à jurisprudência administrativa, no foro da qual serão apreciados os litígios atinentes à responsabilidade civil extracontratual do Estado, que terá de encontrar as soluções mais razoáveis e adequadas, eventualmente socorrendo-se do Direito Civil e do reenvio prejudicial para o TJCE.

## **BIBLIOGRAFIA**

- AMARAL**, Diogo Freitas do, (2002) “Intervenção”, in *A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado – Trabalhos Preparatórios da Reforma*, Ministério da Justiça, Coimbra Editora , pp. 43-51
- ANAGNOSTARAS**, Georgios, (2001) “The Allocation of Responsibility in State Liability actions for Breach of Community Law: A Modern Gordian Knot?”, in *European Law Review*, N.º 2 (2001), Vol. 26, pp. 139-158
- (2002) “Not as Unproblematic as You Might Think: the Establishment of Causation in Governmental Liability Actions”, in *European Law Review*, N.º 6 (2002), Vol. 27, pp. 663-676
- ANTUNES**, Luís Filipe Colaço, (2008) *O Direito Administrativo sem Estado – Crise ou Fim de um Paradigma?* , Coimbra Editora
- BOTELHO**, José Manuel da C. Santos, (2000) *Contencioso Administrativo – Anotado – Comentado -Jurisprudência*, 3.ª Edição, Almedina
- CADILHA**, Carlos Alberto Fernandes, (2002) “Intervenção”, in *A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado – Trabalhos Preparatórios da Reforma*, Ministério da Justiça, Coimbra Editora , pp.235-256
- (2003) “Regime geral da responsabilidade civil da Administração Pública”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 40 (Julho/Agosto 2003), pp.18-31
- (2008) *Regime da Responsabilidade Civil extracontratual do estado e Demais Entidades Públicas – anotado*, Coimbra Editora
- (2009) “O Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas pelo Exercício da Função Administrativa” , in *Revista do CEJ*, 1.º semestre de 2009, pp.245-263
- CORDEIRO**, António Menezes, (1994) *Direito das Obrigações*, AAFDL
- CORTEZ**, Margarida, (2000) *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, *Stvdia Iuridica* 52, Coimbra Editora
- (2003) “A responsabilidade civil da Administração por omissões” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 40 (Julho/Agosto 2003), pp.32-38
- DUARTE**, Maria Luísa, (2006) *União Europeia e Direitos Fundamentais, - No Espaço da Internormatividade-* AAFDL
- (2008) *Direito Administrativo da União Europeia*, Almedina
- FRAGOSO MARTINS**, Patrícia, (2006) *O Princípio do Primado do Direito Comunitário sobre as Normas Constitucionais dos Estados-Membros*, Principia.
- GARCIA**, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, (1997) *A Responsabilidade Civil do Estado e Demais Pessoas Colectivas Públicas*, Conselho Económico e Social, Lisboa, disponível em <http://www.ces.pt/file/doc/114> (consultado em 26/06/2007)
- GOMES**, Carla Amado, (2008) “A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração por facto ilícito – reflexões avulsas sobre o novo regime da Lei

- 67/2007, de 31 de Dezembro”, in *Três Textos sobre o Novo Regime da responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, AAFDL, pp. 23-59
- \_\_\_ (2009) “O Livro das Ilusões – A Responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário Apesar da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro”, in *Revista do CEJ*, 1.º semestre de 2009, pp.291-315
- GONÇALVES**, Maria Eduarda; **GUIBENTIF**, Pierre, (2008) “Introdução”, in Maria Eduarda Gonçalves e Pierre Guibentif (org.) *Novos Territórios do Direito – Europeização, Globalização e Transformação da Regulação Jurídica*, Coord., Editora Principia, pp. 7-22.
- GONZÁLEZ**, Carmen Pérez, (2001) *Responsabilidad del Estado Frente a Particulares por Incumplimiento del Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia
- GORJÃO-HENRIQUES**, Miguel, (2004) “Responsabilidade Extracontratual do Estado e Direito Comunitário – Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 2004, Comissão contra Portugal”, in *Temas de Integração*, 2.º Semestre de 2004, N.º 18, Almedina
- LEE**, Ian B., (1999) *In Search of a Theory of State Liability in the European Union*, Harvard Jean Monnet Working Paper 9/99, disponível em <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/99/990901.html> (página do Programa Jean Monnet – WP) - consultado em 26/06/2007
- MATOS**, André Salgado de, (2004) *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Almedina
- MARTINS**, José Maria Teixeira Leite, (2001) *A Aplicação do Direito Comunitário pela Administração Pública Nacional*”, Relatório de Mestrado, inédito (Faculdade de Direito de Lisboa)
- MESQUITA**, Maria José Rangel de, (2004) “Da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração no Ordenamento Jurídico-Constitucional Vigente”, in (Coord. Fausto de Quadros) *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, pp. 39-134
- \_\_\_ (2006a) “A Proposta de Lei n.º 56/X em matéria de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas: notas breves a luz do Direito da União Europeia”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Marcello Caetano*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, pp. 233-258
- \_\_\_ (2006b) “Responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União Europeia : um princípio com futuro – Ac. Do Tribunal da Relação do Porto de 06.03.2003, Agravo 0650624” – Anotação, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 60, Novembro/Dezembro 2006 – pp-52-69
- \_\_\_ (2009a) “Âmbito e Pressupostos da Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional”, in *Revista do CEJ*, 1.º semestre de 2009, pp.265-290
- \_\_\_ (2009b) *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Almedina
- MOLINA**, Ángel Manuel Moreno, (2000) “La Administración Pública de Los Estados Miembros Como Administración Comunitária” in Luciano Parejo Alfonso, Tomás del Castillo, Ángel Molina, António de Noriega, *Manual de Derecho Administrativo Comunitário*, Centro de Estudos Ramón Araces, Madrid
- MONCADA**, Luís Cabral de, (2006) “A Responsabilidade Civil do Estado e demais entidades Públicas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Marcello Caetano*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora

- \_\_\_\_ (2008) *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, Edição Abreu & Marques, Vinhas e Associados
- NIKOLAOU**, Evangelos, (2005) *From Francovich to Köbler and beyond: The evolution of a State liability regime for the European Community*, LL.M Thesis, disponível em <http://ethesis.helsinki.fi/julkaisut/oik/julki/pg/nikolaou/> (Página da Universidade de Helsínquia) - consultado em 26/06/2007
- NIZZO**, Carlo, (1999) *National Public Administrations and European Integration*, Disponível em <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/NISPAcee/UNPAN007286.pdf> - consultado em 29/06/2007
- OLIVEIRA MARTINS**, Afonso d' , (2002) “A Europeização do Direito Administrativo Português”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. II, Coimbra Editora, pp.- 999-1024
- OTERO**, Paulo, (2002) “A Administração Pública Nacional Como Administração Comunitária: Os efeitos internos da execução administrativa pelos Estados-Membros do Direito Comunitário”, in *Estudos em Homenagem à Prof.ª Dr.ª Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. I, Almedina, pp. 817 e segs.
- \_\_\_\_ (2007) *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina
- QUADROS**, Fausto de, (2001) *A Nova Dimensão do Direito administrativo – O Direito Administrativo Português na Perspectiva Comunitária*, Almedina
- \_\_\_\_ (2002) “Intervenção”, in *A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado – Trabalhos Preparatórios da Reforma*, Ministério da Justiça, Coimbra Editora , pp.53-65
- \_\_\_\_ (2004a) *Direito da União Europeia*, Almedina
- \_\_\_\_ (2004b) “Introdução”, in Fausto de Quadros (Coord) *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, Almedina, pp. 7-36
- \_\_\_\_ (2006) “A Europeização do Contencioso Administrativo”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Marcello Caetano*, Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora
- RAPOSO**, João, (2006) “Novas fronteiras da responsabilidade civil extracontratual da Administração” in *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 58 (Julho/Agosto 2006), pp.67-73
- RIBEIRO**, Marta Chantal da Cunha Machado, (1996) *Da Responsabilidade do Estado pela Violação do Direito Comunitário*, Almedina, Coimbra
- \_\_\_\_ (2000) *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual dos Estados-Membros pela Violação do Direito Comunitário. Delineamento e Aperfeiçoamento Progressivo*, Almedina – versão disponível em formato digital em [www.almedina.net](http://www.almedina.net)
- SILVA**, José Luís Moreira da, (2004) “Da Responsabilidade Civil da Administração Pública por Actos Ilícitos”, in Fausto de Quadros (Coord) *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, Almedina, pp. 135-187
- SOARES**, António Goucha, (2006) *A União Europeia*, Almedina
- SOSA**, Marcelo Rebelo de; **MATOS**, André Salgado de, (2008) *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral – Tomo III*, Dom Quixote
- STEINER**, Josephine, (1998) “The Limits of State Liability for Breach of European Community law”, in *European Public Law*, 1998, Vol. 4, N.º 1, pp.69-109
- TORRENS**, Joan David Janer, (2002a) “La Influencia del Derecho Comunitario en la creación de un *ius commune* de la responsabilidad patrimonial de los poderes

- públicos nacionales”, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Ano 6, N.º 11, 2002, pp. 177-192
- \_\_\_\_ (2002b) *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos Nacionales por Infracción del Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia
- TRIDIMAS**, Takis, (2001), “Liability for breach of community law: growing up and mellowing down?”, in *Common Market Law Review*, Vol. 38, N.º 2 (Abril 2001), pp. 301-332
- VARELA**, Antunes, (1998) *Das Obrigações em Geral*, 5.ª Edição Almedina
- WILLS**, Wouter, (1992) “Concurrent Liability of the Community and a Member State”, in *European Law Review*, N.º 3 (1992), Vol. 17, pp. 191-206
- WOLFF**, Hans J.; **BACHOF**, Otto; **STOBER**, Rolf, (2006) *Direito Administrativo*, Vol. I, Fundação Calouste Gulbenkian

## REFERÊNCIAS DE JURISPRUDÊNCIA DO TJ

- **A.G.M.- COS.MET**, C-470/03, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **Asteris e outros c. Comissão**, processos apensos 194/83 a 206/83, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **Asteris**, processos apensos 106/87 a 120/87, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **Bergaderm**, C-352/98 P, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **Bonifaci e outros**, processos apensos C-94/95 e C-95/95, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **Brasserie du Pêcheur e outros**, processos apensos C-46/93 e C-48/93, *Col. 1996, p. I-1029*
- **Brinkmann**, C-319/96, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **British Telecommunications**, C-392/93, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **Carol Robins e outro**, C-278/05, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **Comateb e outros**, Processos apensos C-192/95 a C-218/95, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **Comissão c. Itália**, 154/85, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **Comissão c. República Portuguesa**, C-70/06, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **Comissão c. República Portuguesa**, C-275/03, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **Costa c. E.N.E.L.**, 6/64, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **Danske Slagterier**, C-445/06, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **Denkavit**, processo apensos C-283/94, C-291/4 e C-292/94, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **Dillenkofer**, processos apensos C-178/94, C-179/94 e C-188-190/94, *Col. 1996, p. I-4845*
- **El Corte Inglés**, C-192/94, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **Faccini Dori**, C-91/92, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **Francovich e outro c. República Italiana**, processos apensos C-6/90 e C-9/90,

*Col. 1991, - p. I-5357*

- *Fratelli Costanzo*, 103/88, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Granaria*, 101/78, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Haim II*, C-424/97, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Hedley Lomas*, C-5/94, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Humblet*, 6/60, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Internationale Handelgesellschaft*, 11/70, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Köbler*, C-224/01 [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Konle*, C-302/97, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Krohn c. Comissão*, 175/84, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Metallgesellschaft*, processos apensos C-397/98 e C-410/98, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Mulder e outros c. Conselho e Comissão*, processos apensos C-104/89 e C-37/90, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Norbrook Laboratories*, C-127/95, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Palmisani*, C-261/95, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Petrie e outros*, C-90/96, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Rechberger*, C-140/97, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Russo*, 60/75, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Stauder*, 29/69, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Stockholm Lindöpark*, C-150/99, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Sutton*, C-66/95, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Traghetti*, C-173/03, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Van Duyn*, 41/74, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- *Van Gend en Loos*, 6/62, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)

- **Von Colson**, 14/83, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **Wagner Miret**, C-334/92, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **Wells**, C-201/02, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)
- **Zuckerfabrik Schöppenstedt c. Conselho**, 5/71, [www.curia.eu](http://www.curia.eu)



## **ANEXO**

### **REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E DEMAIS ENTIDADES PÚBLICAS**

(Aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho)

#### **CAPÍTULO I Disposições gerais**

##### **Artigo 1.º Âmbito de aplicação**

1 — A responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa rege -se pelo disposto na presente lei, em tudo o que não esteja previsto em lei especial.

2 — Para os efeitos do disposto no número anterior, correspondem ao exercício da função administrativa as acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo.

3 — Sem prejuízo do disposto em lei especial, a presente lei regula também a responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos por danos decorrentes de acções ou omissões adoptadas no exercício das funções administrativa e jurisdicional e por causa desse exercício.

4 — As disposições da presente lei são ainda aplicáveis à responsabilidade civil dos demais trabalhadores ao serviço das entidades abrangidas, considerando -se extensivas a estes as referências feitas aos titulares de órgãos, funcionários e agentes.

5 — As disposições que, na presente lei, regulam a responsabilidade das pessoas colectivas de direito público, bem como dos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, por danos decorrentes do exercício da função administrativa, são também aplicáveis à responsabilidade civil de pessoas colectivas de direito privado e respectivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares, por acções ou omissões que adoptem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo.

##### **Artigo 2.º Danos ou encargos especiais e anormais**

Para os efeitos do disposto na presente lei, consideram-se especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito.

##### **Artigo 3.º Obrigação de indemnizar**

1 — Quem esteja obrigado a reparar um dano, segundo o disposto na presente lei, deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.

2 — A indemnização é fixada em dinheiro quando a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa.

3 — A responsabilidade prevista na presente lei compreende os danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como os danos já produzidos e os danos futuros, nos termos gerais de direito.

#### **Artigo 4.º**

##### **Culpa do lesado**

Quando o comportamento culposo do lesado tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, designadamente por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.

#### **Artigo 5.º**

##### **Prescrição**

O direito à indemnização por responsabilidade civil extracontratual do Estado, das demais pessoas colectivas de direito público e dos titulares dos respectivos órgãos, funcionários e agentes bem como o direito de regresso prescrevem nos termos do artigo 498.º do Código Civil, sendo -lhes aplicável o disposto no mesmo Código em matéria de suspensão e interrupção da prescrição.

#### **Artigo 6.º**

##### **Direito de regresso**

1 — O exercício do direito de regresso, nos casos em que este se encontra previsto na presente lei, é obrigatório, sem prejuízo do procedimento disciplinar a que haja lugar.

2 — Para os efeitos do disposto no número anterior, a secretaria do tribunal que tenha condenado a pessoa colectiva remete certidão da sentença, logo após o trânsito em julgado, à entidade ou às entidades competentes para o exercício do direito de regresso.

## **CAPÍTULO II**

### **Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa**

#### **SECÇÃO I**

##### **Responsabilidade por facto ilícito**

#### **Artigo 7.º**

##### **Responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas colectivas de direito público**

1 — O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício.

2 — 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.

3 — O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço.

4 — Existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos.

#### **Artigo 8.º**

##### **Responsabilidade solidária em caso de dolo ou culpa grave**

1 — Os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo.

2 — O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são responsáveis de forma solidária com os respectivos titulares de órgãos, funcionários e agentes, se as acções ou omissões referidas no número anterior tiverem sido cometidas por estes no exercício das suas funções e por causa desse exercício.

3 — Sempre que satisfaçam qualquer indemnização nos termos do número anterior, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público gozam de direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários ou agentes responsáveis, competindo aos titulares de poderes de direcção, de supervisão, de superintendência ou de tutela adoptar as providências necessárias à efectivação daquele direito, sem prejuízo do eventual procedimento disciplinar.

4 — Sempre que, nos termos do n.º 2 do artigo 10.º, o Estado ou uma pessoa colectiva de direito público seja condenado em responsabilidade civil fundada no comportamento ilícito adoptado por um titular de órgão, funcionário ou agente, sem que tenha sido apurado o grau de culpa do titular de órgão, funcionário ou agente envolvido, a respectiva acção judicial prossegue nos próprios autos, entre a pessoa colectiva de direito público e o titular de órgão, funcionário ou agente, para apuramento do grau de culpa deste e, em função disso, do eventual exercício do direito de regresso por parte daquela.

#### **Artigo 9.º**

##### **Ilicitude**

1 — Consideram -se ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos.

2 — Também existe ilicitude quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal do serviço, segundo o disposto no n.º 3 do artigo 7.º

#### **Artigo 10.º**

##### **Culpa**

1 — A culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor.

2 — Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume -se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos.

3 — Para além dos demais casos previstos na lei, também se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância.

4 — Quando haja pluralidade de responsáveis, é aplicável o disposto no artigo 497.º do Código Civil.

## **SECÇÃO II**

### **Responsabilidade pelo risco**

#### **Artigo 11.º**

##### **Responsabilidade pelo risco**

1 — O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, salvo quando, nos termos gerais, se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo o tribunal, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização.

2 — Quando um facto culposo de terceiro tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem solidariamente com o terceiro, sem prejuízo do direito de regresso.

## **CAPÍTULO III**

### **Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional**

#### **Artigo 12.º**

##### **Regime geral**

Salvo o disposto nos artigos seguintes, é aplicável aos danos ilicitamente causados pela administração da justiça, designadamente por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, o regime da responsabilidade por factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa.

#### **Artigo 13.º**

##### **Responsabilidade por erro judiciário**

1 — Sem prejuízo do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade, 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.

2 — O pedido de indemnização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente.

#### **Artigo 14.º**

##### **Responsabilidade dos magistrados**

1 — Sem prejuízo da responsabilidade criminal em que possam incorrer, os magistrados judiciais e do Ministério Público não podem ser directamente responsabilizados pelos danos decorrentes dos actos que pratiquem no exercício das respectivas funções, mas, quando tenham agido com dolo ou culpa grave, o Estado goza de direito de regresso contra eles.

2 — A decisão de exercer o direito de regresso sobre os magistrados cabe ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça.

## **CAPÍTULO IV**

### **Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa**

#### **Artigo 15.º**

##### **Responsabilidade no exercício da função político-legislativa**

1 — 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.

2 — A decisão do tribunal que se pronuncie sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma jurídica ou sobre a sua desconformidade com convenção internacional, para efeitos do número anterior, equivale, para os devidos efeitos legais, a decisão de recusa de aplicação ou a decisão de aplicação de norma cuja inconstitucionalidade, ilegalidade ou desconformidade com convenção internacional haja sido suscitada durante o processo, consoante o caso.

3 — 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.

4 — A existência e a extensão da responsabilidade prevista nos números anteriores são determinadas atendendo às circunstâncias concretas de cada caso e, designadamente, ao grau de clareza e precisão da norma violada, ao tipo de inconstitucionalidade e ao facto de terem sido adoptadas ou omitidas diligências susceptíveis de evitar a situação de ilicitude.

5 — A constituição em responsabilidade fundada na omissão de providências legislativas necessárias para tornar executáveis normas constitucionais depende da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional.

6 — Quando os lesados forem em tal número que, por razões de interesse público de excepcional relevo, se justifique a limitação do âmbito da obrigação de indemnizar, esta pode ser fixada equitativamente em montante inferior ao que corresponderia à reparação integral dos danos causados.

## **CAPÍTULO V**

### **Indemnização pelo sacrifício**

#### **Artigo 16.º**

##### **Indemnização pelo sacrifício**

O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender -se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado.

