CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 28 de Novembro de 1995 *

Índice

Matéria de facto, disposições legislativas nacionais e questões prejudiciais ..... I - 1067

a) Processo C-46/93 (Brasserie du pêcheur) ..... I - 1068

b) Processo C-48/93 (Factortame III) ..... I - 1070

Equação do problema e plano das conclusões ..... I - 1074

I — Quanto ao princípio da responsabilidade do Estado no direito comunitário: fundamento e alcance ..... I - 1076

a) A afirmação da obrigação de indemnização pelos Estados-Membros inadimplentes na jurisprudência do Tribunal de Justiça: o acórdão Francovich e o. e os seus antecedentes ..... I - 1078

b) O princípio «comunitário» da responsabilidade: um mero meio de colmatar uma lacuna na tutela dos direitos ou antes um princípio de alcance mais amplo? ..... I - 1082

c) Obrigação indemnizatória do Estado por actos do legislador ..... I - 1088

II — Quanto às condições da obrigação de indemnização que impende sobre o Estado ..... I - 1095

1. A solução Francovich ..... I - 1097

2. A jurisprudência relativa ao artigo 215.°, segundo parágrafo ..... I - 1100

3. Os critérios «comunitários» relativos às condições gerais da responsabilidade ..... I - 1104

a) O facto gerador do dano: a violação de normas comunitárias ..... I - 1105

— Carácter manifesto e grave da violação ..... I - 1106

— A culpa: um elemento indispensável? ..... I - 1111

b) A existência do dano ..... I - 1114

* Língua original: italiano.

c) O nexo de causalidade ..... I - 1116

— O comportamento do sujeito lesado ..... I - 1117

— Meios reparatórios e meios administrativos: autonomia ou subsidiariedade? ..... I - 1117

4. As outras condições ..... I - 1120

5. O momento em que nasce a obrigação de reparação ..... I - 1123

III — As respostas às questões dos órgãos jurisdicionais nacionais ..... I - 1124

a) Processo C-46/93 (Brasserie du pêcheur) ..... I - 1124

b) Processo C-48/93 (Factortame III) ..... I - 1126

Conclusões ..... I - 1128

1. Tendo sido já objecto do conhecido acórdão Francovich e o. [1], o tema da responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário e a consequente obrigação de indemnizar os particulares continua a suscitar grande interesse. O acórdão em questão, por outro lado, não esclareceu todos os aspectos; muitas são as questões que permanecem e que respeitam a aspectos também relevantes.

As questões submetidas pelo Bundesgerichtshof (processo C-46/93) e pela High Court of Justice (processo C-48/93), que recolocam a questão relativamente a violações de normas do Tratado, violações já confirmadas através de acórdãos anteriores do Tribunal de Justiça, proporcionam pois uma ocasião, se não para resolver todos os problemas restantes desse complexo tema, pelo menos, para fornecer esclarecimentos posteriores a esse respeito; em particular, quanto à existência de responsabilidade do Estado em hipóteses diferentes da falta de transposição de directivas, e bem assim quanto aos pressupostos *comunitários* do direito dos particulares a indemnização.

A reflexão proposta ao Tribunal de Justiça liga-se a alguns aspectos institucionais de relevo e, em particular, à relação entre o direito comunitário e os sistemas jurídicos nacionais. É, por conseguinte, um terreno no qual se pondera o correcto funcionamento do sistema jurídico comunitário considerado no seu conjunto.

Matéria de facto, disposições legislativas nacionais e questões prejudiciais

2. Remetendo para o relatório para audiência quanto à descrição pormenorizada do qua-

1 — Acórdão de 19 de Novembro de 1991 (C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I-5357).

dro normativo e da matéria de facto que deu origem ao presente processo, limito-me aqui a recordar os pontos mais directamente relevantes para a apreciação que nos interessa.

a) *Processo C-46/93 (Brasserie du pêcheur)*

3. A Brasserie du pêcheur SA, fábrica francesa de cerveja com sede em Schiltigheim (Alsácia), afirma que foi obrigada a interromper a exportação de cerveja para a Alemanha em fins de 1981, em virtude da não conformidade da cerveja por si fabricada com os requisitos de «pureza» impostos pelos §§ 9 e 10 da Biersteuergesetz [2] (lei do imposto sobre a cerveja, a seguir «BiStG»). Mais precisamente, como ficou demonstrado no decurso da audiência, os persistentes controlos efectuados pelas autoridades alemãs junto dos retalhistas e a consequente acusação de não conformidade da cerveja em questão com os requisitos prescritos levaram a que o importador alemão exclusivo da Brasserie recusasse a renovação do contrato de distribuição.

Na sequência do acórdão de 12 de Março de 1987 [3], no qual o Tribunal de Justiça declarou incompatível com o artigo 30.° do Tratado a proibição de colocar no mercado cerveja importada de outros Estados-Membros e não conforme com a BiStG, a Brasserie du pêcheur intentou um acção contra a República Federal da Alemanha, pedindo a reparação do dano resultante dessa proibição de importação, relativamente ao período decorrido entre 1981 e 1987, no montante de 1 800 000 DM, montante que afirma corresponder a uma parte do dano efectivamente sofrido. O pedido foi julgado improcedente nas instâncias. A Brasserie du pêcheur interpôs, por conseguinte, recurso para o Bundesgerichtshof.

4. Este último, observando previamente que a violação em causa consiste numa omissão do legislador, por este não ter procedido à alteração da BiStG, de modo a conformar-se com o direito comunitário, recorda que a indemnização dos danos é regulada, na República Federal da Alemanha, pelo § 839 do Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão), conjugado com o artigo 34.° da Grundgesetz (Lei Fundamental). Segundo o primeiro parágrafo desta última disposição, «se uma pessoa, no exercício de um cargo público que lhe foi confiado, violar 'as obrigações que o seu cargo lhe impõe no que toca a terceiros', a responsabilidade incumbe, em princípio, ao Estado ou à colectividade ao serviço de quem se encontra». O § 839, primeiro parágrafo, do Código Civil estabelece, por seu lado, que, qualquer funcionário que, com dolo ou negligência, violar os deveres que em virtude da sua função lhe incumbem no que se refere a terceiros, é obrigado, no que a estes se refere, a reparar o prejuízo que daí resultar. No caso de ter agido com mera negligência, responderá pelo dano apenas na medida em que o lesado não tenha outra possibilidade de ser indemnizado.

2 — Lei de 14 de Março de 1952 (BGBl. I, p. 148), na redacção que lhe foi dada pela lei de 14 de Dezembro de 1976 (BGBl. I, p. 3341). Recorde-se apenas que o § 10 reserva a denominação «cerveja» para a cerveja produzida segundo requisitos de pureza, taxativamente enumerados no § 9 da mesma lei.

3 — Comissão/Alemanha (178/94, Colect., p. 1227).

A aplicabilidade da disciplina em análise está, portanto, subordinada, além do exercício de uma função pública e da violação de um dever do cargo, a um posterior requisito da «referência a um terceiro» (*Drittbezogenheit*) do dever do cargo violado, o que implica que o Estado apenas é responsável pela violação dos deveres do cargo cujo exercício esteja expressamente destinado a um terceiro, isto é, que tenha como objectivo tutelar interesses de terceiros. Precisamente, este último requisito, todavia, não se verifica normalmente quando se trata de ilícito legislativo, incluindo o ilícito relevante no caso em análise [4]. Com efeito, tal como foi observado pelo órgão jurisdicional de reenvio, com a BiStG, o legislador impôs obrigações respeitantes à colectividade e não relativas em especial a um determinado sujeito ou categoria de sujeitos que possam ser considerados terceiros na acepção das referidas disposições [5].

Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio observa que, neste caso, também não se pode configurar a responsabilidade do Estado como consequência de uma intervenção ilegítima da autoridade pública equiparável a uma expropriação, princípio elaborado pela jurisprudência do Bundesgerichtshof [6]. Essa conclusão impõe-se, na opinião do referido órgão jurisdicional, na medida em que o princípio em questão, segundo essa jurisprudência, não permite a reparação do dano resultante de leis contrárias à lei fundamental, à qual a reparação do dano resultante da violação de uma obrigação comunitária é equiparável. Por outro lado, e em todo o caso, no caso *sub judice*, não houve qualquer incidência na posição jurídica da recorrente que seja tutelável com base no regime da propriedade.

5. Considerando que o direito alemão não fornece qualquer base para acolher o pedido indemnizatório da recorrente, o Bundesgerichtshof submeteu, portanto, ao Tribunal de Justiça, um pedido de decisão prejudicial, com a finalidade de saber se o princípio da responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares em resultado de violações do direito comunitário que lhe sejam imputáveis, tal como se deduz do já referido acórdão Francovich e o., é aplicável ao caso pendente naquele órgão jurisdicional. Mais precisamente, coloca ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

«1) O princípio de direito comunitário de que os Estados-Membros têm o dever de ressarcir os danos sofridos por particulares em consequência de violações do direito comunitário imputáveis ao Estado-Membro em causa também é aplicável ao caso de uma violação daquele tipo consistir na não adaptação a normas hierarquicamente superiores de direito comunitário de uma lei formal de um Parlamento nacional (no presente caso: não adaptação ao artigo 30.º

4 — Ao ilícito do legislador (*legislatives Unrecht*), é, na verdade, aplicável a mesma disciplina que regula a responsabilidade da administração pública (*Amtshaftung*). E é precisamente por isso que a possibilidade de indemnização de danos resultantes de ilícito legislativo, questão actualmente muito controversa na Alemanha, é pacificamente admitida quando se trate de lei-medida (*Einzelfallgesetze*) ou relativamente a um acto normativo como um plano regulador (*Bebauungsplan*).

5 — O quadro emergente não é, por isso, muito diferente do — que se pretende exclusivo do sistema italiano — relativo à distinção entre direito subjectivo e interesse legítimo.

6 — V. *BGHZ* (Colectânea das decisões do Bundesgerichtshof em matéria civil), 90, p. 17, em especial, pp. 29 e segs.

do Tratado CEE dos §§ 9 e 10 da Biersteuergesetz)?

2) A ordem jurídica nacional pode determinar que qualquer direito a indemnização esteja sujeito às mesmas limitações que em caso de violação por lei nacional de normas de direito interno de valor hierarquicamente superior, como, por exemplo, a violação da Grundgesetz da República Federal da Alemanha por uma simples lei federal alemã?

3) A ordem jurídica nacional pode sujeitar o direito a indemnização à condição de os agentes estaduais aos quais é imputável a não adaptação poderem ser responsabilizados (a título doloso ou negligente)?

4) No caso de a resposta à primeira questão ser positiva e a resposta à segunda ser negativa:

a) O dever de indemnizar pode ser limitado à reparação de danos em determinados bens jurídicos individuais, como a propriedade, de acordo com os critérios da ordem jurídica nacional, ou impõe uma reparação global dos danos em relação a qualquer perda patrimonial, incluindo os lucros cessantes?

b) O dever de indemnizar impõe também o ressarcimento de danos surgidos antes de o acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 12 de Março de 1987 (178/84) ter declarado a contrariedade com o direito comunitário de posição hierarquicamente superior do § 10 da Biersteuergesetz alemã?»

b) *Processo C-48/93 (Factortame III)*

6. O pedido de reparação dos danos resultantes da aplicação do Merchant Shipping Act 1988 (lei de 1988 sobre a Marinha Mercante), pedido apresentado por 97 demandantes na causa principal, constitui a sequência do conhecido caso Factortame, do qual me limito, por conseguinte, a recordar as passagens essenciais.

Recordo, antes de mais, que a lei em questão instituiu um novo registo de navios para todos os navios de pesca britânicos e, por conseguinte, também para os já inscritos no precedente registo. Em particular, o novo sistema de matrícula, obrigatório a partir de 1 de Abril de 1989, impunha requisitos mais

rigorosos de nacionalidade, de residência e de domicílio das pessoas singulares ou colectivas a quem cabia a propriedade efectiva do navio. Na falta desses requisitos, os mesmos navios não podiam ser inscritos no novo registo e, por consequência, não estavam autorizados a desenvolver a actividade de pesca sob pavilhão do Reino Unido.

O novo sistema de matrícula foi impugnado perante a Divisional Court, que, por despacho de 10 de Março de 1989, suspendeu a respectiva aplicação através de uma decisão de medidas provisórias, posteriormente anulada pela Court of Appeal [7]. Simultaneamente, a Divisional Court procedeu a um reenvio prejudicial sobre as questões de direito comunitário suscitadas pelas recorrentes, sobre as quais o Tribunal de Justiça se pronunciou por acórdão de 25 de Julho de 1991 [8]. Nessa oportunidade, o Tribunal de Justiça afirmou que os requisitos de nacionalidade, de residência e de domicílio dos proprietários dos navios de pesca, tal como são previstos no novo sistema de matrícula adoptado no Reino Unido, eram contrários ao direito comunitário e, em especial, ao artigo 52.° do Tratado.

Quanto à pretensa incompatibilidade com o direito comunitário da referida lei, mas apenas do ponto de vista da nacionalidade, a Comissão tinha intentado entretanto uma acção contra o Reino Unido, nos termos do artigo 169.° do Tratado. Além disso, a mesma Comissão tinha requerido, em processo de medidas provisórias, a suspensão provisória da aplicação da lei, pedido que foi acolhido pelo Tribunal de Justiça por despacho de 10 de Outubro de 1989 [9]. Na sequência desse processo, o Reino Unido tinha procedido a uma alteração parcial da lei em questão, com efeitos a partir de 2 de Novembro de 1989. Posteriormente, por acórdão de 4 de Outubro de 1991 [10], o Tribunal de Justiça declarou que, ao fixar os referidos requisitos de nacionalidade dos proprietários dos barcos de pesca, o Reino Unido não tinha cumprido as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 7.°, 52.° e 221.° do Tratado.

Já em 2 de Outubro de 1991, em execução do acórdão Factortame II, a Divisional Court proferiu uma decisão através da qual autorizava a matrícula dos navios de 79 recorrentes e solicitava a estes últimos que precisassem os respectivos pedidos de indemnização contra o Secretary of State for Transport. Posteriormente, por decisão de 18 de Novembro de 1992, a mesma Divisional Court autorizou a intervenção no processo e/ou a apresentação de pedidos de indemnização de várias sociedades e outros sujeitos; autorizou igualmente a sociedade Rawlings (37.° recorrente) a modificar o seu pedido, de forma a incluir a atribuição de juros a título «sancionatório», por conduta inconstitucional da administração pública (*exemplary damages for unconstitutional behaviour*).

7 — A esse respeito, e para completar o enquadramento, recorda-se que, na sequência do recurso dos recorrentes para a House of Lords, esta última, por decisão de 18 de Maio de 1989, submeteu ao Tribunal de Justiça duas questões prejudiciais respeitantes à existência e à extensão do poder dos órgãos jurisdicionais nacionais em matéria de medidas provisórias, quando sejam invocados direitos conferidos pelo direito comunitário. No acórdão de 19 de Junho de 1990, Factortame e o. (C-213/89, Colect., p. I-2433, a seguir «Factortame I»), o Tribunal de Justiça afirmou que «o direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que, quando o órgão jurisdicional nacional ao qual foi submetido um litígio que se prende com o direito comunitário considere que o único obstáculo que se põe a que ele conceda medidas provisórias é uma norma de direito nacional, deve afastar a aplicação dessa norma». Por conseguinte, a House of Lords confirmou, em 11 de Outubro de 1990, as medidas provisórias decididas pela Divisional Court, até que no processo fosse proferida decisão de mérito.

8 — Factortame e o. (C-221/89, Colect., p. I-3905, a seguir «Factortame II»).

9 — Comissão/Reino Unido (246/89 R, Colect., p. 3125).

10 — Comissão/Reino Unido (C-246/89, Colect., p. I-4585).

A indemnização pedida pelos demandantes baseia-se em vários títulos, que incluem, em especial, as despesas e os lucros cessantes desde a entrada em vigor da contestada nova lei (1 de Abril de 1989), até ao momento em que puderam retomar a actividade de pesca [11].

7. No direito inglês, a responsabilidade do Estado por danos patrimoniais tem sido afirmada pela jurisprudência. Em particular, têm sido utilizadas as mesmas figuras de ilícito (os *torts*) previstas para a responsabilidade civil, na medida em que esses ilícitos (possam ser integrados por comportamentos da administração pública.

Em primeiro lugar, a possibilidade de reparação é admitida no caso de um dano causado pela violação culposa (*tort of negligence*) no exercício da actividade administrativa, e mesmo legislativa [12]. Tendo em conta, porém, que o pressuposto de uma tal acção é constituído pela existência de uma «obrigação de diligência» (*duty of care*) da administração pública e que a jurisprudência nesta matéria nega a respectiva existência em caso de um dano de natureza exclusivamente económica [13], excluindo assim a possibilidade de reparação desse tipo de danos, daí resulta que, dificilmente, uma violação do direito comunitário poderia implicar responsabilidade. A noção e o alcance da obrigação de diligência são actualmente objecto de atenta reflexão na jurisprudência do Reino Unido [14].

Em segundo lugar, a responsabilidade da administração pública pode ser invocada no caso de violação de uma obrigação imposta por lei (*breach of statutory duty*). Nessa hipótese, todavia, a efectiva possibilidade de obter a reparação é substancialmente reduzida, na medida em que a orientação preponderante é no sentido de que a possibilidade de exercitar meios administrativos destinados a assegurar o respeito da lei exclui a acção indemnizatória [15]. É verdade que a obrigação de indemnização por violações do direito comunitário tem sido afirmada mesmo nesse contexto, mas só quando se trate de «acções de direito privado» [16].

11 — Se bem que o órgão jurisdicional de reenvio se referia apenas à data de 2 de Novembro de 1989, em que foi parcialmente revogada a lei em questão, recorda-se que essa revogação respeitou, em conformidade com o despacho proferido pelo Tribunal de Justiça no processo 246/89 R, apenas às disposições discriminatórias sob o ponto de vista da nacionalidade. O que implica, como foi observado pelos recorrentes nas observações escritas que apresentaram no presente processo, que a legislação em questão, no que respeita aos restantes requisitos considerados discriminatórios (residência, domicílio) e que eram objecto do processo Factortame II, deixou de produzir os seus efeitos prejudiciais apenas a partir de 11 de Outubro de 1990, data em que a House of Lords confirmou, na sequência do acórdão do Tribunal de Justiça, Factortame I, as medidas provisórias requeridas. A este propósito, v. a nota 7.

12 — V., por exemplo, o acórdão Wallace Edward Rowling, 1988, AC 473.

13 — Essa obrigação está, na verdade, circunscrita a hipóteses típicas, com a consequência de que nem todos os actos culposos que causam prejuízo geram responsabilidade. Na jurisprudência menos recente, não faltam todavia decisões nas quais a obrigação de diligência foi identificada com o *neighbourhood principle*, substancialmente equivalente a *neminem laedere*, visto que impõe uma proibição de prejudicar qualquer pessoa que, segundo uma previsão razoável, possa ser prejudicada (nesse sentido, v., por exemplo, acórdão Donoghue v Stevenson, 1932, AC 562).

14 — V., por exemplo, o acórdão Lonhro v Tebbit, 1992, A All ER, p. 280.

15 — V., por exemplo, Thornton, 1979, QB, 626.

16 — V. o acórdão Garden Cottage Foods, 1984, 1 AC 130 HL, no qual a House of Lords admitiu, no essencial, ainda que apenas num *obiter dictum* (nesse caso, eram pedidas medidas provisórias), a obrigação de indemnização de quem tinha sofrido danos resultantes de comportamentos contrários aos artigos 85.° e 86.° do Tratado, comportamentos praticados por privados ou também pela administração pública, mas na hipótese de esta agir em pé de igualdade com um privado.

Pelo contrário, quando se trata de uma violação que releva exclusivamente do direito público, a responsabilidade pode ser invocada apenas no caso de um abuso de poder no exercício de uma função pública (*misfeasance in public office*). Trata-se do único *tort* que não se refere a relações de direito privado, mas especificamente à administração pública. A exigência de um comportamento ilegal intencional afasta todavia a possibilidade de obter a reparação dos danos, mesmo quando resultam da violação do direito comunitário. Foi assim que, como recorda o próprio órgão jurisdicional *a quo* no despacho de reenvio, a Court of Appeal esclareceu, no processo Bourgoin [17], que o Estado não é obrigado, nem com base no direito inglês nem com base no direito comunitário, a indemnizar as vítimas de uma conduta declarada contrária ao direito comunitário, a menos que se prove que o ministro agira com plena consciência da ilegalidade do acto causador de dano e com o intento de causar dano aos recorrentes. Na sequência do acórdão Francovich e o., a mesma House of Lords questionou-se, todavia, sobre a subsistência da justeza da solução adoptada no acórdão Bourgoin [18].

8. O órgão jurisdicional *a quo* considera que a aplicação da jurisprudência nacional conduziu à negação da reparação requerida pelos recorrentes. Não sendo certo, por outro lado, que a obrigação de indemnização a cargo do Estado, por danos causados aos particulares pela violação do direito comunitário imputável a esse Estado, tal como decorre do acórdão Francovich e o., seja aplicável também no caso concreto pendente naquele tribunal, decidiu submeter a título prejudicial ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais seguintes:

«1) Face a todas as circunstâncias do presente caso, quando

a) a legislação de um Estado-Membro estabeleceu condições referentes à nacionalidade, ao domicílio e à residência dos proprietários e exploradores de navios de pesca e dos accionistas e administradores das sociedades proprietárias ou exploradoras desses navios,

e

b) tais condições foram consideradas pelo Tribunal de Justiça, nos processos C-221/89 e C-246/89, como violando os artigos 5.°, 7.°, 52.° e 221.° do Tratado CEE,

têm essas pessoas, que eram proprietários ou exploradores de tais navios, ou administradores e/ou accionistas das sociedades proprietárias ou exploradoras desses navios, direito, ao abrigo do direito comunitário, à reparação por parte do Estado-Membro dos danos que

17 — Acórdão Bourgoin s. a. v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food (1986, 1 QB, p. 716 AC).

18 — Acórdão Kirklees Metropolitan Borough Council v Wickes Building Supplies Ltd (1992, 3 WLR, p. 170, em especial, p. 188).

tenham sofrido devido a todas ou quaisquer dessas violações ao Tratado CEE antes referidas?

2) Caso a questão 1 seja respondida pela afirmativa, que considerações, a existirem, exige o direito comunitário que os tribunais nacionais apliquem para a decisão dos pedidos de indemnização relativos:

a) às despesas e/ou aos lucros cessantes e/ou à perda de rendimentos durante o período após a entrada em vigor das referidas condições, durante o qual os navios foram forçados a ficar imobilizados, tiveram que tomar novas disposições para o exercício da pesca e/ou procurar obter a matrícula dos navios noutro local;

b) aos danos resultantes das vendas abaixo do seu valor dos navios ou das suas participações nestes, ou das acções das sociedades proprietárias dos navios;

c) aos danos resultantes da necessidade em que se viram de prestar cauções e pagar multas e despesas judiciais por alegadas infracções relacionadas com a exclusão dos navios do registo nacional de matrículas;

d) aos danos resultantes da impossibilidade para tais pessoas de serem proprietários ou de explorarem outros navios;

e) à perda das retribuições de administração;

f) às despesas suportadas com a tentativa de minorar os danos acima referidos;

g) a uma indemnização exemplar, tal como a pedida?»

Equação do problema e plano das conclusões

9. A questão da responsabilidade do Estado por violações do direito comunitário, de significativa importância quer a nível dos princípios quer pelas consequências que podem resultar para os Estados-Membros da sua afirmação ampla e generalizada, é complexa e certamente não isenta de riscos, como aliás demonstra a amplitude do debate doutrinal que nos últimos anos se tem desenvolvido a seu respeito.

No presente processo, o Tribunal de Justiça é chamado a determinar se existe, e em que condições e a respeito de que categorias de danos, uma obrigação indemnizatória do Estado em relação aos particulares que tenham sofrido danos na sequência da aplicação de leis nacionais contrárias ao direito comunitário [19].

10. Em primeiro lugar, haverá que estabelecer se a obrigação de reparar os danos deve ser limitada à hipótese, já apreciada no acórdão Francovich e o., de falta de transposição de directivas cujas disposições, mesmo na presença de determinadas condições específicas, não são directamente invocáveis pelos particulares para obter a prestação cujo direito a directiva lhes confere; ou se deve ser alargada às hipóteses, como é a do caso em análise, em que o dano sofrido pelo particular deriva da aplicação de uma lei nacional contrária a normas comunitárias directamente invocáveis pelos particulares perante os órgãos jurisdicionais nacionais. Para isso, considero oportuno recordar os termos em que até agora foi afirmada a obrigação de indemnização, por parte dos Estados-Membros, pelas violações do direito comunitário e, também por essa via, alcançar o fundamento da responsabilidade no direito comunitário. Considero útil também reflectir sobre a pretensa irresponsabilidade do Estado por actos legislativos, também invocada (se bem que com alguns cuidados) no decurso do presente processo, para negar, já em abstracto e como posição de princípio, a responsabilidade do Estado nas hipóteses que aqui se discutem.

Em segundo lugar, haverá necessidade de estabelecer se as condições da responsabilidade são, ainda que com os conhecidos limites definidos em várias ocasiões pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, as que são próprias a cada uma das ordens jurídicas nacionais, ou se, pelo contrário, é ao referido direito comunitário que compete determinar pelo menos as *condições materiais* suficientes para que o Estado-Membro inadimplente esteja obrigado a ressarcir os danos produzidos. No caso de ser esta segunda hipótese a preferida, esclarecer-se-á evidentemente se é suficiente uma violação qualquer que cause prejuízo ao particular, ou se será necessário mais um *quid*, como a maior parte dos Estados-Membros sustentou no decurso do presente processo. E, ainda, se esse *quid* a mais pode ser identificado com o requisito da culpa ou se exige outras condições, como, por exemplo, as que o Tribunal de Justiça determinou relativamente à responsabilidade extracontratual das instituições comunitárias (jurisprudência relativa ao artigo 215.º). Por outro lado, sob o ponto de vista do nexo de causalidade, será necessário, por exemplo, apreciar se tem qualquer relevância o facto de a natureza da norma comunitária violada ser susceptível de permitir ao particular proteger directamente os próprios direitos, para afastar desde logo a ilegitimidade no plano substancial; e também, em todo o caso, qual é o momento a partir do qual emerge a obrigação de indemnização. Finalmente, haverá necessidade de analisar as *condições processuais* que regulam o direito a indemnização, bem como os critérios para a quantificação do dano.

19 — Quanto à hipótese diferente da pretensa responsabilidade do Estado pelos danos causados por um comportamento da administração contrário ao direito comunitário, v. o processo 5/94, Lomas, ainda pendente. Por outro lado, nas conclusões do advogado-geral P. Léger, de 20 de Junho de 1995, também são analisadas algumas das perspectivas relevantes no presente processo.

11. Estes são, por conseguinte, os aspectos sobre os quais me debruçarei e as questões a que procurarei responder. A análise que segue será, por isso, subdividida em três partes. A primeira parte será consagrada ao princípio da responsabilidade do Estado no direito comunitário, com o objectivo de evidenciar o respectivo fundamento e alcance, também no que respeita aos ilícitos do poder legislativo, e apreciar, em particular, se a acção de responsabilidade é uma acção apenas residual, no sentido de que só pode ser proposta quando o particular não tenha outro meio para fazer valer os direitos que lhe atribui o direito comunitário, ou se tem um alcance mais geral.

Quanto às condições da responsabilidade, afirmo desde já que as condições materiais mínimas, diferentemente do que acontece com as condições processuais, não podem deixar de ser comuns e, por isso, comunitárias. É esta a única forma, na minha opinião, de evitar que, a respeito da mesma violação, a própria possibilidade de reparação não seja igualmente garantida nos diversos Estados-Membros e que, por conseguinte, se produza uma discriminação entre os particulares que uma comunidade de direito não deverá tolerar. A segunda parte será, portanto, consagrada às condições que permitem ao particular obter a reparação, ou seja, aos pressupostos comunitários da responsabilidade, bem como aos limites que o direito comunitário impõe às condições processuais. Estas últimas, na minha opinião, permanecem, pelo contrário, reguladas, tal como os critérios de quantificação do dano, pelo direito nacional.

Finalmente, seguir-se-á uma análise dos dois casos em apreciação neste processo e, portanto, a resposta às questões que o originaram.

I — *Quanto ao princípio da responsabilidade do Estado no direito comunitário: fundamento e alcance*

12. A ideia da responsabilidade do Estado por danos causados pela actividade normativa não parece inteiramente surpreendente. O princípio que está na base da maior parte das disciplinas *privatísticas* da responsabilidade extracontratual é o princípio, interpretado e delimitado de formas diversas, do *nemimem laedere,* segundo o qual qualquer pessoa é obrigada a indemnizar os danos causados pela sua própria conduta contrária a uma obrigação jurídica [20]. E é inegável que a esse princípio se reconduzem as diversas disciplinas, na sua maioria, fruto de construção jurisprudencial, relativas à responsabilidade dos *poderes públicos,* que, todavia, apresenta aspectos específicos e originais em virtude da natureza da actividade desenvolvida por esses poderes, em particular quando se trata da actividade normativa. Também a responsabilidade dos poderes públicos está, na realidade, estreitamente, se não mesmo necessariamente, ligada ao dano injusto, na medida em que é provocado por um comportamento contrário ao direito; se se quiser, é o reverso da medalha.

20 — Embora, de facto, seja verdade que tal princípio não assume o mesmo alcance geral em todos os ordenamentos jurídicos — basta pensar no sistema britânico, no qual este princípio encontra um limite no alcance (restritivo) do *duty of care* — resta, apesar disso, que, no que respeita à ideia do dano injusto, pode ser considerado como o ponto de partida de todas as reflexões relativas à responsabilidade.

A verdade é que, no caso dos poderes públicos, mesmo em razão da natureza da actividade desenvolvida e das consequências resultantes de uma eventual afirmação generalizada da responsabilidade e da obrigação de reparação, a tendência foi, desde sempre, a de limitar de várias formas a área da responsabilidade. O alcance de tais limitações, que numa primeira aproximação pode resumir-se na conhecida fórmula segundo a qual não se trata de uma responsabilidade «nem geral nem absoluta» [21], está portanto conexo com a exigência de ponderar os interesses em jogo opostos e concorrentes: por um lado, o do sujeito lesado em obter pelo menos o ressarcimento patrimonial do dano sofrido em consequência da actividade do Estado, em particular da actividade normativa; por outro lado, o interesse do Estado em não dever responder sempre e de qualquer forma pelo dano provocado pela actividade dos seus órgãos no exercício das competências institucionais que lhes são atribuídas.

A limitação do âmbito da responsabilidade sofreu evidentemente, ao longo do tempo e de harmonia com os diversos sistemas jurídicos, significativas evoluções. Em particular, a afirmação do *Estado de direito* implicou que a tónica se tenha sempre deslocado, pelo menos nos ordenamentos jurídicos mais evoluídos, do comportamento do autor do dano para os direitos do sujeito lesado, tal como acontece para a responsabilidade em geral. Nessa óptica, a responsabilidade do Estado e a consequente obrigação de indemnização acabaram por constituir um meio para sancionar os comportamentos *contra jus* e/ou, de qualquer forma, causadores de dano, e, por essa via, tornar efectiva a tutela dos direitos dos particulares.

21 — Acórdão Blanco do Tribunal des conflits francês, de 8 de Fevereiro de 1973, em D. 1873, II, 20.

13. A lógica que acabamos de evidenciar induz a uma primeira e simples observação relativamente ao princípio da responsabilidade do Estado por violações do direito comunitário. A circunstância de os Estados-Membros, mesmo que apenas em presença de condições que de diversas formas restringem a área da responsabilidade, poderem ser chamados a responder pelos danos provocados por uma actividade normativa da administração pública, leva desde logo a considerar não razoável que os mesmos Estados sejam sempre e em quaisquer circunstâncias não responsáveis pelas violações do direito comunitário que tenham uma incidência na esfera patrimonial dos particulares que delas são vítimas.

Em suma, na medida em que pelo menos o princípio da responsabilidade do Estado faz parte da tradição de todos os sistemas jurídicos [22], esse princípio deve poder aplicar-se também quando o comportamento ilícito seja constituído pela violação de uma norma comunitária.

14. Por outro lado, releva-se desde já que, se bem que compita essencialmente ao Estado, e portanto aos seus órgãos, assegurar a correcta aplicação do direito comunitário, e, em particular, garantir aos particulares a eficácia dos direitos que lhes são atribuídos, é também indubitável que compete ao Tribunal de Justiça, quando se trata de direitos conferidos aos particulares por força das normas

22 — Para um conhecimento essencial da disciplina existente nesta matéria nos diversos Estados-Membros, v. Schockweiler-Wivenes-Godart — «Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne», in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, p. 27 e segs., em especial p. 54.

comunitárias, verificar o nível de adequação da tutela proporcionada pelos ordenamentos jurídicos nacionais. Esta verificação levou muitas vezes a exigir ao Estado-Membro a determinação de um meio jurisdicional não previsto pelo seu sistema jurídico [23].

Seria, portanto, incoerente à luz da jurisprudência nesta matéria e tendo em conta a natureza do sistema jurídico no seu conjunto, em particular a repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-Membros, que o direito comunitário se desinteressasse completamente da reparação dos danos, remetendo, a esse respeito, para cada um dos ordenamentos nacionais, sem qualquer controlo.

a) A afirmação da obrigação de indemnização pelos Estados-Membros inadimplentes na jurisprudência do Tribunal de Justiça: o acórdão Francovich e o. e os seus antecedentes

15. O acórdão Francovich e o., que não pode deixar de ser o ponto de partida para uma reflexão sobre o tema da responsabilidade patrimonial do Estado pela violação do direito comunitário, apenas constitui, até hoje, a mais específica resposta nesta matéria . Esse caso, como é sabido, dizia respeito à falta de transposição da directiva relativa à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador, directiva que impõe aos Estados-Membros a criação de um mecanismo de garantia mínima para os créditos vencidos relativos a remunerações. Um órgão jurisdicional italiano questionava o Tribunal de Justiça sobre se, dada a falta de transposição dessa directiva por parte de um Estado-Membro, os particulares podiam invocar directamente perante os órgãos jurisdicionais nacionais o direito comunitário para obter os respectivos benefícios; e bem assim, e em todo o caso, exigir ao Estado-Membro a reparação dos prejuízos se se tratasse de uma directiva não dotada de efeito directo. Interrogava-se, por conseguinte, o Tribunal de Justiça, para além da questão relativa ao efeito directo de algumas disposições da directiva, também quanto à reparação dos prejuízos resultantes da falta da respectiva transposição [24].

Observando embora que as disposições controvertidas da directiva eram suficientemente precisas e incondicionais para a determinação dos beneficiários da garantia e quanto ao conteúdo da própria garantia, o Tribunal de Justiça chegou à conclusão de que as mesmas

23 — A este propósito, v. n.os 43 a 47, *infra*.

24 — Recordo que no processo Enichem Base e outros, acórdão de 13 de Julho de 1989 (380/87, Colect., p. 2491), um órgão jurisdicional italiano tinha já pedido ao Tribunal de Justiça que esclarecesse se, com base no direito comunitário, «a administração pública está obrigada ao ressarcimento do prejuízo quando, através do acto administrativo ilícito, ela lesa (ilicitamente) um direito subjectivo comunitário que, depois de transposto para a ordem jurídica italiana — e mantendo simultaneamente a sua natureza comunitária —, se apresenta como um interesse legítimo» (relatório para audiência, *loc. cit.*, p. 2494 e segs.). Nem o advogado-geral nem o Tribunal de Justiça deram uma resposta a este quesito, que neste aspecto foi absorvido pelas respostas dadas às restantes questões. Observo, por outro lado, que, tanto o Governo do Reino Unido como o Governo italiano, nas respectivas observações, tinham fundamentado o eventual direito a reparação do dano apenas nas possibilidades, quer de natureza material quer de natureza processual, proporcionadas pelos direitos nacionais.

disposições não podiam ser directamente invocadas perante os órgãos jurisdicionais nacionais para pedir a prestação cujo direito a directiva lhes conferia. Em particular, não estava precisada a identidade do «devedor» e, por outro lado, não podia considerar-se que esse devedor fosse o Estado apenas pelo facto de não ter adoptado no prazo previsto as medidas de transposição da própria directiva.

16. Passando então a examinar a possibilidade de os particulares exigirem e obterem a reparação dos danos eventualmente sofridos, o Tribunal de Justiça recordou a título preliminar as características fundamentais do sistema comunitário e, em particular, as competências atribuídas aos órgãos jurisdicionais nacionais. A partir daí, o Tribunal elaborou a lapidar mas incontestável conclusão de que «o princípio da responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados aos particulares por violações do direito comunitário que lhe sejam imputáveis é inerente ao sistema do Tratado» (n.° 35).

Mais precisamente, o Tribunal de Justiça confirmou esse princípio, deduzindo-o de dois elementos fundamentais do ordenamento comunitário. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça assinalou o facto de que «a plena eficácia das normas comunitárias seria posta em causa e a protecção dos direitos que as mesmas reconhecem estaria enfraquecida se os particulares não tivessem a possibilidade de obter a reparação quando os seus direitos são lesados por uma violação do direito comunitário imputável ao Estado-Membro» (n.° 33). O Tribunal sublinhou também que a possibilidade de obter uma reparação pelo Estado «é particularmente indispensável quando, como no caso dos autos, o pleno efeito das normas comunitárias está subordinado à condição de uma acção por parte do Estado e, por conseguinte, os particulares não podem, na falta de tal acção, invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais os direitos que lhes são reconhecidos pelo direito comunitário» (n.° 34).

Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça reconduziu e deduziu tal obrigação indemnizatória, como já havia feito no acórdão Humblet/Bélgica [25], do artigo 5.° do Tratado CE, «nos termos do qual os Estados-Membros são obrigados a tomar todas as medidas gerais ou particulares adequadas para assegurar a execução das obrigações que lhes incumbem por força do direito comunitário»; obrigações entre as quais se encontra precisamente «a de eliminar as consequências ilícitas de uma violação do direito comunitário» (n.° 36).

17. A perspectiva foi, pois, a dos meios destinados a reforçar a eficácia das normas comunitárias através da efectivação da tutela jurisdicional proporcionada às posições jurídicas criadas por essas normas e, também, não deixar os incumprimentos dos Estados-Membros sem consequências, mesmo tangíveis.

25 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1960 (6/60, Colect. 1954-1961, p. 545). Nesse caso, a referência era o artigo 86.° do Tratado CECA, norma correspondente ao artigo 5.° do Tratado CE.

Foi precisamente em função de tais objectivos, por conseguinte, que se utilizou e exaltou justamente a posição do particular. A responsabilidade patrimonial do Estado em relação aos indivíduos em razão do dano provocado pela falta de actividade normativa foi finalmente elaborada pelo Tribunal de Justiça como um instrumento para garantir a tutela dos particulares e, por essa via, também uma correcta aplicação do direito comunitário. Desse ponto de vista, as suas raízes são longínquas, quer no que respeita a precedentes específicos de responsabilidade e obrigação indemnizatória dos Estados-Membros [26], quer no contexto mais geral da tutela efectiva dos direitos que aos particulares são conferidos pelas normas comunitárias [27].

18. Com efeito, não se desmente que afirmações respeitantes à obrigação de protecção indemnizatória, em relação a casos de violações do direito comunitário de natureza vária, estão presentes na jurisprudência do Tribunal de Justiça, ainda que incidentalmente, desde o início dos anos sessenta. Refiro-me, em primeiro lugar, ao já referido acórdão Humblet/Bélgica, no qual o Tribunal afirmou em particular que, se se «verificar que um acto legislativo ou administrativo das autoridades de um Estado-Membro é contrário ao direito comunitário, esse Estado é obrigado, por força do artigo 86.° do Tratado CECA, a revogar o acto em questão e a reparar os efeitos ilícitos que este possa ter produzido» [28].

19. Além disso, foi precisamente com o pressuposto de que o incumprimento do Estado-Membro pode originar o direito dos particulares a reparação que o Tribunal de Justiça, por diversas vezes, rejeitou a excepção de inadmissibilidade do recurso, não obstante o Estado-Membro, acusado num processo de infracção, ter procedido — no período entre o parecer fundamentado e a decisão do Tribunal de Justiça — ao cumprimento da obrigação objecto do processo [29].

26 — Mesmo na doutrina não faltaram vozes nesse sentido: Pescatore — «Responsabilité des États membres en cas de manquement aux règles communautaires», in *Foro Padano*, 1972, pp. 10 e segs.; Kovar — «Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire», in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelas, 1978, pp. 245 e segs., em particular pp. 272 e segs.; Barav — «Damages in the Domestic Courts for Breaches of Community Law by National Public Authorities», in *Non Contractual Liability of the European Communities*, Europa Instituut University of Leiden, 1988, pp. 149 e segs.

27 — A este respeito, v. n.os 27 a 32, *infra*.

28 — Acórdão referido na nota 25. Nesse caso, tratava-se, mais especialmente, de o Governo belga proceder à anulação de um acto e à restituição do montante indevidamente cobrado; mas a fórmula geral utilizada pelo Tribunal de Justiça — «reparar os efeitos ilícitos» — abrange, com evidência suficiente, também as hipóteses de reparação do dano eventualmente sofrido.

29 — Uma afirmação muito clara neste sentido é a de que «um acórdão proferido pelo Tribunal nos termos do disposto nos artigos 169.° e 171.° do Tratado pode ter um interesse material para estabelecer a base da responsabilidade em que um Estado-Membro pode eventualmente incorrer, por incumprimento, relativamente a outros Estados-Membros, à Comunidade ou a particulares» (acórdão de 7 de Fevereiro de 1973, Comissão/Itália, 39/72, Colect., p. 39, n.° 11). No mesmo sentido, é também a afirmação segundo a qual o interesse na prossecução do processo, mesmo após o incumprimento em questão ter sido sanado, pode consistir em estabelecer «a base da responsabilidade em que o Estado-Membro pode incorrer em consequência do seu incumprimento face, designadamente, aos particulares» (acórdão de 20 de Fevereiro de 1986, Comissão/Itália, 309/84, Colect., p. 599, n.° 18). A referida afirmação do Tribunal de Justiça é bastante frequente: acórdãos de 5 de Junho de 1986, Comissão/Itália (103/84, Colect., p. 1757, n.° 9); de 17 de Junho de 1987, Comissão/Itália (154/85, Colect., p. 2717, n.° 6); e de 18 de Janeiro de 1990, Comissão/Grécia (C-287/87, Colect., p. I-125, publicação sumária). Também, no sentido de que o interesse na prossecução do processo «pode (em especial) traduzir-se na obtenção de uma declaração de existência dos pressupostos da responsabilidade em que um Estado-Membro pode incorrer pelo seu incumprimento face àqueles que, designadamente, se podem prevalecer dessa infracção»: v. acórdãos de 24 de Março de 1988, Comissão/Grécia (240/86, Colect., p. 1835, n.° 14); de 30 de Maio de 1991, Comissão/Alemanha (C-361/88, Colect., p. I-2567, n.° 31); e de 19 de Março de 1991, Comissão/Bélgica (C-249/88, Colect., p. I-1275, n.° 41). É indubitável que das afirmações deste tipo não pode deduzir-se a atribuição de um direito do particular à reparação do dano sofrido por efeito da violação do Tratado, mas apenas a possibilidade de, na medida em que o direito nacional o preveja, o particular poder invocar, em relação a essa violação, o direito à reparação.

20. Ainda mais directa e explícita é a afirmação da obrigação indemnizatória dos Estados-Membros em relação aos particulares feita no acórdão Russo [30], no qual o Tribunal de Justiça observou que «no caso de o dano resultar da violação de uma norma de direito comunitário pelo Estado, este deverá responder, em relação ao particular lesado, em conformidade com as disposições do direito interno relativas à responsabilidade da administração pública».

21. Das afirmações que acabamos de recordar resulta incontestavelmente, por conseguinte, que um Estado-Membro pode perfeitamente ser chamado a reparar os danos sofridos pelos particulares como consequência de um ilícito que consista na violação de normas comunitárias ou seja consequência dela.

Todavia, essa jurisprudência precisa que a responsabilidade deve ser estabelecida pelo órgão jurisdicional nacional «em conformidade com as normas do direito interno relativas à responsabilidade da administração pública» [31]. É, por conseguinte, para o âmbito de cada um dos ordenamentos nacionais que é remetida, em princípio, a competência para determinar se o Estado é obrigado a indemnizar os danos provocados pela sua inobservância das normas comunitárias [32].

22. A jurisprudência acabada de recordar aparece, sob este específico ponto de vista, superada pelo acórdão Francovich e o., no qual a obrigação de indemnização a que estão sujeitos os Estados-Membros inadimplentes tem por fundamento o direito comunitário, mesmo no que respeita aos pressupostos da obrigação indemnizatória.

Substancialmente, no acórdão Francovich e o., o Tribunal não se limitou a deixar ao direito nacional a missão de tirar *todas* as consequências jurídicas da violação da norma comunitária, mas considerou que o próprio direito comunitário impunha ao Estado uma obrigação de indemnização dos particulares, delineando mesmo, pelo menos no que respeita *àquela* hipótese de responsabilidade, as condições «comunitárias» que determinam a obrigação.

30 — Acórdão de 22 de Janeiro de 1976 (60/75, Colect., p. 9).

31 — Acórdão Russo (já referido na nota anterior, n.º 9).

32 — Essa posição foi posteriormente confirmada no acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, Granaria (101/78, Recueil, p. 623, n.º 14), no qual o Tribunal de Justiça declarou que «a questão da indemnização por parte de uma entidade nacional, dos danos causados aos particulares por entidades ou pessoas dependentes dos Estados-Membros, seja pela violação do direito comunitário, seja por acção ou omissão contrária ao direito interno, e que tenha ocorrido no momento da aplicação do direito comunitário, não cabe no âmbito do artigo 215.º, segundo parágrafo, do Tratado e deve ser apreciada pelos órgãos jurisdicionais nacionais em função do direito interno do Estado-Membro interessado».

b) O princípio «comunitário» da responsabilidade: um mero meio de colmatar uma lacuna na tutela dos direitos ou antes um princípio de alcance mais amplo?

23. O que há agora que apreciar é precisamente se a análise que se pode ver na jurisprudência anterior ao acórdão Francovich e o. tinha (ainda) um fundamento próprio; ou se, pelo contrário, pode e deve configurar-se uma obrigação de indemnização imposta aos Estados-Membros, com fundamento no direito comunitário, também em hipóteses diversas da falta de transposição de directivas.

Em particular, deve apreciar-se se o direito comunitário exige uma tutela indemnizatória também no caso de violação de normas dotadas de efeito directo, ou se o facto de, nessa hipótese, os particulares poderem invocar directamente a norma em questão e, portanto, obter por essa via a tutela do direito de que são titulares, leva a excluir a possibilidade em questão.

24. Neste segundo sentido expressaram-se no presente processo os Governos alemão, neerlandês e irlandês. Esses Governos fundamentaram a sua posição afirmando que o legislador comunitário não pretendeu estabelecer um regime geral de responsabilidade dos Estados-Membros pela violação do direito comunitário. O que, na sua opinião, é também confirmado pelo facto de os Estados-Membros não terem adoptado qualquer disposição nessa matéria por ocasião do Tratado de Maastricht. Por outro lado, segundo o Governo alemão, não é compatível nem com a repartição de competências entre as instituições da Comunidade e os Estados-Membros, tal como é prevista pelo Tratado, nem com o princípio do equilíbrio institucional que a jurisprudência integre o direito comunitário para além dos casos em que essa integração é admitida pela existência de uma lacuna normativa.

Finalmente, na opinião dos referidos Governos, o direito a indemnização desempenha um papel de tutela meramente residual, no sentido de que só é relevante no caso de disposições que de outra forma não são invocáveis perante os órgãos jurisdicionais nacionais. Com o acórdão Francovich e o., o Tribunal de Justiça pretendeu essencialmente colmatar uma lacuna no sistema de tutela dos direitos, penalizando, através da imposição de uma obrigação de indemnização, o Estado-Membro inadimplente. Pelo contrário, sempre que já seja permitido ao particular agir directamente para fazer valer as normas do direito comunitário, como acontece nos casos que originaram o presente processo, não há qualquer necessidade de o sistema comunitário impor a obrigação de atribuir um direito a indemnização; nem essa hipótese teria qualquer fundamento. O direito a indemnização poderá, por conseguinte, ser reconhecido ao particular só e na medida em que o direito comunitário o admita.

25. Não me parece que uma posição assim construída possa ser compartilhada. Em primeiro lugar, da própria jurisprudência do

Tribunal de Justiça, em que foi mais vezes analisada a responsabilidade patrimonial do Estado pelas violações de normas dotadas de efeito directo, conclui-se que a possibilidade de tutela material não exclui absolutamente a tutela patrimonial [33]. E se é verdade que em tais casos o Tribunal de Justiça se limitou a afirmar que competia ao Estado-Membro, em conformidade com as normas do direito nacional, a obrigação de indemnizar os danos por ele causados, também é verdade, entre outras coisas, que se tratava de casos em que o objecto das questões prejudiciais colocadas pelo órgão jurisdicional nacional não incluía a questão específica do direito a indemnização.

Logo que a questão foi abordada especificamente, no acórdão Francovich e o., o Tribunal não deixou de precisar que o princípio da responsabilidade é um princípio inerente ao direito comunitário, afirmação de carácter geral e de princípio, válida para quaisquer hipóteses de violação do direito comunitário e não apenas para os casos de falta de transposição de directivas [34]. Relativamente a esta última hipótese, o Tribunal apenas precisou que o direito a indemnização se revela «particularmente indispensável», precisamente porque, de outra forma, o indivíduo não tem à sua disposição outros meios de tutela, apesar dos direitos que lhe são atribuídos pela directiva. Essa precisão não exclui, todavia, a possibilidade de reparação dos danos resultantes de outro tipo de violações, tanto mais que o próprio Tribunal realçou em seguida que as *condições em que (a responsabilidade do Estado origina) um direito a reparação dependem da natureza da violação* do direito comunitário que está na origem do prejuízo causado (n.º 38).

26. Também não me parece que a afirmação do princípio da responsabilidade do Estado pela violação de normas comunitárias dotadas de efeito directo seja de alguma forma contrária à repartição de competências, tal como prevista pelo Tratado, entre instituições comunitárias e Estados-Membros. A esse respeito, limito-me a observar que é precisamente a violação de direito comunitário que cria um desequilíbrio na repartição das competências que foi livremente aceite e subscrita pelos Estados. A exigência eventualmente imposta pelo direito comunitário de reparar os danos resultantes dessa violação constitui apenas um meio para restabelecer o equilíbrio violado.

A responsabilidade do Estado pela actividade normativa (legislador institucional ou administração) constitui também, sob esse ponto de vista, um elemento natural e necessário do sistema jurídico comunitário criado através do Tratado pelos mesmos Estados-Membros. Não posso deixar de recordar a mim próprio, de facto, que foram os Estados-Membros, em completa liberdade, que estipularam as normas convencionais que estão na base de todo o sistema; e que são ainda os Estados-

33 — Reporto-me quer ao já referido acórdão Russo, no qual se tratava de um regulamento sobre a organização comum de mercados agrícolas, quer ao acórdão de 12 de Julho de 1990, Foster e o. (C-188/89, Colect., p. I-3313, n.º 22), no qual o Tribunal afirmou que o artigo 5.º, n.º 1, da Directiva 76/207/CEE, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, «pode ser invocado para se obter uma indemnização da parte de um organismo» encarregado de prestar um serviço de interesse público. V., também, relativamente a uma violação do artigo 30.º do Tratado, o acórdão de 5 de Junho de 1986, Comissão/Itália (já referido na nota 29, n.º 9).

34 — V., em especial, os n.ºs 33, 35 e 37 do acórdão.

-Membros os protagonistas decisivos do processo de formação dos actos comunitários. Afirmar a responsabilidade pelo incumprimento equivale, por conseguinte, apenas a elevar o grau de eficácia do sistema e não implica qualquer actividade integrativa, e muito menos substitutiva, relativamente ao legislador.

27. Isto é tanto mais verdade quanto se considera que a responsabilidade patrimonial do Estado relativamente aos particulares em razão de danos causados pela actividade ou omissão de actividade normativa foi elaborada pelo Tribunal de Justiça, repito, como um instrumento para garantir a tutela dos particulares e, dessa forma, também uma correcta aplicação do direito comunitário em todos os Estados-Membros.

Em resumo, a perspectiva é precisamente a mesma utilizada na jurisprudência, a partir de agora consolidada, que afirmou o efeito directo, no sentido da possibilidade de invocação directa por parte dos particulares perante os órgãos jurisdicionais nacionais, quer das disposições do Tratado quer dos actos de direito derivado, sempre que, naturalmente, se trate de disposições suficientemente claras, precisas e incondicionais.

28. Ora, com a especificação do efeito directo na norma do Tratado dirigida aos Estados-Membros e que lhes impõe uma obrigação, por exemplo, de abolir determinados obstáculos ou de os não reintroduzir, identifica-se e torna-se relevante o direito do particular daí resultante à eliminação de quaisquer obstáculos, com a posterior consequência de poder invocar esse direito perante os órgãos jurisdicionais nacionais para obter a adequada tutela do mesmo. Dessa forma, fica portanto individualizado e realçado o direito, correspondente à obrigação do Estado, do qual o particular beneficiaria se aquela obrigação tivesse sido correcta e pontualmente cumprida.

Esta análise é válida sob o ponto de vista não apenas material mas também processual. Pense-se no que foi afirmado pelo mesmo Tribunal de Justiça: «*os direitos individuais* dos seus nacionais ficariam desprovidos de qualquer protecção jurisdicional directa» se se devesse considerar que a garantia contra as violações das normas do Tratado que impõem obrigações aos Estados estão limitadas à garantia conferida pelo artigo 169.º [35]. Finalmente, a posição jurídica dos particulares, tributária directa da norma do Tratado, é utilizada, na ausência de uma não correcta aplicação dessa norma, para garantir a tutela plena e eficaz dos direitos que o respeito da norma em questão por parte do Estado deveria assegurar.

29. A mesma óptica, e até com maior evidência, transparece da jurisprudência que, a

35 — Acórdão de 5 de Fevereiro de 1963, Gend & Loos (26/62, Colect. 1962-1964, pp. 205, 212).

partir de certo momento, sancionou a falta ou o atraso na transposição de directivas, atribuindo também a estas últimas, evidentemente, quando ocorressem determinados pressupostos, efeito directo [36]. Isto confirma a conclusão de que, também no caso das directivas, por conseguinte, o sistema comunitário encontrou na posição dos particulares um meio eficaz para garantir a sua eficácia na falta da devida transposição.

30. É significativo, portanto, que o Tribunal de Justiça tenha reafirmado a obrigação de indemnização por parte do Estado, nos mesmos termos já confirmados no acórdão Francovich e o., num caso em que se discutia justamente a possibilidade de invocar, no âmbito de uma relação entre particulares, o efeito directo das disposições de uma directiva não transposta no prazo previsto [37].

A afirmação da obrigação de indemnização, no caso de uma directiva não poder ser directamente invocável perante o órgão jurisdicional nacional, seja em razão da falta de efeito directo de todas as disposições necessárias para poder obter o gozo do direito por ela atribuído aos particulares, seja em razão da ausência de efeito directo «horizontal» no caso de directivas precisas e incondicionais, constitui também, por conseguinte, um meio para reforçar a posição jurídica do particular, recuperando a possibilidade de compensar, pelo menos do ponto de vista patrimonial, o desequilíbrio gerado pelo incumprimento do Estado.

31. Finalmente, para garantir uma tutela plena e eficaz aos direitos atribuídos por uma norma dotada de efeito directo que obriga o Estado, utiliza-se a posição do particular

36 — Também é verdade que este último teve, desde o início, e manteve o carácter, por assim dizer, vertical, como que a reforçar a ideia de que, mais que uma qualidade intrínseca da norma, se trata de um meio para evitar que os Estados tirem vantagem do seu incumprimento. Também não deixa de ter significado que a apreciação feita pelo Tribunal de Justiça quanto às directivas se tenha progressivamente precisado e ampliado. Por exemplo, ampliou-se a categoria dos sujeitos públicos relativamente aos quais a directiva é invocável (v. acórdãos de 22 de Junho de 1989, Fratelli Costanzo, 103/88, Colect., p. 1839, e Foster, referido na nota 33); tal como se sublinhou a necessidade de os órgãos jurisdicionais e a administração dos Estados-Membros interpretarem as normas nacionais em conformidade com a letra e o espírito da directiva (v. acórdãos de 10 de Abril de 1984, Von Colson e Kamann, 14/83, Recueil, p. 1891, e de 13 de Novembro de 1990, Marleasing, C-106/89, Colect., p. I-4135, n.º 8). Basta pensar a este respeito que o critério da interpretação conforme diz respeito às directivas enquanto tais, independentemente do seu eventual efeito directo e independentemente do sujeito contra o qual as normas nacionais são invocadas, de tal forma que não estamos, assim, longe dos efeitos práticos que se realizariam com o efeito horizontal *tout court* das directivas precisas e incondicionais.

37 — Acórdão de 14 de Julho de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Colect., p. I-3325, n.º 27). Depois de haver recordado que os interessados podem invocar uma directiva não transposta, prevalecendo-se directamente das respectivas disposições providas de efeito directo perante os órgãos jurisdicionais nacionais, ou então, quando isso não seja possível, através de uma interpretação das normas nacionais correspondentes, tanto quanto possível, conforme com a própria directiva, o Tribunal esclareceu, na realidade, que, «no caso de o resultado prescrito pela directiva não poder ser atingido por via de interpretação..., o direito comunitário impõe aos Estados-Membros a reparação dos danos causados a particulares pela não transposição de uma directiva». No mesmo sentido, v., também, o acórdão de 16 de Dezembro de 1993, Wagner Miret (C-334/92, Colect., p. I-6911, n.º 23). Nesse caso, embora se tratasse de uma directiva, a mesma do caso Francovich e o., já transposta para a ordem jurídica nacional, o problema punha-se em razão de não ter sido tomada em consideração, nas correspondentes normas do direito nacional, uma determinada categoria de trabalhadores relativamente aos quais, por conseguinte, a directiva não produzia efeitos.

criada directamente por aquela norma. Do mesmo modo, para garantir tutela aos direitos atribuídos por uma norma não dotada de efeito directo, no sentido de que não pode ser directamente invocada perante o órgão jurisdicional nacional, mas que impõe também uma obrigação ao Estado, utiliza-se, no caso de violação da obrigação por parte do Estado, o direito dos particulares a indemnização.

O sistema permanece, portanto, o seguinte: para dar cumprimento a uma norma que obriga o Estado, utiliza-se a posição jurídica do particular, umas vezes, no seu *conteúdo pleno e material,* outras vezes, no seu *conteúdo patrimonial.* Também o resultado é o mesmo: por um lado, remedeia-se o incumprimento do Estado-Membro; por outro, garante-se ao particular uma tutela efectiva dos direitos que lhe são conferidos pelas normas comunitárias. É a eficácia da norma que assim sai reforçada e, portanto, a eficácia do sistema considerado no seu conjunto.

32. As conclusões precedentes evidenciam com suficiente clareza que o acórdão Francovich e o., longe de representar um momento excepcional na jurisprudência do Tribunal de Justiça, constituiu uma passagem totalmente coerente e consequente relativamente a um valor muitas vezes e pacíficamente reafirmado no Luxemburgo: a eficácia das normas comunitárias, e, por conseguinte, o carácter completo da tutela jurisdicional [38].

É inegável que se trata de um valor fundamental de qualquer sistema jurídico, comunitário ou nacional. E é da mesma forma inegável que o respeito desse valor pode exigir que seja garantido aos particulares, sempre que necessário, o direito à indemnização dos danos sofridos em razão da actividade ou inactividade normativa das autoridades públicas, independentemente de o indivíduo ter ou não outros meios, além da acção de indemnização, para invocar o prejuízo causado à posição jurídica de que é titular por força do direito comunitário.

33. Por outro lado, a afirmação — a partir de agora incontroversa — da obrigação indemnizatória do Estado relativamente aos particulares, no caso de falta de transposição de uma directiva, portanto, numa hipótese de violação da obrigação do Estado (violação do artigo 189.° bem como do artigo 5.° do Tratado) só indirectamente relacionável com uma violação de um correspondente direito do particular, implica — *a fortiori* — que a

38 — No sentido de que «the decision in Francovich is undoubtedly consistent with, and a natural and logical extension of, the Court's case law», e que, após haver reconhecido o efeito directo e a obrigação dos Estados-Membros de darem plena eficácia às normas comunitárias, «it was but a small step to guarantee their full effect by holding states liable in damages for infringements of those rights for which they were responsible», v. Steiner — «From direct effects to Francovich: shifting means of enforcement of Community Law», in *European Law Review,* 1993, pp. 3 e segs., em especial p. 9. A doutrina relativa ao acórdão Francovich e o. é, a partir de agora, como é sabido, conspícua. Entre os contributos mais recentes, v. Zenner — «Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten für die Anwendung europarechtswidriger Rechtsnormen», Munique, 1995.

mesma tutela deve poder ser garantida nos casos em que sejam *directamente* violadas normas que garantem ao mesmo particular uma posição jurídica subjectiva e que são, por conseguinte, directamente invocáveis perante os órgãos jurisdicionais nacionais.

Neste sentido, a tese segundo a qual não se pode «ir além» da afirmação da responsabilidade nas hipóteses da falta de transposição da directiva, não só não se pode partilhar pelos fundamentos até aqui expostos mas ignora que o próprio caso Francovich e o. é, quando muito, o último (e não o primeiro) porto ao qual a jurisprudência do Tribunal de Justiça pode chegar. Vendo bem as coisas, de facto, o acórdão Francovich e o. atribuiu um meio de tutela (pelo menos de natureza patrimonial) nos casos em que a tutela era a indicada no artigo 169.°, que não é uma tutela directa dos particulares. Pelo contrário, nos casos de violação de normas dotadas de efeito directo, a tutela já existe e é directamente invocável pelo particular, de forma que se trata apenas de fazê-la acompanhar daquele *minus* que é a tutela patrimonial. Nesses casos, por conseguinte, não se dá nem aquele «pequeno» salto lógico que é, pelo contrário, necessário para passar da violação do artigo 189.° à lesão do direito do particular potencialmente atribuído pela directiva.

Também não se nega que, no que respeita às normas dotadas de efeito directo, a jurisprudência é constante ao afirmar que essas normas «devem produzir a totalidade dos seus efeitos, de modo uniforme em todos os Estados-Membros, a partir da sua entrada em vigor e durante todo o período da respectiva validade» [39]; e que «esse efeito vincula todos os órgãos jurisdicionais que, entre as suas competências, têm a de, enquanto órgãos de um Estado-Membro, tutelar os direitos atribuídos aos particulares pelo direito comunitário» [40]. Como é bem claro, por conseguinte, a norma comunitária dotada de efeito directo atribui aos particulares uma posição jurídica subjectiva desde a sua entrada em vigor e por toda a duração da sua vigência, independentemente e mesmo a despeito da norma nacional preexistente ou subsequente que eventualmente negasse essa mesma posição jurídica. Daí resulta, por conseguinte, que o órgão jurisdicional nacional é obrigado a prestar tutela jurisdicional completa e efectiva aos direitos atribuídos aos particulares pela norma comunitária em questão.

34. Ora, é inegável que a violação de uma norma cria um desequilíbrio, que consiste na redução ou na anulação da situação jurídica atingida, neste caso, aquela de que é titular um particular; também é claro que todas as situações jurídicas subjectivas, todos os «direitos», se se preferir, têm um conteúdo material e um conteúdo patrimonial normalmente quantificável. Garantir a eficácia da tutela jurisdicional no caso de violação da norma que atribui uma posição jurídica subjectiva, significa garantir a reintegração do conteúdo do direito prejudicado pela violação de uma norma. E se a lesão ilícita do direito do particular resultou de um acto do

39 — V., entre outros, acórdãos de 9 de Março de 1978, Simmenthal (106/77, Recueil, p. 629, n.° 14), e de 10 de Julho de 1980, Ariete (811/79, Recueil, p. 2545, n.° 5).

40 — Acórdão Simmenthal (já referido na nota anterior, n.° 16).

poder público — um acto administrativo ou uma lei — é a entidade que o adoptou que deve restaurar o direito do particular ou pelo menos o seu conteúdo patrimonial.

Finalmente, a reintegração do conteúdo patrimonial é um *minus*, um remédio mínimo comparado com os casos de completa reposição material, que continua a ser o melhor meio de tutela. Anular o acto ilegítimo ou deixar sem aplicação a lei incompatível com um parâmetro superior de legalidade, é necessário num Estado de direito. Por vezes, todavia, isso não é suficiente, de forma que pode ser necessário, para tornar real e efectiva a tutela, reequilibrar também o conteúdo patrimonial do direito lesado e, portanto, garantir a reparação do dano. O reequilíbrio patrimonial do direito lesado não é portanto um *quid* de diferente ou de complementar, e muito menos de novo. Nem representa um *optional* sofisticado e remoto de um sistema jurídico que queira e deva ser eficaz.

Em suma, o princípio da responsabilidade patrimonial do Estado deve aplicar-se como remédio alternativo ou adicional em relação à tutela material; por isso, deve aplicar-se em relação às violações quer de normas desprovidas de efeito directo, no sentido de normas não directamente invocáveis perante os órgãos jurisdicionais nacionais, quer de normas que, pelo contrário, conferem essa possibilidade.

c) Obrigação indemnizatória do Estado por actos do legislador

35. Não me parece que essa conclusão possa ser infirmada pela circunstância de, às vezes ou muitas vezes, as violações do direito comunitário serem imputáveis ao poder legislativo.

Recordo, a propósito, que o acórdão Francovich e o., que nenhum dos Estados que apresentaram observações no presente processo pôs em causa, não faz qualquer distinção consoante o dano derive de uma violação reconduzível a omissões do poder legislativo ou executivo. E certamente também não existe motivo para considerar que uma conclusão diferente se imponha a respeito das hipóteses aqui pertinentes.

Todavia, tal como foi observado pelos órgãos jurisdicionais nacionais nos respectivos despachos de reenvio, a possibilidade de conferir uma reparação dos danos está-lhes vedada pelo respectivo direito nacional, justamente porque as violações do direito comunitário nos casos em análise são imputáveis ao legislador, seja por não ter alterado uma lei naci-

onal de modo a torná-la conforme com o direito comunitário (processo Brasserie du pêcheur, C-46/93), seja por ter adoptado uma lei nacional incompatível com tal direito (processo Factortame III, C-48/93). Concretamente, portanto, dada a impossibilidade de intentar uma acção de responsabilidade no caso de actividade ou omissão do legislador, em hipóteses deste género, o direito nacional conduz à negação do próprio princípio da responsabilidade.

36. É verdade que a irresponsabilidade do Estado por actos legislativos foi uma ideia difundida no passado. Encontrava a sua razão de ser na assunção de que o soberano não pode comportar-se de forma ilegal; ou, na versão mais moderna e democrática, na soberania do Parlamento. Noutros termos, enquanto expressão máxima do poder soberano, o legislador, considerada também a legitimidade democrática de que goza, estaria, em princípio, subtraído às regras gerais da responsabilidade.

Essa concepção, consolidada principalmente nos sistemas jurídicos nos quais se ignora a apreciação da conformidade da lei com um parâmetro superior, deveria apresentar-se em termos diversos quando existe uma norma superior que permite verificar e eventualmente negar a legalidade da actividade do legislador. Por outro lado, mesmo nos ordenamentos jurídicos em que não só existe uma clara e formal hierarquia entre as normas constitucionais e as normas legais mas também um mecanismo de controlo *ad hoc* sobre o respeito permanente dessa hierarquia (Áustria, Itália, Alemanha e Espanha, por exemplo), a questão da possibilidade de indemnizar os danos resultantes de uma legislação inconstitucional está longe de ser pacificamente resolvida [41]. Resta que, em tais hipóteses, não pode, de qualquer forma, excluir-se que o Estado seja chamado a responder pelos danos provocados pelas leis declaradas inconstitucionais.

37. A verdade é que, quando o legislador é obrigado, no exercício das suas competências institucionais, ao respeito de determinados limites impostos por normas superiores, não há qualquer razão de teoria jurídica geral para negar que o Estado possa ser obrigado à reparação dos danos provocados pela lei, que tenham ultrapassado esses limites. Em tais condições, a responsabilidade por acto do legislador não é conceitualmente muito longínqua e diferente da responsabilidade da administração pela actividade normativa, hoje admitida sem qualquer dificuldade, mais ou menos, em todas as latitudes.

41 — Por exemplo, na Alemanha, essa possibilidade não está excluída enquanto tal, mas apenas na medida em que o dever público violado não seja reportável a um terceiro determinado, o que, como já se disse, acontece na maior parte dos casos em que se trata de ilícito imputável ao legislador; a possibilidade em questão, mesmo pelos motivos indicados, é, pelo contrário, pacificamente admitida em relação às leis-medida. A doutrina prevalecente é, porém, de opinião de que um direito dos particulares a indemnização deveria ser admitido pelo menos no caso de violação de direitos fundamentais (neste sentido, v., entre outros, Haverkate — «Amtshaftung bei legislativem Unrecht und die Grundrechtsbildung des Gesetzgebers», in *NJW*, 1973, p. 441). Em Itália, onde a questão continua a ser debatida, uma tal possibilidade foi admitida, por exemplo, na hipótese específica de declarada inconstitucionalidade dos decretos presidenciais de expropriação adoptados em execução da reforma agrária, estabelecendo-se, por outro lado, a obrigação de indemnização imposta à entidade da reforma agrária, à qual nem sequer era atribuível qualquer comportamento ilícito: daqui resulta a convicção de que, nessas hipóteses, a indemnização se configura mais como uma restituição do indevido, tendo apenas por objecto o valor do bem perdido (para qualquer observação mais geral, v., neste sentido, Zagrebelsky — «Processo costituzionale», in *Enciclopedia del diritto* XXXVI, 1987, p. 639).

Mas neste caso há mais. É sabido que, na maior parte dos ordenamentos jurídicos, se compensa, em determinados casos, a redução patrimonial sofrida pelos particulares por efeito de uma actividade do legislador perfeitamente lícita, porque executada sem qualquer violação de uma norma *agendi:* pense-se na hipótese de nacionalização e de expropriação por utilidade pública. Se, por conseguinte, se admite que o sacrifício *legalmente* imposto à situação jurídica e patrimonial de um particular, em favor de um interesse público, deve ser acompanhado de uma justa indemnização, seria pelo menos singular não admitir que, se este dano é produzido por acto normativo *ilegal,* porque contrário a uma norma superior (constitucional, comunitária, de qualquer forma, prevalecente relativamente ao acto), não haja lugar a indemnização.

38. Vale a pena simplesmente recordar, por conseguinte, que, nas relações reguladas pelo direito internacional, a responsabilidade do Estado por acto do legislador é universal e pacificamente admitida [42]. Entre as várias ocasiões, vale a pena recordar o princípio afirmado pelo Tribunal Permanente de Justiça Internacional, segundo o qual a obrigação de indemnizar é a consequência directa de um acto que causa um dano, contrário ao direito internacional e imputável a um Estado. Mais precisamente: «*é um princípio de direito internacional que a violação de uma obrigação implica a obrigação de indemnizar de forma adequada: a indemnização é, por conseguinte, o complemento indispensável da falta de aplicação de uma convenção, sem que seja necessário que isso venha estabelecido na própria convenção*» [43].

39. É evidente que não esqueço que, para o direito internacional, a obrigação do Estado de reparar os danos surge, mesmo quando em concreto a indemnização se destina a reintegrar a posição patrimonial dos indivíduos, em relação a um ou a vários Estados e não, como se pretende no caso que nos ocupa, directamente em relação aos particulares.

Não me parece, todavia, que se possa abstrair da especificidade e particularidade do sistema jurídico comunitário. Esse sistema é fundado, na parte aqui relevante, numa base convencional. O Tratado, tal como outros acordos que instituem organizações internacionais, contém uma série de obrigações dos Estados-Membros relativamente à realização dos fins enunciados e livremente subscritos, bem como relativamente ao funcionamento de uma estrutura institucional com competências, em grande parte, mas não inteiramente, predefinidas. Todavia, o fim particular e último da base convencional é, no caso da Comunidade, o da integração e, mais precisamente, o de «estabelecer os fun-

42 — Na verdade, o direito internacional configura unicamente a responsabilidade do Estado considerado no seu conjunto, isto é, entendido na sua unidade: por conseguinte, sem que haja qualquer diferença consoante a violação na origem do dano seja imputável ao legislador, ao juiz ou ao membro da administração. Esta mesma perspectiva é, por outro lado, deduzível da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao artigo 169.° do Tratado: a violação de uma obrigação comunitária é, de qualquer forma, imputável ao Estado, independentemente do sujeito a que incumbe em concreto o cumprimento dessa obrigação (v., entre outros, acórdãos de 5 de Março de 1970, Comissão/Bélgica, 77/69, Colect. 1969-1970, p. 335, n.° 15; de 18 de Novembro de 1970, Comissão/Itália, Colect. 1969-1970, p. 565, n.° 9; e de 26 de Fevereiro de 1976, Comissão/Itália, 52/75, Colect., p. 131, n.° 14).

43 — Acórdão de 26 de Julho de 1927, Fábrica de Chorzów (TPJI, série A, n.° 8, p. 21); o sublinhado é meu. O mesmo princípio foi posteriormente afirmado pelo Tribunal Internacional de Justiça no parecer consultivo de 30 de Março de 1950, relativo à interpretação dos tratados de paz com a Bulgária, a Hungria e a Roménia (TIJ, 1950, p. 228).

damentos de uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus» [44], designadamente através da realização do mercado comum. Daí resulta que os instrumentos tradicionais, digamos puramente internacionalísticos, destinados a conseguir o correcto e pontual cumprimento das obrigações por parte dos Estados-Membros, se traduziram e se traduzem permanentemente, em muito grande parte, na atribuição da máxima e directa relevância à posição jurídica dos particulares. A razão é que as obrigações dos Estados e das instituições comunitárias têm por fim, acima de tudo, no sistema que pretendia e pretende ser o sistema comunitário, a criação de direitos dos particulares. Este é o quadro pretendido pelos autores do Tratado e consolidado pelo legislador comunitário.

40. O Tribunal de Justiça, numa jurisprudência há muito conhecida, limitou-se a dar conta desta precisa vontade dos autores do Tratado e posteriormente do legislador, e pôs em relevo que o Tratado CE instituiu um ordenamento jurídico próprio, «a favor do qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos» [45]. Os sujeitos deste ordenamento são não apenas os Estados mas também os indivíduos, aos quais o direito comunitário confere direitos que passam a fazer parte da sua esfera jurídica; direitos que surgem não apenas nos casos expressamente referidos do Tratado mas também em relação às obrigações que este último impõe aos particulares, aos Estados-Membros e às instituições comunitárias.

41. Deve, por conseguinte, reconhecer-se, relativamente às normas — comunitárias — que regulam a situação dos particulares e cujo primado sobre as normas internas é reconhecido, que uma pretensa e geral irresponsabilidade do legislador nacional careceria de justificação. A própria ideia da responsabilidade do Estado legislador em relação às obrigações impostas pelo direito comunitário, e, por conseguinte, subscritas convencionalmente pelos próprios Estados ou adoptadas através de procedimentos ulteriores previstos para esse efeito, é, pelo contrário, perfeitamente coerente — e por isso mesmo inerente — com as características fundamentais e típicas do sistema jurídico comunitário.

42. Finalmente, também à luz do acórdão Francovich e o., mas já em razão da particularidade do sistema jurídico comunitário considerado no seu conjunto, é totalmente irrelevante que o ilícito seja imputável ao legislador ou ao órgão executivo.

Em todo o caso, portanto, o problema da responsabilidade do Estado legislador está superado nas hipóteses em que o ilícito se relaciona com normas dotadas de efeito directo. A afirmação do Tribunal de Justiça, segundo a qual «seria por outro lado contraditório entender que os particulares têm o

44 — Referência ao preâmbulo do Tratado CE.

45 — V., em particular, o acórdão Gend & Loos (já referido na nota 35), bem como o acórdão de 15 de Julho de 1964, Costa/ENEL (6/64, Colect. 1962-1964, p. 549).

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 estas disposições afastando as de direito nacional que as contrariem» [46], implica, de facto, que também incumbe à administração pública a obrigação de garantir a tutela dos direitos dos particulares atribuídos por força das normas comunitárias dotadas de efeito directo. Daqui resulta, nessa perspectiva, que, neste caso, é muito possível invocar a reponsabilidade da administração pública em virtude de esta última ter adoptado medidas lesivas em execução de uma lei que se considera incompatível com o direito comunitário, ou, em todo o caso, por haver aplicado essa lei.

Neste sentido, por exemplo, parece ter-se orientado o Conseil d'État francês, que deduziu a responsabilidade do Estado da violação (*faute*) [47] da autoridade administrativa, pelo menos quando esta última fez uso do poder discricionário conferido por uma lei interna contrária ao direito comunitário [48]. A verdade é que, em hipóteses deste tipo, a origem da responsabilidade reside quase sempre num comportamento ilícito imputável ao legislador, ou seja, numa lei incompatível com o direito comunitário. Todavia, compete evidentemente ao direito nacional estabelecer se a imputação à administração é um expediente «indispensável», de natureza processual e/ou material, para obrigar o legislador a responder ou se se trata de um modo de proceder correcto.

43. O que o direito comunitário exige, tanto quanto aqui é pertinente, é que sejam de qualquer forma instituídos os instrumentos necessários para que os particulares possam requerer e possivelmente obter a reparação dos danos sofridos na sequência de violações do direito comunitário. A esse propósito, por outro lado, precisa-se que o problema da determinação de um meio jurisdicional que não seja já conhecido ou admitido nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros não é insuperável nem é um problema novo. Não o é em razão dos dados específicos aqui em análise; também não o é porque já foi superado pelo Tribunal de Justiça nalgumas passagens históricas e incontestadas da sua jurisprudência.

Prova disso são, em particular, os casos Simmenthal [49] e Factortame I [50], nos quais se perguntava ao Tribunal de Justiça se um determinado meio jurisdicional, cuja utilização era negada ao órgão jurisdicional pelo

46 — Acórdão Fratelli Costanzo (já referido na nota 36, n.º 31).

47 — Recorda-se apenas que, em relação à actividade normativa da administração pública, o termo *faute* é entendido na doutrina e na jurisprudência administrativa francesa (que elaborou a respectiva noção) como um mau funcionamento do serviço público, que, por conseguinte, e por singular que possa parecer, prescinde da culpa. Na realidade, a regra frequentemente recordada é que «toute décision illégale est en principe fautive». Em resumo, no sistema francês, a diferença entre *responsabilité pour faute* e *responsabilité sans faute* não corresponde tanto à diferença entre responsabilidade por culpa e responsabilidade objectiva, mas, se bem que apenas com uma certa aproximação, à diferença entre a responsabilidade por actos ilícitos e responsabilidade por actos lícitos.

48 — Acórdão de 28 de Fevereiro de 1992, Arizona Tobacco Products GmbH, in *AJDA*, 1992, p. 210. Referiu-se, pelo contrário, genericamente, à responsabilidade do Estado, ao afirmar a obrigação de indemnização relativamente a uma situação ilícita criada pelo legislador, à luz do direito comunitário, a cour administrative d'appel de Paris, no acórdão de 1 de Julho de 1992, Societé Dangeville, in *AJDA*, 1992, p. 728, com nota crítica de Prétot.

49 — Acórdão de 9 de Março de 1978 (*106/77*, Recueil, p. 629).

50 — Acórdão já referido na nota 7.

sistema processual nacional, podia ou devia ser-lhe atribuído e exercido por força do direito comunitário.

44. No caso Simmenthal tratava-se da competência do órgão jurisdicional italiano para não aplicar ele próprio e imediatamente uma norma nacional contrária ao direito comunitário, sem dever recorrer a uma decisão prévia da Corte costituzionale que declarasse a respectiva inconstitucionalidade. Ao fundamentar no direito comunitário o poder-dever do órgão jurisdicional nacional de não dar aplicação à norma contrária à norma comunitária, poder-dever desconhecido do sistema nacional e mesmo em presença de uma jurisprudência contrária, expressa e reiterada do órgão jurisdicional constitucional, a Corte introduziu uma derrogação na autonomia do Estado-Membro no que respeita aos meios de tutela jurisdicional dos direitos atribuídos aos particulares pelo direito comunitário. E é notável, mesmo no contexto actual, que, no acórdão Simmenthal, o Tribunal de Justiça tenha considerado intolerável não a falta de tutela mas um simples atraso nessa tutela, privilegiando, por outro lado, este ponto de vista em relação às vantagens em termos de certeza e de definitividade que, todavia, o sistema centrado no juízo de constitucionalidade, até agora praticado, indubitavelmente apresentava.

No caso Factortame I, exactamente como no caso Simmenthal, punha-se mais uma vez a questão de saber se, na falta de poderes do órgão jurisdicional nacional com base no seu próprio ordenamento jurídico — neste caso, o poder de suspender provisoriamente a aplicação de uma lei por suspeitada mas não ainda confirmada incompatibilidade com o direito comunitário —, esse poder poderia fundamentar-se no próprio direito comunitário. O Tribunal, tal como no caso Simmenthal, respondeu que um obstáculo à tutela jurisdicional efectiva de um direito atribuído aos particulares por força das normas comunitárias deve ser removido pelo órgão jurisdicional nacional: e, por conseguinte, não deve ser aplicada a norma que eventualmente o preveja.

45. Finalmente, a autonomia dos Estados-Membros quanto aos remédios jurisdicionais para a violação dos direitos conferidos pelo sistema comunitário, embora afirmada pelo Tribunal em diversas ocasiões [51], sofre importantes derrogações: em particular, sempre que se torne indispensável para assegurar uma correcta aplicação do direito comunitário e uma tutela completa e eficaz dos direitos atribuídos aos particulares por esse direito.

É assim, por exemplo, que, enquanto no acórdão Salgoil, o Tribunal sublinhou a obrigação dos órgãos jurisdicionais nacionais de

51 — V. o acórdão de 7 de Julho de 1981, Rewe (158/80, Recueil, p. 1805, n.º 44), no qual se afirma que o Tratado não pretendeu introduzir processos novos em relação aos já existentes nos ordenamentos nacionais, nem reduzir a escolha dos juízes quanto aos meios de tutela mais adequados. Na realidade, essa afirmação tem um alcance muito menos absoluto do que parece numa primeira leitura.

garantirem aos particulares a tutela directa e imediata dos seus interesses, mas precisando que «compete à ordem jurídica de cada Estado-Membro designar o órgão jurisdicional competente e, para esse efeito, qualificar esses direitos segundo os critérios do direito interno» [52], no acórdão Bozzetti desaparece essa ambiguidade. Aí se afirma, com efeito, a obrigação de garantir «em qualquer caso» a tutela efectiva dos direitos dos particulares e que só dentro destes limites precisos («com esta reserva») «não compete ao Tribunal de Justiça intervir na solução dos problemas de competência que pode suscitar, no âmbito do ordenamento jurídico nacional, a definição de determinadas situações jurídicas baseadas no direito comunitário» [53]. A expressão «*com esta reserva*» é evidentemente a chave de interpretação mais relevante, na medida em que marca os limites da autonomia dos sistemas nacionais; e não é por acaso, em meu entender, que a referida expressão consta do n.° 42 do acórdão Francovich e o.

46. Não se desmente que também o legislador comunitário introduziu certas derrogações à autonomia dos Estados-Membros, por exemplo, a propósito das empreitadas de obras públicas reguladas pelo direito comunitário e mesmo sob o ponto de vista da reparação do dano. Refiro-me, evidentemente, à 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 [54], bem como à correspondente Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, que trata dos meios de recurso relativos aos chamados sectores excluídos [55].

O legislador comunitário, face a uma grande variedade de soluções nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, em vez de intervir sobre os aspectos da tutela material e, portanto, real, interveio, para os casos de falta ou insuficiência da tutela material, com a previsão de um sistema, certamente desconhecido de não poucos ordenamentos nacionais, de reparação do dano como consequência da ilegalidade do processo de adjudicação de empreitadas [56].

47. Finalmente, bem pode afirmar-se que se trata de uma autonomia, a dos Estados-Membros quanto aos remédios jurisdicionais para a violação dos direitos conferidos

52 — Acórdão de 19 de Dezembro de 1968 (13/68, Colect. 1965-1968, pp. 903, 910).

53 — Acórdão de 9 de Julho de 1985 (179/84, Recueil, p. 2301, n.° 17).

54 — JO L 395, p. 33.

55 — Directiva relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 76, p. 14).

56 — Essa previsão inovou sensivelmente no sistema de muitos Estados-Membros. Por exemplo, no sistema italiano, que todavia está entre os que dão mais garantias e, em todo o caso, um dos poucos em que é possível fazer seguir à anulação do acto administrativo ilegal também a anulação da situação contratual a jusante, a previsão de indemnização pela lesão de situações classificadas tradicionalmente na categoria dos interesses legítimos e não na dos direitos subjectivos constitui, ainda que confinada apenas às relações reguladas no direito comunitário (v. Cassazione, 5 de Março de 1993, n.° 2667, in *Foro it.*, 1993, I, 3062), uma verdadeira e efectiva *revolução cultural*.

pelas normas comunitárias, vinculada solidamente ao resultado pretendido pelo direito comunitário [57].

Ora, na hipótese de violação das normas comunitárias por parte dos Estados, o resultado que é necessário atingir, na medida em que aqui nos interessa, para um correcto funcionamento do sistema jurídico comunitário considerado no seu conjunto, é que seja reposta, desde que verificados os pressupostos definidos, a mesma situação jurídica, pelo menos no seu conteúdo patrimonial, que existiria se o Estado não tivesse violado a obrigação que lhe é imposta pelo direito comunitário.

II — *Quanto às condições da obrigação de indemnização que impende sobre o Estado*

48. A responsabilidade é, portanto, inerente a qualquer hipótese de violação do direito comunitário, incluindo aquela em que o dano deriva da violação das normas do Tratado dotadas de efeito directo, independentemente do órgão do Estado (mesmo do legislador) ao qual o dano é imputável. Resta agora procurar saber quais as condições em que existe a responsabilidade e, paralelamente, o direito do particular a indemnização.

O problema, na realidade, na falta de normas comunitárias expressas que disciplinem a matéria, reside na definição das condições que determinam a responsabilidade do Estado e na concreta possibilidade de confirmar a verificação dessas condições. Por outro lado, há que ter em conta a própria exequibilidade das soluções a aplicar.

49. Na verdade, o direito comunitário bem poderia, tal como foi proposto por alguns Estados no decurso do presente processo, limitar-se à afirmação do princípio da responsabilidade e da obrigação de indemnização, deixando pelo contrário a cada um dos ordenamentos jurídicos nacionais a competência para determinar os respectivos pressupostos e disciplinar as suas modalidades, quer materiais quer formais.

Essa solução, como já se assinalou no início, apresenta, todavia, notáveis inconvenientes, antes de mais, o de não assegurar o resultado pretendido pelo direito comunitário através da afirmação do princípio da responsabilidade, ou seja, uma tutela plena e efectiva dos direitos de que os particulares são titulares por força da norma comunitária que se considera violada. E as próprias questões do órgão jurisdicional de reenvio, suscitadas precisamente porque o direito nacional aplicável não consente, nos casos em questão,

57 — Para uma análise parcialmente diferente, v. as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs apresentadas em 15 de Junho de 1995, relativas aos processos apensos Van Schijndel e Van Veen (C-430/93 e C-431/93, Colect. 1995, p. I-4705, I-4707).

qualquer indemnização, demonstram que isto é um risco objectivo. Em qualquer caso, por conseguinte, é por de mais evidente que a mera remissão para o direito nacional faria correr o risco de avalizar um sistema discriminatório, na medida em que, relativamente a uma mesma violação, os cidadãos comunitários estariam garantidos de forma diversa e alguns simplesmente não garantidos.

50. Em resumo, a fim de que a protecção do direito a indemnização seja assegurada em *todos os Estados-Membros, de forma — se* não uniforme — pelo menos homogénea, é indispensável que seja o próprio direito comunitário a estabelecer pelo menos as condições mínimas que determinam o direito a indemnização e, em particular, os critérios segundo os quais essas condições são determinadas, e também os limites «comunitários» impostos às condições «nacionais» relativas à indemnização, quer sejam de natureza processual ou não.

É esta, por outro lado, a solução adoptada pelo Tribunal, ainda que com alguma especificidade ligada ao caso concreto, no acórdão Francovich e o. E não existe qualquer razão para considerar que essa solução se aplica apenas ao caso de falta de transposição de directivas e não também às violações de normas dotadas de efeito directo.

51. Recordo que, no acórdão Francovich e o., embora precisando que é no âmbito das normas do direito nacional que o Estado é obrigado a reparar as consequências do dano provocado, o Tribunal individualizou e definiu ele próprio as condições «suficientes para instituir a favor dos particulares o direito a obter reparação, que se funda directamente no direito comunitário» (n.° 41). O Estado-Membro ao qual é imputável a falta de transposição de uma directiva é, por conseguinte, em todo o caso, obrigado a reparar o dano sofrido pelos particulares, sempre que as condições enunciadas pelo Tribunal de Justiça se encontrem preenchidas.

Essa afirmação não deve todavia ser entendida no sentido de que a existência dessas condições é suficiente, para efeitos de indemnização, em relação a qualquer violação do direito comunitário. Como foi declarado pelo próprio Tribunal, com efeito, «embora a responsabilidade do Estado seja assim imposta pelo direito comunitário, as condições em que a mesma institui um direito a reparação dependem da natureza da violação do direito comunitário que está na origem do prejuízo causado» (n.° 38).

52. Os requisitos necessários para que exista a responsabilidade dos Estados-Membros podem, portanto, variar de um caso para outro. Todavia, tal como no caso Francovich e o., deve tratar-se de requisitos enunciados e definidos pelo próprio direito comunitário.

Noutros termos, é verdade que as condições enumeradas no acórdão Francovich e o.

podem não ser, nas hipóteses de violação de normas do Tratado dotadas de efeito directo, necessárias e/ou suficientes para instituírem um direito a indemnização. Apesar disso, mesmo em relação a essas hipóteses, devem ser determinadas as condições suficientes para permitir ao particular obter indemnização. Basta apenas sublinhar que as *condições suficientes*, como se deduz do próprio acórdão Francovich e o., se referem aos pressupostos *materiais* da responsabilidade.

53. Ora, uma rápida análise dos regimes de responsabilidade da administração pública vigentes nas ordens jurídicas dos Estados-Membros mostra que pode considerar-se geralmente aceite, pelo menos, o princípio segundo o qual responde pelo facto causador do dano o sujeito ao qual o mesmo é imputável, desde que entre o facto e o dano exista um nexo de causalidade.

Em resumo, os pressupostos materiais da responsabilidade são mais ou menos os mesmos em todas as latitudes: um dano efectivo, um nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do autor do dano, e a ilegalidade desse comportamento. As diferenças, às vezes de tal forma relevantes que influenciam, por exemplo, até a natureza das posições subjectivas tuteladas [58], dizem respeito, pelo contrário, ao modo como esses pressupostos são definidos e aos critérios para determinar a sua existência.

54. Quanto ao que aqui nos interessa, é, por conseguinte, necessário não tanto individualizar as condições gerais da responsabilidade, que, na verdade, são praticamente as mesmas nos diversos ordenamentos jurídicos, mas principalmente estabelecer os critérios para determinar a respectiva existência ou, se se preferir, quais os critérios que permitem uma definição comum das condições em questão.

Para esse fim, considero oportuno analisar previamente as condições consideradas pelo Tribunal como suficientes, no caso de falta de transposição de directivas, para instituir o direito a indemnização a favor dos particulares.

1. A solução Francovich

55. A obrigação indemnizatória do Estado por omissão legislativa foi reconhecida pelo Tribunal, no caso de falta de transposição de uma directiva no prazo prescrito, desde que se verifiquem as seguintes condições: «A primeira é que a directiva tenha como objectivo atribuir direitos a particulares. Seguidamente, o conteúdo desses direitos deve poder ser identificado com base nas disposições da directiva. Deve existir, finalmente, um nexo

58 — Basta recordar, a esse respeito, a particularidade (v. nota 5) do sistema italiano acerca da impossibilidade de indemnização das ofensas de interesses legítimos. A propósito do «tormentato capitolo della tutela aquiliana degli interessi ligittimi» na experiência italiana, v. Ponzanelli — «L'Europa e la responsabilità civile», in *Foro it.*, 1992, IV, col. 150. No acórdão Enichem Base e outros, já referido na nota 24, o problema colocado pelo órgão jurisdicional *a quo* dizia mesmo respeito à lesão de um interesse legítimo.

de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o dano sofrido» [59].

Impõe-se uma primeira interrogação: essas condições são necessárias e suficientes mesmo nas hipóteses em que o dano seja provocado pela violação de uma norma do Tratado dotada de efeito directo?

56. Deixando por agora o nexo da causalidade, pressuposto legal da responsabilidade aquiliana, observo antes de mais que a primeira condição, segundo a qual o resultado pretendido pela directiva deve implicar a atribuição de direitos aos particulares, diz respeito à identificação da situação jurídica subjectiva cuja lesão pode dar lugar a indemnização. Tendo em conta a jurisprudência *nessa matéria*, deve *considerar-se* que o Tribunal entendeu, desse modo, referir-se genericamente a qualquer posição jurídica individual protegida pelo direito comunitário; por conseguinte — e por definição — trata-se de uma condição que está sempre preenchida no caso de normas dotadas de efeito directo.

A segunda condição, que à primeira vista parece constituir uma simples especificação da primeira, sublinha a necessidade de o direito resultante da directiva ter um conteúdo preciso, ou seja, determinável no seu objecto, com a consequência de que essa condição deve ainda considerar-se satisfeita, em princípio, pelas normas do Tratado dotadas de efeito directo [60]. É oportuno sublinhar aqui que, no caso Francovich e o., tal como nos processos apensos Dillenkofer e o. (C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/84), relativamente aos quais apresento hoje as conclusões, o conteúdo do direito atribuído aos particulares coincide exacta e precisamente com o conteúdo patrimonial do mesmo direito que esses particulares detêm por força das normas comunitárias em questão e, por conseguinte, com o dano reparável [61]. Isto não significa, naturalmente, que a condição em questão deva ser interpretada no sentido de que a possibilidade de reparação do dano sofrido pelos particulares está condicionada à possibilidade de identificar, com base na mesma norma violada, o exacto conteúdo do dano patrimonial sofrido pelo particular. Pelo contrário, é suficiente que a violação da norma de que se trata, norma que atribui ao particular um direito individualizável no seu objecto, de modo preciso, tenha afectado a esfera patrimonial do sujeito lesado. Se assim não fosse, de facto, a reparação dos danos estaria limitada apenas às hipóteses em que o objectivo da norma violada fosse precisamente atribuir aos particulares um direito «patrimonial».

57. As observações que precedem levam a uma primeira conclusão: as condições estabe-

59 — As três condições em questão, enumeradas pelo Tribunal no acórdão Francovich e o. (n.º 40), são aqui textualmente reproduzidas, tal como estão transcritas e sintetizadas pelo próprio Tribunal no acórdão Faccini Dori (já referido na nota 37, n.º 27).

60 — A esse propósito, v. n.º 75, *infra*.

61 — Recordo que, no caso Francovich e o., se trata da importância devida ao trabalhador na sequência da insolvência da entidade patronal, e no caso Dillenkofer e o., da soma paga pelo adquirente de viagens organizadas por viagens não efectuadas.

lecidas pelo Tribunal no acórdão Francovich e o., no que respeita à posição jurídica de que o particular deve ser titular para poder invocar o direito a indemnização, são evidentemente necessárias e presentes mesmo quando se trate de normas do Tratado dotadas de efeito directo. A questão que se põe é a de saber se são sempre suficientes.

Para esse efeito, é oportuno interrogarmo-nos sobre quais os motivos que levaram o Tribunal a limitar-se às condições referidas e também a não especificar, por exemplo, os critérios que permitem afirmar que a violação do direito comunitário em questão integra um comportamento ilegal susceptível de implicar a responsabilidade do Estado. Nessa oportunidade, como já se disse, o Tribunal referiu-se, de facto, expressamente, a um único dos pressupostos clássicos da responsabilidade: o nexo de causalidade. Nenhuma precisão posterior foi enunciada, pelo contrário, em relação à ilegalidade do comportamento do autor do dano e à efectividade do dano, e não se estabeleceu qualquer exigência de verificação pelo órgão jurisdicional nacional a esse respeito.

58. A opção assim feita pelo Tribunal no acórdão Francovich e o. deveu-se, a meu ver, muito simplesmente, ao facto de nesse caso a existência dos dois pressupostos acabados de recordar ser evidente logo numa primeira leitura. Nenhuma dúvida podia, de facto, sustentar-se quanto à ilegalidade do comportamento *omissivo* do Estado: o resultado pretendido pela directiva, e relativamente ao qual o Estado não dispunha de qualquer margem de discricionaridade, em qualquer caso não em relação ao prazo dentro do qual a directiva deveria ser transposta, não tinha sido atingido; nenhuma dúvida tão-pouco quanto à efectividade do dano, materialmente coincidente com o montante a que o recorrente teria tido direito se a directiva tivesse sido transposta no prazo prescrito.

Nessas condições, por conseguinte, o Tribunal limitou-se, atendendo a que ele próprio tinha previamente verificado a impossibilidade de invocação da directiva por parte dos particulares directamente perante os órgãos jurisdicionais nacionais, a indicar que, para efeitos da obrigação de indemnização que incumbe ao Estado-Membro inadimplente, deve ser possível indentificar um direito, preciso e pontual, a favor do particular.

59. Em resumo, é inegável que o caso Francovich e o. se apresenta, sob o ponto de vista da responsabilidade do Estado e da obrigação de indemnização, como que um caso de escola. A circunstância de o Tribunal não ter nesse caso estabelecido a exigência de serem precisados os limites da responsabilidade do Estado, omitindo, em particular, a indicação expressa dos critérios *comunitários* relativos à ilegalidade do comportamento do Estado, deve ser interpretada unicamente em função da particularidade do caso que lhe foi submetido. E é significativo, a esse respeito, que na doutrina tenham surgido reacções diversas e até opostas: segundo uns, o Tribu-

nal teria dessa forma pretendido censurar apenas as violações graves ou culposas [62]; segundo outros, pelo contrário, resulta do acórdão em questão que todas as violações do direito comunitário geram responsabilidade e obrigação de indemnização [63].

60. Interpretar de forma diferente o acórdão Francovich e o., implicaria que todas as violações do direito comunitário que tenham incidência sobre a esfera patrimonial de um particular titular de uma posição jurídica atribuída por força da norma violada comportam em si mesmas e de modo automático um direito a indemnização.

Finalmente, a circunstância de, no acórdão Francovich e o., não terem ficado claramente definidos os critérios pretendidos pelo direito comunitário para considerar que se verifica a responsabilidade do Estado, está estreitamente ligada à particular simplicidade do caso em questão. A própria afirmação do Tribunal, segundo a qual as condições do direito a indemnização dependem da «natureza da violação do direito comunitário que está na origem do prejuízo causado», deve, por conseguinte, ser entendida não apenas no sentido de que as condições gerais da responsabilidade variam segundo o tipo de violação, mas também no sentido de que as características próprias de um determinado tipo de violação, tal como a falta de transposição de uma directiva nos prazos prescritos, podem ser tais que não exijam uma análise aprofundada quanto à existência de uma ou várias das condições em questão.

Não me parece que seja esse o resultado pretendido pelo Tribunal nem pelo direito comunitário. Tratar-se-ia, por outro lado, de um resultado nem sequer razoável, atendendo a que, como já se disse, em todas as tradições jurídicas, a responsabilidade pela actividade normativa da própria administração pública é limitada de várias formas. Além disso, também a jurisprudência do Tribunal em matéria de responsabilidade extracontratual das instituições comunitárias por actividade normativa vai numa direcção diferente.

2. A jurisprudência relativa ao artigo 215.°, segundo parágrafo

61. Se bem que esta não seja a sede própria para analisar e discutir esta jurisprudência, considero que se deve ao menos assinalar a exigência de uma reflexão serena e aprofundada nesta matéria. Com efeito, os Estados-Membros referiram-se constantemente, no decurso do presente processo, à jurisprudência em questão, sustentando a aplicação dos mesmos critérios elaborados nessa jurispru-

62 — Observa, designadamente, que a falta de transposição de uma directiva constitui uma violação consciente, por conseguinte, deliberada, e por isso mesmo culposa, Temple Lang — «New Legal Effects Resulting from the Failure of States to Fulfil Obligations under European Community Law: The Francovich Judgment», in *Fordham International Law Journal*, 1992-1993, pp. 1 e segs.

63 — No sentido de que se trata de uma responsabilidade objectiva, na qual a culpa não assume qualquer relevo, v., por exemplo, Caranta — «Governmental Liability after Francovich», in *The Cambridge Law Journal*, 1993, pp. 272 e segs.; e também Tatham — «Les recours contre les atteintes portées aux normes communautaires par les pouvoirs publics en Angleterre», in *Cahiers de droit européen*, 1993, pp. 597 e segs.

dência também no que respeita à afirmação da responsabilidade por violações do direito comunitário imputáveis a esses Estados.

Essa posição parece não totalmente desprovida de fundamento, se se considerar, por um lado, que o artigo 215.°, segundo parágrafo, remete, para efeitos de indemnização dos danos causados pelas instituições comunitárias no exercício das suas funções, para os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, e, por outro lado, e por consequência, que essa jurisprudência podia e devia constituir, dada a falta de regras uniformes nessa matéria, um útil quadro de referência para regras comuns relativas à responsabilidade dos Estados.

62. O Tribunal parece não ter pretendido subordinar a responsabilidade do Estado às mesmas condições restritivas requeridas pela jurisprudência relativamente à responsabilidade da Comunidade, pelo menos, à primeira vista, e ao contrário do que sugere o advogado-geral J. Mischo nas conclusões relativas ao acórdão Francovich e o.

Apesar disso, considero oportuno preceder a análise de cada uma das condições gerais da responsabilidade de algumas observações destinadas a averiguar se, e em que medida, os casos de violação do direito comunitário imputáveis ao Estado são comparáveis aos casos de violação por parte das instituições comunitárias; e se, em definitivo, os critérios elaborados pela jurisprudência nessa matéria podem ou não, ao menos em presença de situações análogas, constituir um útil quadro de referência.

63. Para esse efeito, recordo antes de mais que, segundo uma jurisprudência constante, «a responsabilidade extracontratual da Comunidade devido à sua função legislativa pressupõe a reunião de um conjunto de condições no que diz respeito à ilegalidade de um acto das instituições, à realidade do dano e à existência de um nexo de causalidade entre o acto e o prejuízo invocado» [64]. Os pressupostos materiais são portanto os mesmos, e não poderia ser de outra forma, também nos casos de responsabilidade das instituições comunitárias.

A mesma jurisprudência individualizou, todavia, em particular, no que se refere à legalidade do comportamento imputável às instituições, condições de tal forma restritivas que tornam extremamente difícil uma efectiva condenação de uma instituição comunitária ao pagamento de indemnização [65].

64. Os limites estabelecidos pela jurisprudência relativamente à acção fundamentada no artigo 215.° do Tratado são, na realidade, baseados na orientação difusa, segundo a

64 — Neste sentido, v., por exemplo, o acórdão de 8 de Dezembro de 1987, Grands Moulins de Paris/Conselho e Comissão (50/86, Colect., p. 4833, n.° 7).

65 — E, na verdade, até agora, as condenações das instituições comunitárias ao pagamento de indemnização são apenas oito.

qual, em princípio, não é indemnizável o prejuízo causado pelo legislador. O próprio Tribunal, por outro lado, explicou a concepção restritiva adoptada, afirmando que «o poder legislativo, mesmo nos casos em que existe controlo jurisdicional da validade dos seus actos, não deve ser estorvado nas suas decisões pela perspectiva de acções de indemnização, cada vez que deva adoptar, no interesse geral, disposições normativas que possam lesar interesses dos particulares» [66].

Essa afirmação encontrou, todavia, não poucas aplicações que provocam perplexidade.

65. Os limites da responsabilidade da Comunidade foram, de facto, invocados e aplicados não apenas em relação aos actos normativos que pressupõem um amplo poder discricionário da instituição de que se trata, mas também em relação a actos que se incluem na esfera da actividade normativa de execução (caso típico dos regulamentos de execução da Comissão) [67]. Essencialmente, o Tribunal aplicou os critérios restritivos, elaborados em sede de averiguação da responsabilidade da Comunidade por actos normativos genéricos, também nas hipóteses em que o dano resulta de medidas individuais que não implicam, de facto, opções de política económica de alcance tal que exijam a mais ampla tutela possível da discricionaridade das instituições.

Ora, é indubitável que seria mais correcto aplicar regimes de responsabilidade diferentes consoante se trate de actividade mais propriamente legislativa ou de actividade de execução, dado que, em princípio, o poder discricionário que é deixado às instituições comunitárias difere essencialmente nos dois casos [68]. Mais em geral, a circunstância de que, para nascer a responsabilidade extracontratual da Comunidade, é exigido um comportamento quase arbitrário, justifica-se sempre que a instituição comunitária disponha, como em matéria de política agrícola, de amplo poder de apreciação; não se justifica, pelo contrário, quando as condições do exercício do poder reconhecido à instituição estejam clara e precisamente definidas [69]. Neste último caso, na realidade, a violação da

66 — Acórdão de 25 de Maio de 1978, HNL/Conselho e Comissão (83/76, 94/76, 4/77, 15/77 e 40/77, Recueil, p. 1209, n.° 5).

67 — V., por exemplo, o acórdão de 19 de Setembro de 1985, Asteris e o./Comissão (194/83 a 206/83, Recueil, p. 2815, n.os 21 e 22), no qual o Tribunal negou a responsabilidade da Comunidade, por a Comissão, na aplicação de um regulamento do Conselho, ter fixado de modo incorrecto um auxílio comunitário aos concentrados de tomate. V., além disso, o acórdão de 26 de Junho de 1990, Sofrimport/Comissão (C-152/88, Colect., p. I-2477), no qual a responsabilidade da Comunidade foi reconhecida em relação a um regulamento substancialmente individual da Comissão, de execução de um regulamento da mesma Comissão, que, por sua vez, constituía a aplicação de um regulamento do Conselho, mas afirmando os mesmos rígidos critérios utilizados para os actos normativos que implicam opções de política económica.

68 — A este propósito, v. as conclusões de J. Biancarelli no processo Stahlwerke Peine-Salzgitter/Comissão, decidido pelo acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Junho de 1991 (T-120/89, Colect., pp. II-279, II-340), nas quais se afirma que, para efeitos da responsabilidade, é relevante «sobretudo a margem de apreciação de que goza a Comissão aquando da sua decisão e o contexto económico, mais ou menos complexo, que caracteriza essa tomada de decisão».

69 — Esse problema foi recentemente invocado e debatido perante o Tribunal de Primeira Instância num processo em matéria de direitos *antidumping*, no qual a recorrente sustentou que a responsabilidade da Comunidade devia ser avaliada de forma diversa, consoante a violação imputada às instituições dissesse respeito às regras inerentes à averiguação de factos económicos complexos ou, pelo contrário, como era o caso dos autos, às regras de processo a que as instituições estão vinculadas. O Tribunal considerou, todavia, que não podia partilhar dessa posição, limitando-se a afirmar, de modo lapidar, que os regulamentos relativos às medidas *antidumping* são actos normativos que implicam opções de política económica (acórdão de 18 de Setembro de 1995, Nölle/Conselho e Comissão, T-167/94, Colect., p. II-2589, n.os 44 a 52).

norma de que se trata deveria, de qualquer forma, ser considerada susceptível de fazer surgir a responsabilidade da Comunidade [70].

66. Em resumo, se em virtude da jurisprudência Francovich e o. se deve considerar indemnizável o prejuízo resultante de uma norma da legislação nacional incompatível com uma norma comunitária, não é fácil compreender por que razão o prejuízo derivado de um acto da Comunidade *incompatível com a mesma norma comunitária* deveria ser indemnizável apenas quando se verifiquem as condições restritivas estabelecidas (até hoje) pelo Tribunal [71]. Além disso, uma comunidade de direito, que tende a dedicar uma cada vez maior atenção e sensibilidade à tutela dos particulares, também sob o ponto de vista da indemnização, deveria dedicar pelo menos igual atenção, como foi sublinhado por várias das partes, também aos casos em que os danos sofridos pelos cidadãos derivam de um ilícito imputável às próprias instituições comunitárias [72].

Nessa perspectiva, nem sequer me parece que possa fundadamente sustentar-se que a transposição, para a acção aquiliana do direito nacional, das condições inerentes à acção nos termos do artigo 215.°, poderia marcar um retrocesso relativamente à situação existente nalguns ordenamentos jurídicos. Do ponto de vista das exigências de tutela dos direitos reconhecidos aos particulares pelo ordenamento jurídico comunitário, não é, de facto, admissível que a tutela jurisdicional invocável em sede comunitária seja inspirada por critérios mais restritivos e definitivamente menos liberais do que os que prevalecem pelo menos nalguns Estados-Membros [73].

67. Tudo quanto precede induz-me a considerar que não há motivo para uma aplicação de critérios diferentes, naturalmente, na presença de situações comparáveis, consoante a violação do direito comunitário de que se trate seja imputável a um Estado ou a uma instituição comunitária. Pelo contrário, situações diversas podem e devem levar a conclusões diversas quanto aos critérios utilizados para determinar a ocorrência dos pressupostos da responsabilidade, quer se refira aos Estados-Membros ou às instituições comunitárias.

Em particular, e numa primeira aproximação, considero absolutamente razoável que a responsabilidade dos Estados esteja sujeita às mesmas condições restritivas aplicáveis às instituições comunitárias, sempre que esses

70 — Neste sentido, v. também as conclusões do advogado-geral M. Darmon relativas ao processo Cato/Comissão (C-55/90, Colect. 1992, pp. I-2533, I-2561).

71 — É este o problema invocado também no caso Bourgoin, na fase que decorreu perante a Court of Appeal, Civil Division, 29 de Julho de 1985 (*Common Market Law Report* 1986, p. 267), referido por Simon-Barav — «La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire», in *RMC*, 1987, p. 165, em especial, pp. 170 e segs.; Oliver — «Enforcing Community Rights in the English Courts», in *The Modern Law Review*, 1987, p. 881, em especial, pp. 899 e segs.

72 — Nesse sentido, v., por exemplo, Cartabia — «Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni», in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, pp. 505 e segs.

73 — V., em apoio deste argumento, os trabalhos do congresso FIDE 1992: FIDE, «La sanction des infractions au droit communautaire», volume II, Lisboa, 1992.

Estados disponham de uma margem de discricionaridade ou não sejam evidentes os limites impostos pelas normas comunitárias à sua acção (também) em sectores abrangidos pela respectiva competência; e isto, que fique bem claro, independentemente da circunstância de a norma «violada» ter ou não efeito directo.

Já a responsabilidade dos Estados-Membros deveria ser mais facilmente admitida, tal como a das instituições comunitárias, sempre que a violação não esteja ligada ao exercício de um poder discricionário.

68. Finalmente, seria necessário chegar a um regime de responsabilidade diferenciado consoante as instituições comunitárias (e as autoridades nacionais) disponham ou não de um amplo poder discricionário. É este, a meu ver, o modo mais correcto e coerente de chegar a uma indispensável harmonização dos pressupostos da responsabilidade, na medida em que seria pelo menos singular afirmar, relativamente a factos equivalentes, a responsabilidade dos Estados pela violação do direito comunitário em condições diferentes, menos rigorosas, do que as que o próprio Tribunal reconhece para a responsabilidade das instituições comunitárias.

Numa comunidade de direito, em que se pretende que os actos e comportamentos de todos os protagonistas do sistema, e sem privilégio para nenhum, sejam sujeitos ao controlo jurisdicional, a exigência de uma tutela eficaz dos direitos de que os particulares gozam por força do direito comunitário não pode variar, em igualdade de circunstâncias, consoante na origem do dano esteja um Estado-Membro ou a Comunidade.

69. A análise que segue tomará portanto em consideração, como ponto de referência para a determinação da obrigação de indemnização dos Estados-Membros, também as condições especificadas pelo Tribunal na jurisprudência relativa ao artigo 215.° Isso não implica, naturalmente, uma transposição «cega» dessas condições (restritivas) para o sector que aqui interessa. Com efeito, não nego que, na aplicação do direito comunitário, os Estados-Membros gozam, na maior parte dos casos, de uma discricionaridade muito limitada, de modo que as condições em questão, relativamente a essas hipóteses, são susceptíveis de implicar mais facilmente a respectiva responsabilidade. Ao mesmo tempo, considero que não pode excluir-se que a eventual ausência de precisão da obrigação que incumbe ao Estado possa ser tal que requeira, não obstante o mesmo não gozar — no sector em questão — de significativa margem de discricionaridade, a aplicação dos mesmos critérios restritivos.

3. Os critérios «comunitários» relativos às condições gerais da responsabilidade

70. Feitas estas observações prévias, passo à análise apenas dos pressupostos materiais da

responsabilidade, a começar pelo facto gerador do dano, isto é, na medida em que aqui nos interessa, a violação da norma comunitária dotada de efeito directo.

a) O facto gerador do dano: a violação de normas *comunitárias*

71. A definição precisa dos limites de responsabilidade está, em primeiro lugar, e essencialmente, ligada à definição do comportamento ilegal. Ora, é pacífico que o comportamento causador do dano, neste caso, o acto normativo, deve ser contrário às normas do ordenamento jurídico. Para que essa infracção ao direito seja de natureza a gerar a responsabilidade e, dessa forma, a indemnização, cada um dos Estados utiliza todavia noções diversas [74], de significado nem sempre exactamente correspondente e cuja concreta aplicação é, por isso, susceptível de levar a soluções diversas a propósito da violação de uma mesma norma. Isto confirma, se ainda fosse necessário, que, em especial no que respeita ao facto causador do dano, há que estabelecer os critérios que permitam chegar a uma definição comum.

Quanto à actividade normativa da administração pública, uma primeira tentativa nesse sentido foi feita no seio do Conselho da Europa, através de uma recomendação cuja base I afirma: «Deve ser garantida a reparação dos danos causados por um acto devido à inobservância pelas autoridades públicas da conduta que, segundo a lei, pode razoavelmente esperar-se da sua parte relativamente à pessoa lesada. Presume-se a existência de incumprimento no caso de violação de uma norma jurídica estabelecida» [75]. A mera ilegalidade do acto não é, portanto, suficiente, com base nessa recomendação, para implicar a responsabilidade do Estado: é ainda necessário, excepto nos casos em que a norma que se presume violada é clara, que a conduta imputada às autoridades públicas não seja «razoável».

72. Quanto à jurisprudência do Tribunal em matéria de responsabilidade extracontratual, este Tribunal tem afirmado constantemente que, se o dano invocado resulta de um acto normativo que implica opções de política económica, a ilegalidade do acto em questão não basta para fazer surgir a responsabilidade da Comunidade. No caso de actos desse tipo [76], com efeito, a responsabilidade da Comunidade não pode surgir se não tiver sido cometida uma *violação suficientemente caracterizada de uma regra superior de direito que protege os particulares* [77].

74 — Para nos limitarmos a poucos ordenamentos jurídicos, basta pensar no *illecito* do direito italiano, na *faute* do direito francês, na *Verschulden* do direito alemão, na *breach of duty of care* ou, ainda, na *misfeasance in public office* do direito inglês.

75 — Recomendação R (84) 15 de 18 de Setembro de 1984 (*Ndt:* tradução não oficial).

76 — Mas, como já se disse, na base da jurisprudência em questão tudo se passa como se todos os actos normativos comunitários implicassem escolhas de política económica.

77 — V., em especial, os acórdãos HNL/Conselho e Comissão (já referido na nota 66, n.º 4), e de 19 de Maio de 1992, Mulder e o./Conselho e Comissão (C-104/89 e C-37/90, Colect., p. I-3061, n.º 12).

Se é, portanto, verdade que a ilegalidade do acto causador do dano é, no mínimo, necessária para se verificar responsabilidade extracontratual, logo se chega à conclusão de que tal responsabilidade, por danos causados por actos que implicam uma opção de política económica, depende das outras duas condições: que a norma violada seja «uma norma superior de direito que protege os particulares» e que a violação seja «grave» («suffisamment caracterisée», «hinreichend qualifiziert», «sufficiently serious breach»).

— Carácter manifesto e grave da violação

74. Ainda que com as devidas cautelas e as distinções que se impõem relativamente às hipóteses de responsabilidade da Comunidade, é necessário, por conseguinte, averiguar se, também para efeitos da responsabilidade dos Estados-Membros, a violação de que se trata deve ser manifesta e grave e, naturalmente, como deve entender-se o carácter manifesto e grave da violação.

73. Feita esta observação, recordo que todos os Estados-Membros que apresentaram observações no presente processo excluíram que haja uma coincidência perfeita entre os fundamentos de ilegalidade do acto e os pressupostos da responsabilidade, afirmando que nem todas as violações do direito comunitário podem ser de tal natureza que impliquem a responsabilidade do Estado e, portanto, a obrigação de indemnizar o particular.

Tal como já foi observado, na jurisprudência em questão, esse critério é definido no sentido de que, «no contexto de normas comunitárias, caracterizado pelo exercício de um largo poder discricionário indispensável à aplicação da política agrícola comum, a responsabilidade da Comunidade apenas poderia existir excepcionalmente, nos casos em que a instituição em causa tivesse ignorado, de modo manifesto e grave, os limites que se impõem ao exercício dos seus poderes» [78], sempre que, naturalmente, a violação de que se trata respeite a uma norma superior destinada a tutelar interesses de particulares.

Para efeitos de afirmação de obrigação indemnizatória do Estado inadimplente, foi dada especial relevância, por um lado, aos mesmos critérios elaborados pela jurisprudência relativamente ao artigo 215.°, portanto, essencialmente, à noção de violação grave e manifesta, e, por outro lado, à culpa como elemento necessário para «caracterizar» (como grave) a violação da norma, ou, em todo o caso, como elemento indispensável e conatural da responsabilidade.

75. Este último requisito parece ser, tanto quanto aqui nos interessa, o menos controverso. De facto, é evidente que, para que os

78 — Acórdão Grands Moulins de Paris/Conselho e Comissão (já referido na nota 64, n.° 8). V., além disso, entre outros, o acórdão de 18 de Abril de 1991, Assurances du crédit/Conselho e Comissão (C-63/89, Colect., p. I-1799, n.° 12); e também, por último, o acórdão de 14 de Setembro de 1995, Lefebvre e o./Comissão (T-571/93, Colect., p. II-2379, n.° 32).

particulares possam gozar de um direito a indemnização, a norma violada deve ser de natureza a conferir-lhes uma posição jurídica subjectiva. Neste sentido, por outro lado, são interpretadas as primeiras duas condições enunciadas pelo Tribunal no acórdão Francovich e o., cuja existência, como já se esclareceu, também é necessária e está presente nos casos de normas dotadas de efeito directo.

Relativamente às normas do Tratado dotadas de efeito directo, que é, por conseguinte, a hipótese que nos ocupa, é, na minha opinião, oportuna uma outra precisão. Em particular, deve esclarecer-se que a circunstância de essas normas serem por vezes ou frequentemente destinadas a tutelar também outros interesses, por exemplo gerais, não pode ser considerada em si mesma como tendo por efeito excluir que se trate de normas destinadas à protecção dos particulares.

76. Em seguida, quanto à circunstância de a norma violada dever ser uma norma *superior*, basta apenas observar que a ilegalidade de um acto normativo implica — por definição — a sua oposição a uma norma hierarquicamente superior. É verdade que essa expressão é utilizada na jurisprudência relativa ao artigo 215.° não já para sancionar qualquer violação dos limites impostos pelas normas superiores, ainda que destinadas à tutela dos particulares, mas exclusivamente a violação dos princípios gerais do ordenamento jurídico e, por conseguinte, finalmente, para qualificar já como grave a violação em questão.

A esse respeito, afirmo desde já que não considero oportuno sugerir a mesma solução também no que respeita à responsabilidade dos Estados pela violação do direito comunitário. Na realidade, se é verdade que a obrigação de indemnização a cargo dos Estados-Membros é imposta a fim de garantir aos particulares uma tutela efectiva dos direitos que lhes são conferidos por força das normas comunitárias, daí resulta que não é fácil a procura dos fundamentos que legitimam a respectiva limitação às violações de uma categoria particular de normas, ainda que fundamentais para o sistema comunitário.

77. Na realidade, se nos colocarmos do ponto de vista do sujeito lesado, é desde logo evidente que qualquer violação de uma norma comunitária que lhe atribua uma posição jurídica subjectiva deve poder originar indemnização. A violação da norma de um regulamento não pode, por conseguinte, implicar para o particular consequências diferentes das que derivam da violação de uma norma do Tratado; por isso, ainda me parece menos oportuno fazer distinções entre as próprias normas do Tratado, estabelecendo, por exemplo, que só a violação de algumas delas, as fundamentais, e não de outras, é susceptível de implicar a responsabilidade do Estado-Membro em questão [79].

79 — Restaria, com efeito, especificar quais são as normas que merecem, tendo em atenção o seu alcance e a fim de garantir a respectiva eficácia, também uma tutela indemnizatória: o princípio da não discriminação com base na residência, indubitavelmente fundamental para efeitos de assegurar uma efectiva liberdade de prestação de serviços, é tanto ou menos fundamental do que a proibição de discriminação com base na nacionalidade?

Finalmente, na minha opinião, é suficiente, do ponto de vista até aqui analisado, que a norma violada atribua um direito a um particular, cujo conteúdo seja identificável e preciso. Acrescenta-se apenas que o mesmo deveria ser válido relativamente à responsabilidade das instituições comunitárias.

78. Isto esclarecido, é necessário agora precisar a noção, relevante neste caso, de violação grave e manifesta.

Parece-me que, a fim de identificar os limites impostos à possibilidade de traduzir a ilegalidade em responsabilidade, o elemento da discricionaridade pode e deve ser o elemento decisivo, qualquer que seja a hierarquia da norma violada (Tratado ou direito derivado, de qualquer modo, prevalecente sobre o direito nacional) e do acto que a viola (legislativo ou executivo). A maior ou menor discricionaridade de que goza o Estado coincide, por outro lado, pelo menos na maior parte dos casos, com a maior ou menor clareza e precisão da obrigação que lhe incumbe. Na verdade, é perfeitamente possível imaginar obrigações não totalmente claras, ou antes de contornos imprecisos, também nos casos em que a discricionaridade conferida aos Estados seja pouco ou nada relevante. A consequência é que, relativamente a essas hipóteses, os limites colocados à acção dos Estados são, *por isso mesmo,* mal definidos, ou seja, de um ponto de vista material, a situação não é muito diferente daquela em que os Estados gozam de margens significativas de discricionaridade.

79. Isto significa que o Estado pode incorrer, mesmo nas hipóteses de normas dotadas de efeito directo, em violações que, apenas por esse facto, não podem ser qualificadas como *manifestas e graves.* Vou dar um exemplo relativo a duas normas do Tratado dotadas de efeito directo. A proibição de discriminações com base na nacionalidade (artigo 6.°) identifica de modo preciso e pontual o direito do particular, que é muito simplesmente e sem possibilidade de alternativa o direito de não ser discriminado. Não pode dizer-se outro tanto da norma que impõe a proibição de restrições quantitativas e medidas de efeito equivalente (artigo 30.°), tendo em conta a variedade de casos concretos que se podem pôr como hipótese nessa matéria. Neste último caso, de facto, o direito do particular, em si mesmo também muito claro, de não ser impedido na sua actividade por medidas proibidas pela norma em questão, pode encontrar um limite na disposição do artigo 36.° do Tratado ou ainda, no caso de medidas indistintamente aplicáveis, na exigência imperativa invocada pelo Estado com vista ao prosseguimento de um objectivo considerado digno de tutela pelo próprio direito comunitário. A consequência disso é que a medida estatal de que se trata, em princípio incompatível com o direito comunitário, pode perfeitamente ser subtraída ao âmbito de aplicação do artigo 30.° ou ser abrangida pelas derrogações permitidas pelo artigo 36.° Para esse fim, basta observá-lo, poderá tornar-se necessária a prévia apreciação do órgão jurisdicional nacional e/ou do órgão jurisdicional comunitário.

Acresce que, vale a pena afirmá-lo, para os efeitos aqui relevantes, não é em si mesma decisiva a circunstância de, num determinado sector, os Estados disporem ou não de um amplo poder discricionário, mas — e antes

— a amplitude da margem de discricionaridade de que esses Estados gozam relativamente à norma individual que atribui um direito ao particular [80]. E é precisamente nesse sentido que a discricionaridade acaba por corresponder à maior ou menor precisão da obrigação que a norma impõe aos mesmos Estados.

Em resumo, em todos aqueles sectores e relativamente a todas aquelas normas que não deixam aos Estados-Membros significativas margens de discricionaridade, no sentido anteriormente esclarecido, a responsabilidade e a obrigação de indemnização devem ser reconhecidas pelo simples facto da violação de uma norma comunitária que atribua ao particular um direito preciso e determinável no seu objecto, sem que possam ter importância quaisquer elementos adicionais.

80. Posto o problema nestes termos, deve reconhecer-se que a responsabilidade do Estado existe, em princípio, sempre que o mesmo esteja vinculado, com base no direito comunitário, a uma obrigação *precisa* de resultado. E é precisamente este o caso, já declarado pelo Tribunal no acórdão Francovich e o., que ocorre nas hipóteses da falta de transposição de directivas no prazo prescrito para o efeito, sempre que se encontrem preenchidas, naturalmente, as restantes condições enunciadas pelo Tribunal. Mas é também este o caso de todas as normas, mesmo as do Tratado, que se limitam a impor aos Estados-Membros obrigações precisas e bem individualizadas de não fazer (basta pensar na proibição de instituir novos direitos aduaneiros, tal como afirmada pelo artigo 12.° do Tratado e, mais em geral, em todas as cláusulas de *standstill*) e das quais, ao mesmo tempo, deriva um direito para o particular.

81. Quando, pelo contrário, os Estados-Membros gozem de um poder discricionário mais ou menos amplo, ou as obrigações comunitárias que lhes são impostas não sejam clara e precisamente definidas, a mesma solução apenas se impõe quando se verifique um desconhecimento manifesto e grave dos limites colocados à sua acção. Isto verificar-se-á, com toda a evidência, sempre que a norma que se considera violada seja uma norma clara, também no sentido esclarecido pela jurisprudência Cilfit [81], ou porque já foi interpretada pelo Tribunal relativamente a situações de facto idênticas ou de alguma forma análogas [82], quer mediante um pedido prejudicial quer em acórdão proferido nos termos do artigo 169.° do Tratado.

Relativamente a este último aspecto, há apenas que observar que, contrariamente ao que foi sustentado por alguns Estados-Membros

80 — Observo, como exemplo, retomando o que já foi dito no texto, que, embora o artigo 30.° do Tratado não esteja, na verdade, ligado ao exercício do amplo poder discricionário por parte dos Estados-Membros, deve, apesar disso, reconhecer-se que os limites impostos por esse artigo à acção dos mesmos Estados nem sempre se revelam claros e precisos, como por outro lado bem demonstra a evolução da jurisprudência nesta matéria. Pelo contrário, a discricionaridade deixada aos Estados-Membros, por exemplo, nos termos do artigo 129.°-A do Tratado (protecção dos consumidores), não poderia ser de qualquer modo considerada de forma a conduzir à aplicação de condições de responsabilidade mais restritivas, quando, por exemplo, uma norma nacional excluísse os cidadãos de outros Estados-Membros do benefício das normas nacionais dessa matéria.

81 — Acórdão de 6 de Outubro de 1982 (283/81, Recueil, p. 3415, n.os 16 e 17).

82 — V., para uma observação semelhante, mas a respeito de uma obrigação de reenvio na acepção do artigo 177.°, terceiro parágrafo, do Tratado, o acórdão de 27 de Março de 1963, Da Costa en Schaake (28/62 a 30/62, Colect. 1962-1964, p. 233).

no decurso do presente processo, não há qualquer motivo para condicionar a acção de responsabilidade a uma prévia declaração de incumprimento. A esse respeito, é necessário, na realidade, considerar a discricionaridade de que goza a Comissão para decidir se utiliza ou não a acção de incumprimento, com a consequência de que ficariam reduzidas, sem qualquer controlo, as possibilidades de o particular obter indemnização. Por outro lado, como já foi declarado pelo próprio Tribunal, «os direitos dos particulares não derivam do acórdão (que declara o incumprimento), mas das próprias normas do direito comunitário que produzem efeitos directos na ordem jurídica interna» [83].

82. Pelo contrário, quando os Estados-Membros gozam de uma ampla margem de discricionaridade e/ou quando se trata de um quadro jurídico pouco claro, ainda não analisado pela jurisprudência, nem sequer a respeito de situações de facto análogas, a apreciação não poderá deixar de ser diferente. Logo, em abstracto, deve, de facto, reconhecer-se que, em tais hipóteses, dificilmente se poderá encontrar uma violação manifesta e grave dos limites impostos à acção dos Estados-Membros, e ainda menos na medida em que essa violação seja identificada, como na jurisprudência relativa ao artigo o 215.°, com um comportamento *quase arbitrário* [84].

Em tais hipóteses, por conseguinte, o particular continua a dispor da possibilidade de invocar a tutela material da posição jurídica que eventualmente lhe é conferida pela norma em questão. Naturalmente, no caso de um Estado-Membro não eliminar em tempo razoavelmente rápido a violação, entretanto confirmada, o sujeito lesado pode perfeitamente propor uma acção para efectivação da responsabilidade.

83. Dito isto, não pode certamente excluir-se que a interpretação das normas comunitárias em questão, tal como é feita pelas autoridades nacionais na sua actividade (ou inactividade) normativa, possa revelar-se *manifestamente errada,* na medida em que integre um comportamento quase arbitrário, com a consequência de que deveria admitir-se — também nessas hipóteses — a obrigação de indemnização pelo Estado-Membro inadimplente.

Relativamente às hipóteses de transposição dentro dos prazos legais, mas de forma não correcta, de uma norma de uma directiva, observa-se, nessa perspectiva, que a responsabilidade do Estado só existe quando a respectiva transposição, pelo Estado-Membro de que se trata, seja manifestamente errada [85].

83 — Acórdão de 14 de Dezembro de 1982, Waterkeyn e o. (314/81 a 316/81 e 83/82, Recueil, p. 4337, n.° 16).

84 — V., quanto à afirmação dessa noção, o acórdão de 5 de Dezembro de 1979, Amylum/Conselho e Comissão (116/77 e 124/77, Recueil, p. 3497, n.° 19), no qual o Tribunal observou que, nesse caso, «não se tratava de erros de tal gravidade que pudessem levar a afirmar que... o comportamento das instituições... está, enquanto tal, nos limites do arbítrio e pode, por conseguinte, fazer nascer a responsabilidade extracontratual da Comunidade». No mesmo sentido, v., por último, o acórdão Nölle/Conselho e Comissão (já referido na nota 69).

85 — Para uma análise mais precisa neste aspecto, v. as conclusões relativas ao processo British Telecommunications, também apresentadas hoje (C-392/93, Colect. 1996, p. I-1631, I-1634, em particular, n.os 33 a 35).

84. Em definitivo, considero que, para os efeitos que nos interessam, pode falar-se de *violação manifesta e grave* quando:

a) não sejam cumpridas obrigações de conteúdo claro e preciso em todos os seus elementos;

b) a jurisprudência do Tribunal já tenha esclarecido suficientemente, através de interpretação por via prejudicial ou mediante acórdão proferido nos termos do artigo 169.° do Tratado, situações jurídicas duvidosas e idênticas ou de algum modo análogas às suscitadas no caso em questão;

c) a interpretação das normas comunitárias de que se trata, tal como feita pela autoridade nacional na actividade (ou inactividade) normativa, seja manifestamente errada.

— A culpa: um elemento indispensável?

85. Resta agora averiguar se a culpa é um elemento indispensável para fundamentar a responsabilidade dos Estados-Membros. A esse respeito, é oportuno antes de mais esclarecer que, por culpa, se entende neste caso um elemento subjectivo, se se preferir, psíquico ou psicológico, que caracteriza — precisamente no sentido doloso ou negligente ou, em todo o caso, no sentido que tradicionalmente se atribui ao termo culpa — a conduta do sujeito a quem é imputada a violação e a responsabilidade conexa. Nesta óptica, a culpa é, portanto, um elemento que *acresce* à violação da norma, *agindo* como componente subjectiva do facto típico, qualificando a conduta que conduz à violação mas não directamente a violação em si mesma ou o acto normativo que produz o dano.

A averiguação da culpa em sentido subjectivo — e, por maioria de razão, do dolo — relativamente à actividade normativa põe, na verdade, não poucas dificuldades, desde logo, a nível conceitual, de tal forma que o elemento da culpa como condição da responsabilidade do Estado foi desde sempre objecto de aprofundada reflexão e apreciações contraditórias. Em particular, não deixou de se evidenciar a dificuldade de individualizar um comportamento culposo das autoridades públicas com base nos mesmos critérios elaborados para o direito privado, em concreto, porque os mecanismos a que se recorreu para explicar a acção das pessoas jurídicas, atribuindo-lhes a mesma actuação das pessoas físicas, se revelou, sob esse ponto de vista, totalmente inútil ou de algum modo insuficiente. Na verdade, já em abstracto, parece problemático individualizar um comportamento culposo na acção normativa do legislador, ou colocar seriamente a hipótese da possibilidade de a violação ser consciente. Não se pode deixar de presumir, pelo contrário, que o legislador prossegue sempre e de qualquer forma um interesse geral.

86. Não obstante o exposto, deve reconhecer-se que a maior parte das ordens jurídicas nacionais fazem ainda hoje referência à culpa como fundamento de responsabilidade [86], mesmo quando é essencialmente identificada com... a ilegalidade do acto. E penso, em particular, no sistema francês, no qual vigora o princípio segundo o qual «toute illégalité constitue par elle-même une faute» [87] (qualquer ilegalidade constitui, em si mesma, uma falta), e também na orientação da Corte di cassazione italiana, segundo a qual «per quanto concerne gli atti illegittimi, la colpa è, di per sè, ravvisabile nella violazione delle norme operata con l'emissione dell'atto, e con la sua esecuzione» (no que se refere aos actos ilegais, a culpa é, por si mesma, reconhecível na violação da norma em que se incorreu através da prática do acto e da sua execução) [88].

Noutros termos, a culpa, pelo menos presumida, sempre que se pratica um acto normativo ilegal, quer em atenção ao carácter indubitavelmente voluntário do acto emanado das autoridades públicas, quer em atenção à violação dos princípios da legalidade a cuja observância as mesmas autoridades estão vinculadas, acabou por perder qualquer conotação subjectiva [89].

87. A averiguação da existência da culpa, noutros termos, deslocou-se da do homem para a da «organização», com a consequência de que mesmo quando não coincida com a ilegalidade do acto *tout court*, acaba por estar ligada ao conteúdo da norma violada, no sentido de que se atribuiu relevância às regras de conduta a cujo respeito a administração está vinculada no desenvolvimento das suas competências institucionais. Em particular, pode salientar-se o facto de a acção da administração estar vinculada aos limites da legalidade que lhe são impostos.

Se é verdade, por conseguinte, que a responsabilidade está ainda hoje fundada, na maior parte das ordens jurídicas nacionais, na culpa, também é verdade que a existência desta última se verifica, salvo algumas excepções [90], através de critérios objecti-

86 — Uma excepção a este respeito é seguramente constituída pela ordem jurídica espanhola, na qual a responsabilidade por actos normativos é objectiva (v. artigos 9.°, n.° 3, e 106.°, n.° 2, da Constituição; e também o artigo 139.°, n.° 1, da lei de 26 de Dezembro de 1992 relativa ao regime jurídico da administração pública e do processo administrativo).

87 — A este respeito, v., entre outros, Paillet — «La faute du service publique en droit administratif français», 1980, p. 176.

88 — Cassazione civile, Sezioni unite, acórdão n.° 5361, de 2 de Outubro de 1984 (in Giustizia civile, 1985, p. 1419), no qual se afirma, além disso, que «não se vê... como a execução voluntária de um acto administrativo ilegal por violação da lei e que tenha incidido sobre um direito subjectivo possa deixar de integrar, em si mesma, os limites da culpa, mesmo que ligeira, quando referida directamente a uma estrutura pública, organizada e qualificada para agir, na sua actividade vinculada, segundo o direito». Merece, também, ser recordado o acórdão n.° 5883, de 24 de Maio de 1991 (in Resp. civ. prev., 1992, pp. 247 e segs.), no qual a mesma Corte di cassazione afirmou que a prova da culpa da administração pública pode consistir «seja na violação das regras de diligência comuns, que dá lugar a uma actividade administrativa negligente ou imprudente, seja na violação de leis e regulamentos a cuja observância a mesma administração pública está vinculada, devendo observar os princípios da legalidade, da imparcialidade e do bom funcionamento previstos no artigo 97.° da Constituição».

89 — É também este o caso no que respeita à Bélgica, ao Luxemburgo, à Grécia, a Portugal e à Dinamarca.

90 — No sistema inglês, a responsabilidade da administração pela actividade normativa parece, na realidade, estar ainda hoje (e firmemente) fundamentada na culpa como componente subjectiva do comportamento. É assim que o erro de interpretação do ministro acerca do âmbito das competências que lhe são conferidas não é em si mesmo qualificável como culposo (v., por exemplo, Rowling v Takaro Properties Ltd, 1988, 2 WLR, pp. 433 e segs.); da mesma forma, a culpa, e com ela a responsabilidade, é excluída quando a autoridade de que se trata tenha pedido parecer jurídico sobre a matéria na qual foi chamada a intervir (v., nesse sentido, Dunlop v Woollahra Municipal Council, 1988, 2 WLR, p. 418). Atenta, por conseguinte, a impossibilidade de reparação das perdas meramente económicas (*pure economic loss*) no âmbito do *tort of negligence*, daí resulta que constitui um ilícito susceptível de gerar responsabilidade apenas, ou quase exclusivamente, a adopção ilegal de medidas caracterizadas pelo dolo, próprio da *misfeasance in public office*.

vos [91]. Em resumo, nos próprios Estados-Membros, a responsabilidade a título de culpa acaba por ser admitida apenas em virtude de uma série de artifícios; em qualquer caso, a culpa mostra-se cada vez mais objectivizada, isto é, cada vez menos ou absolutamente nada relacionada, de facto, com uma componente subjectiva.

88. Considero que essa solução, que prevalece nas ordens jurídicas nacionais e foi adoptada pelo próprio Tribunal em relação à responsabilidade extracontratual das instituições comunitárias [92], leva a configurar a responsabilidade dos Estados-Membros pela violação do direito comunitário como responsabilidade objectiva, independente da culpa.

Por outro lado, mesmo que se pretenda fundamentar tal responsabilidade na culpa, parece-me, pelo menos numa primeira aproximação, que a mesma não pode, na medida em que aqui é relevante, deixar de se relacionar com a norma que se considera violada ou perfeitamente identificada com o seu conteúdo.

89. Na minha opinião, é evidente, com efeito, que, se a norma *agendi* é uma norma de resultado, não existe qualquer margem para condicionar a emergência de uma situação de responsabilidade à existência de uma conotação subjectiva da conduta do Estado qualificável como culpa na acepção anteriormente precisada. A violação, em resumo, o ilícito, verifica-se no momento em que o Estado não conseguiu realizar o resultado pretendido pela norma. A responsabilidade do Estado existe, objectiva, sem culpa ou como se queira denominar.

Pelo contrário, se a norma *agendi* é uma norma de comportamento, no sentido de que prescreve essencialmente uma obrigação de diligência (um *duty of care*, para se entender bem), a culpa será um elemento essencial da situação de facto típica. Nesse caso, todavia, a culpa deixa de ser um elemento subjectivo caracterizante da conduta do Estado que determinou a violação, e com ela o dano injusto, mas precisamente o objecto da violação. De facto, a violação da obrigação de diligência consiste exactamente numa conduta negligente, por conseguinte, numa conduta culposa, com a consequência de que a culpa é o objecto do ilícito, e já não uma componente subjectiva da conduta.

90. Finalmente, para se configurar uma situação de responsabilidade do Estado-Membro que tenha violado as obrigações comunitárias que lhe incumbem, considero que não assume qualquer relevância uma averiguação destinada a determinar a existência da culpa como componente subjectiva do comportamento ilegal.

91 — Essa evolução pode verificar-se também nos Países Baixos e na Alemanha, onde a culpa é identificada com um comportamento não conforme com os deveres normais de diligência. A esse respeito, a mesma doutrina alemã fala a partir de agora de «Objektivierung des Verschuldens» (v., nesse sentido, Ossenbühl — «Staatshaftungsrecht», 4.ª edição, Munique, 1991, p. 61).

92 — Após algumas hesitações iniciais, também na jurisprudência do Tribunal, de facto, a culpa apenas reveste relevância como sinónimo de comportamento ilegal.

Reafirmo, por conseguinte, a convicção anteriormente manifestada, segundo a qual o comportamento do Estado na violação do direito comunitário deve ser apreciado, para efeitos da obrigação de indemnizar, em função de elementos objectivos.

b) A existência do dano

91. O dano deve ser efectivo, por conseguinte, certo e actual. São estes, por outro lado, os requisitos geralmente exigidos também nas ordens jurídicas dos Estados-Membros e cuja existência, em concreto, competirá aos órgãos jurisdicionais nacionais verificar.

92. Considero todavia oportuno, ainda que brevemente, debruçarmo-nos sobre algumas condições inerentes à natureza do dano, que também foram invocadas, ou de alguma forma evocadas, no decurso do presente processo, em particular, pelo Governo francês, como critério para limitar a área de responsabilidade dos Estados-Membros na sequência de violações do direito comunitário. E refiro-me, em particular, à gravidade do dano, no sentido de que deve tratar-se de um dano considerável, bem como à especificidade do mesmo, no sentido de que deve dizer respeito a um número limitado de pessoas.

Na minha opinião, deve excluir-se desde já, tanto quanto aqui nos interessa, a relevância das indicadas condições, que todavia se encontram frequentemente aplicadas na jurisprudência do Tribunal em matéria de responsabilidade extracontratual [93].

93. Com efeito, se é verdade que em alguns direitos internos se encontram casos nos quais o direito a reparação depende também da gravidade do dano, da sua natureza anormalmente grave, bem como da especificidade do mesmo relativamente aos sujeitos lesados, também é verdade que essa orientação se refere, deve sublinhar-se, a indemnizações por prejuízos resultantes de actos lícitos [94]. Os termos do problema não são, por conseguinte, e nem podiam ser, os mesmo que relevam no caso em análise.

Na realidade, seria exagerado exigir aos particulares prejudicados por actos ilegítimos que o dano por eles sofrido tenha natureza anormal e especial, o que teria por efeito deixar a seu cargo não apenas as consequências de pequena importância mas também aquelas que são comuns a uma categoria de sujeitos não propriamente limitada. Em resumo, con-

93 — Nesse sentido, v., em particular, o acórdão HNL/Conselho e Comissão (já referido na nota 66, n.º 7); acórdão de 4 de Outubro de 1979, Dumortier Frères e o./Conselho (64/76 e 113/76, 167/78 e 239/78, 27/79, 28/79 e 45/79, Recueil, p. 3091, n.º 11); bem como o acórdão de 6 de Dezembro de 1984, Biovilac/CEE (59/83, Recueil, p. 4057, n.ºs 27 a 30).

94 — V., por exemplo, Conseil d'État francês, acórdão de 14 de Janeiro de 1938, Société des produits laitiers «La Fleurette», *Recueil Lebon*, 1938, pp. 25 e segs. Nesta mesma lógica, se enquadra também a teoria alemã do «*Sonderopfer*», nascida em matéria de expropriação e, por conseguinte, referida sempre em relação à lesão patrimonial resultante de actos lícitos, adoptados no interesse geral.

sidero que a ideia de uma isenção de responsabilidade para danos de menor importância é, no caso que nos ocupa, uma má solução.

94. A esse propósito, observo, antes de mais, que no sentido contrário à aceitação do critério da gravidade da lesão patrimonial está o facto de que uma medida ilícita que integre uma violação manifesta e grave, contrária a uma norma do sistema e aos direitos subjectivos que são garantidos por ela, deve dar lugar a reparação para restabelecer o equilíbrio alterado pelo acto ilícito; e isto independentemente da importância do prejuízo. Por outro lado, se emerge das ordens jurídicas dos Estados-Membros uma orientação comum quanto à responsabilidade pelos actos ilícitos da administração pública, essa orientação é, com efeito, no sentido de não fazer depender a indemnização da importância do dano.

A isto acresce que a responsabilidade dos Estados não parece poder ser limitada aos casos que digam respeito a sujeitos ou grupos de sujeitos especificamente determinados, e, pelo contrário, excluída nos casos em que o acto normativo diz respeito a uma ampla categoria de sujeitos. Com efeito, se é verdade que poderia, com razão, sustentar-se que exigências de interesse público levam a excluir a reparação de danos respeitantes a categorias amplas de sujeitos, também a fim de evitar pesados encargos financeiros, é por outro lado verdade que uma tal construção assenta numa mera razão de oportunidade. Na realidade, faltaria averiguar, atendendo a que a responsabilidade está subordinada à violação grave e manifesta de uma norma superior pela qual são criados direitos subjectivos, com base em que motivações o titular do direito a indemnização teria reparação em função do número dos outros titulares do mesmo direito violado [95].

95. Em resumo, não me parece que se possa abstrair da circunstância de a responsabilidade por actos ilegais e a indemnização por actos legítimos serem duas figuras profundamente diferentes. E certamente não deixa de ter significado que a condição da gravidade e da especialidade do prejuízo se tenha colocado, na jurisprudência francesa, apenas no que se refere à reparação do dano resultante de actos normativos lícitos.

Aliás, o próprio Conseil d'État francês, ao mesmo tempo que considerou, no acórdão Alivar, a responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário como *responsabilité sans faute*, atendendo a que as medidas nacionais eram justificadas pelo interesse geral, considerou provada a anor-

95 — Nesse sentido, v. as conclusões do advogado-geral F. Capotorti no processo HNL/Conselho e Comissão, já referido (Recueil 1978, p. 1227 e segs., em particular, p. 1234 e segs.).

malidade e a especialidade do dano [96]; e tanto assim que se falou a esse respeito de *responsabilité sans faute*, expurgada da necessidade de que o prejuízo revista um carácter anormal e específico [97].

96. Finalmente, considero por de mais evidente que as condições inerentes à natureza do dano, que possam conduzir à negação absoluta do próprio direito a indemnização, não têm qualquer fundamento nem razão de existir quando o dano invocado é conexo não com a actividade legítima mas com a actividade ilegítima [98]. Essa conclusão, naturalmente, deveria também ser válida nas hipóteses de responsabilidade extracontratual da Comunidade [99].

c) O nexo de causalidade

97. A terceira condição da responsabilidade, expressamente recordada no acórdão Francovich e o., é a relativa ao nexo de causalidade, pressuposto legal da responsabilidade aquiliana, segundo o qual o dano invocado deve ser consequência directa do facto causador do dano que se imputa ao seu autor, e, por conseguinte, tanto quanto aqui importa, do acto normativo ilegal.

É evidente que competirá ao órgão jurisdicional nacional verificar a existência dessa condição. Para efeitos deste processo, considero todavia oportunas algumas observações em matéria de interrupção do nexo de causalidade, e isto numa dupla perspectiva. Por um lado, com efeito, não é supérfluo esclarecer se o direito comunitário permite considerar que o nexo de causalidade é interrompido pela existência de eventuais causas concomitantes ou pelo comportamento negligente do sujeito lesado; por outro lado, esse problema põe, ainda que sob aparências diversas, a questão da subsidiariedade da acção de indemnização dos danos em relação aos outros meios jurisdicionais nacionais.

96 — Acórdão de 23 de Março de 1984, Société Alivar, in *AJDA*, 1984, p. 396, com nota de Genevois. O caso em questão dizia respeito a um pedido de indemnização por falta de concessão de uma licença de exportação de batatas, decidida por um acto administrativo de carácter geral, considerado posteriormente pelo Tribunal de Justiça como contrário à proibição de restrições quantitativas às exportações, nos termos do artigo 34.° do Tratado. O Conseil d'État afirmava que nesse caso se verificava apenas responsabilidade *sans faute*, confirmando o acórdão da primeira instância que tinha dado provimento ao pedido de indemnização, sem sequer ter investigado do ponto de vista do carácter anormal e especial do prejuízo, mas apenas na medida em que configurava uma responsabilidade por acto ilícito (*pour faute*). V., além disso, as conclusões do commissaire du gouvernement Laroque no acórdão do Conseil d'État de 28 de Fevereiro de 1992, Arizona Tobacco Products (já referido na nota 48), nas quais, precisamente, se prefigura que a hipótese de violação de normas comunitárias, tal como das normas internacionais, dá lugar a um terceiro regime de responsabilidade que, diferentemente da *responsabilité sans faute*, não exige que o prejuízo seja excepcional para determinar o direito a indemnização.

97 — Sobre este argumento, v., Simon — «Le Conseil d'État et les directives communautaires: du gallicanisme à l'orthodoxie?», in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1992, pp. 265 e segs.

98 — Essa conclusão é, além disso, confirmada pela já referida recomendação de 18 de Setembro de 1984 do Conselho da Europa, cuja base II, n.° 1, prevê expressamente a hipótese de indemnização de danos derivados de actos legítimos, precisando que «une réparation doit être assurée au cas où il serait manifestement injuste que la personne lésée supporte seule le dommage, compte tenu des circonstances suivantes: l'acte a été pris dans l'intérêt général, seule une personne ou un nombre limité de personnes subit le dommage et l'acte est exceptionnel ou le dommage est le résultat exceptionnel de l'acte» (deve ser assegurada a reparação sempre que seja manifestamente injusto que a pessoa lesada suporte sozinha o dano, tendo em conta as seguintes circunstâncias: ter o acto sido adoptado no interesse geral; ter havido uma única pessoa ou um número limitado de pessoas prejudicadas pelos danos e ser o acto excepcional ou ser o dano o resultado excepcional do acto). Em sentido diferente, pelo contrário, v. as já referidas conclusões do advogado-geral P. Léger apresentadas no processo Lomas (C-5/94, Colect. 1996, p. I-2553).

99 — Na verdade, de uma leitura do acórdão Mulder e o./Conselho e Comissão (já referido na nota 77), parece que o Tribunal já reviu, ainda que apenas implicitamente, a sua jurisprudência quanto ao ponto em questão.

— O comportamento do sujeito lesado

98. A este respeito, recorda-se antes de mais que o próprio Tribunal reconheceu que constitui «um princípio geral comum aos sistemas jurídicos dos Estados-Membros (o princípio) segundo o qual a pessoa lesada, correndo o risco de dever em caso contrário suportar ela própria o prejuízo, deve provar uma diligência razoável para limitar a extensão do prejuízo» [100].

Ao sujeito lesado incumbe, por conseguinte, a obrigação de ter um comportamento diligente, obrigação que consiste em adoptar as medidas adequadas para evitar o dano ou, de qualquer modo, reduzir a sua extensão [101].

99. Neste sentido, por outro lado, é também formulada a já referida recomendação de 18 de Setembro de 1984 do Conselho da Europa, em cuja base III se estabelece que «*Si par sa faute ou par la non utilisation des moyens légaux, la victime a contribué au dommage, la réparation peut être réduite en conséquence ou refusée*» (Se por culpa sua ou pela não utilização dos meios legais, a vítima contribuiu para o dano, a reparação pode ser reduzida nessa medida ou recusada).

Da formulação desse princípio conclui-se que a interrupção do nexo de causalidade pode depender de um comportamento culposo do sujeito lesado; e que esse comportamento, por sua vez, pode também consistir no facto de o sujeito lesado não ter exercitado os meios legais à sua disposição.

— Meios reparatórios e meios administrativos: autonomia ou subsidiariedade?

100. Na verdade, quando o prejuízo pudesse ser evitado pelo sujeito lesado, pelo recurso a meios jurisdicionais da ordem interna (por exemplo, impugnando o acto causador do dano incompatível com o direito comunitário ou invocando contra a administração pública um direito reconhecido por uma norma com efeito directo constante de uma directiva), é lícito interrogarmo-nos sobre se a falta de utilização desses meios não interrompe a causalidade necessária entre a violação e o dano sofrido.

Noutros termos, coloca-se aqui a questão de saber se o não recurso, em tempo útil, aos meios de impugnação preclude ou não a possibilidade de invocar a responsabilidade do Estado «inadimplente». Neste sentido, para além de ser condição da responsabilidade, o prévio recurso aos meios jurisdicionais substanciais (*Ndt:* visando a restituição do lesado à situação material efectiva anterior) bem poderia — também correctamente — considerar-se como uma condição de admissibilidade da acção de indemnização.

100 — Acórdão Mulder e o./Conselho e Comissão (já referido na nota 77, n.º 33).

101 — Para uma aplicação deste princípio na jurisprudência relativa ao artigo 215.º, v., entre outros, os acórdãos de 14 de Julho de 1967, Kampffmeyer e o./Comissão (5/66, 7/66 e 13/66 a 24/66, Colect. 1965-1968, p. 637, em especial, p. 641), e de 4 de Outubro de 1979, Ireks-Arkady/Conselho e Comissão (238/78, Recueil, p. 2955, n.º 14).

101. Uma questão desta natureza é decidida de formas diversas nos diferentes Estados-Membros, podendo a esse respeito encontrar-se três posições distintas. A primeira consiste em reconhecer uma absoluta autonomia entre as diversas acções possíveis, deixando, por conseguinte, ao interessado a opção pela que considere mais oportuna para a tutela dos seus interesses [102]. A segunda, pelo contrário, subordina a acção de responsabilidade ao recurso de anulação [103]. A terceira, finalmente, é mais estreitamente conexa com o nexo de causalidade, na medida em que se permite à administração não responder pelos danos que o interessado teria podido evitar utilizando meios jurisdicionais substanciais, em particular, o recurso de anulação [104].

Como é sabido, a jurisprudência do Tribunal em matéria de responsabilidade extracontratual, após algumas tomadas de posição iniciais no sentido da subsidiariedade da acção de indemnização [105], orientou-se firmemente, em seguida, no sentido da autonomia dessa acção, cuja *possibilidade de utilização* foi considerada independente da possibilidade de o recorrente invocar outros instrumentos de tutela jurisdicional. Em particular, o Tribunal afirmou que «a acção de indemnização a que se referem os artigos 178.° e 215.°, segundo parágrafo, do Tratado, foi instituída como acção autónoma, tendo uma função particular no âmbito do sistema dos recursos, e subordinada a condições de exercício estabelecidas com vista ao seu fim específico» [106].

102. Essas afirmações põem em evidência, em particular, que a natureza autónoma da acção de indemnização responde a exigências de garantia, ligadas aos diversos requisitos de legitimação do recurso de anulação em comparação com a acção indemnizatória. Os particulares, na realidade, não podem, no sistema de tutela organizado pelos Tratados, impugnar os actos de natureza geral e dificilmente podem obter a declaração de omissão das instituições comunitárias. A reconhecida autonomia da acção de indemnização permite, assim, atingir com a indemnização aquilo que não é possível obter ou, em todo o caso, não foi possível obter com o recurso de anulação.

Que é esta a *ratio* do reconhecimento da autonomia da acção de indemnização, confirma-o a sua não aplicação nas limitadas hipóteses em que os particulares podem efectivamente invocar meios de natureza admi-

102 — É esta, por exemplo, a solução adoptada pelo sistema francês.

103 — Este tipo de solução é o que vigora, por exemplo, nos sistemas italiano e inglês.

104 — Esta solução intermédia é a adoptada no sistema alemão, em conformidade com o § 839, terceiro parágrafo, do BGB.

105 — Referimo-nos ao acórdão de 15 de Julho de 1963, Plaumann/Comissão (25/62, Colect. 1962-1964, p. 279).

106 — Acórdão de 17 de Dezembro de 1981, Ludwigshafener Walzmühle Erling e o./Conselho e Comissão (197/80, 198/80, 199/80, 200/80, 243/80, 245/80 e 247/80, Recueil, p. 3211, n.° 4). No mesmo acórdão, o Tribunal precisou também que essa acção (a de responsabilidade) «é diferente do recurso de anulação na medida em que este visa não a supressão de uma determinada decisão mas antes a reparação do dano causado pelas instituições no exercício das suas funções; os pressupostos da acção de responsabilidade são definidos com vista a este objectivo e, por conseguinte, são distintos dos do recurso de anulação».

nistrativa [107], em particular no âmbito do contencioso dos funcionários da Comunidade [108].

Finalmente, a autonomia da acção de responsabilidade extracontratual joga a favor dos particulares a quem são normalmente recusados os meios jurisdicionais de natureza substancial, mas não a favor daqueles que podem utilizar esses meios de forma útil.

103. Em boa verdade, o critério que inspira a jurisprudência relativa à disciplina da acção de responsabilidade extracontratual permaneceu sempre constante, para além das fórmulas de vez em quando adoptadas, quer relativamente aos meios de recurso internos (reenvio prejudicial para apreciação da validade em sede de impugnação do acto interno de execução), quer relativamente às impugnações directas (recurso de anulação ou acção por omissão). O objectivo é evitar que a acção de responsabilidade seja utilizada para conseguir o mesmo resultado que teria podido ser atingido — de forma útil, naturalmente — com uma acção de natureza diferente. A acção de indemnização, por conseguinte, não pode ser um meio para neutralizar os efeitos de uma acto lesivo, quando tal objectivo pode ser igualmente atingido através de um normal recurso de anulação, seja directo, seja na ordem interna como reenvio prejudicial para apreciação de validade ao Tribunal de Justiça. E isto, entenda-se, com a única reserva de o meio jurisdicional, em particular, o de natureza interna, ser de alguma forma idóneo para garantir uma efectiva tutela.

104. Isto implica, no que aqui nos interessa, que não pode razoavelmente negar-se aos Estados-Membros, se e na medida em que a referida condição seja requerida também para recursos análogos de natureza interna, a possibilidade de subordinar a acção de responsabilidade ao prévio recurso de anulação.

Por outro lado, a hipótese da subsidiariedade da acção de indemnização, nos casos de danos derivados de violações do direito comunitário, parece — pelo menos à primeira vista — ter já recebido a confirmação do Tribunal. No acórdão Wagner Miret, considerou-se, com efeito, a acção de indemnização como a última via deixada ao particular, isto é, a via a utilizar quando não lhe seja possível atingir de outra forma um resultado útil, nem sequer através da interpretação das normas nacionais dessa matéria, por parte do órgão jurisdicional nacional, em conformidade com as normas comunitárias em questão [109].

107 — V. acórdão de 26 de Fevereiro de 1986, Krohn/Comissão (175/84, Colect., p. 753), no qual o Tribunal declarou a inadmissibilidade do recurso nos casos em que «uma acção de indemnização se destina ao pagamento de uma soma cujo montante corresponde exactamente aos dos direitos que tinham sido pagos pelo requerente em execução de uma decisão individual e em que, por esse facto, a acção de indemnização visa na realidade a supressão dessa decisão individual» (n.° 33).

108 — V., entre outros, os acórdãos de 14 de Fevereiro de 1989, Bossi/Comissão (346/87, Colect., p. 303), e de 24 de Janeiro de 1991, Latham/Comissão (T-27/90, Colect., p. II-35).

109 — Acórdão referido na nota 37 (n.° 23).

4. *As outras condições*

105. Quanto às *outras condições* relativas à reparação do dano, é oportuno antes de mais recordar que, no acórdão Francovich e o., após ter individualizado e definido as condições «suficientes para instituir a favor dos particulares um direito a obter reparação», o Tribunal precisou em seguida que, «com esta reserva, é no âmbito do direito nacional da responsabilidade que incumbe ao Estado reparar as consequências do prejuízo causado» (n.° 42).

A expressão «com esta reserva» significa, com toda a evidência, que em relação à disciplina da reparação dos danos, devida com base no próprio direito comunitário e que surge segundo as condições determinadas por esse direito, as normas do direito nacional relevantes nessa matéria *são aplicáveis* apenas na medida do necessário para disciplinar as *outras condições* inerentes à reparação. São, portanto, apenas as modalidades de realização do direito dos particulares à reparação que são reguladas pelo direito nacional, em particular as condições de natureza processual [110].

106. Quanto a estas últimas, o Tribunal afirmou, por outro lado, ainda no acórdão Francovich e o., que, «na ausência de regulamentação comunitária, 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 protecção dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito comunitário» (n.° 42).

Trata-se, vendo atentamente, de uma fórmula que não é nova na jurisprudência do Tribunal, fórmula que é costume ligar-se à autonomia dos Estados-Membros em matéria processual; autonomia que, também neste sector, não é, porém, ilimitada.

107. A este respeito, no acórdão Francovich e o., o Tribunal, com efeito, reafirmou um princípio já expresso em termos gerais por várias vezes [111], segundo o qual «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» (n.° 43).

110 — É assim, por exemplo, que, em Itália, foi adoptada, pelo Decreto legislativo n.° 80, de 27 de Janeiro de 1992 (GURI de 13 de Fevereiro de 1992, p. 246), uma disposição *ad hoc* para dar execução ao acórdão Francovich e o., disposição com a qual se procurou precisamente disciplinar as modalidades e os limites da indemnização do dano pela falta de transposição da directiva relativa à insolvência do empregador. Essa disposição prevê, em particular, que a acção destinada a obter indemnização é proposta contra o INPS (Istituto Nazionale Previdenza Sociale), que a competência para julgar tal acção é do *pretore* que exerce a função de juiz dos litígios laborais e que o prazo de propositura da acção é de um ano.

111 — V., em particular, o acórdão de 16 de Dezembro de 1976, Rewe (33/76, Colect., p. 813); bem como, por último, o acórdão de 6 de Dezembro de 1994, Johnson (C-410/92, Colect., p. I-5483, n.° 21).

Também no que respeita à reparação dos danos, por conseguinte, o direito comunitário limita a liberdade deixada aos Estados-Membros de disciplinar, do ponto de vista processual e material, as *outras condições* que lhe são inerentes, e isto, repetimo-lo, em função da exigência de assegurar aos particulares uma tutela efectiva e eficaz [112].

108. Mais em particular, o limite do *tratamento nacional*, que deve entender-se precisamente no sentido de que a tutela jurisdicional deve ser pelo menos semelhante à existente para posições jurídicas análogas criadas por normas internas, pode às vezes revelar-se absolutamente desprovido de utilidade. Basta pensar mesmo nas hipóteses aqui em análise, nas quais o direito nacional não prevê *qualquer* disciplina nesta matéria, já que se trata de meios jurisdicionais não admitidos nos sistemas jurídicos nacionais em questão. Sem dúvida mais relevante e decisivo, pela potencialidade que encerra, se revela, pelo contrário, o limite que consiste em o sistema jurídico nacional não dever ser susceptível de tornar *praticamente impossível* o exercício dos direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem tutelar por força do direito comunitário.

Desse princípio derivam, de facto, pelo menos, duas consequências: a primeira é que a tutela jurisdicional, quando se trate de direitos conferidos aos particulares por força do direito comunitário, deve atingir de qualquer forma um nível de adequação; a segunda é que a verificação desse nível compete ao Tribunal [113]. Se é verdade, por conseguinte, que compete aos Estados-Membros assegurar a correcta execução do direito comunitário, também sob o ponto de vista da tutela indemnizatória, o Tribunal reserva-se assim a competência para verificar o nível de adequação da tutela conferida pelas ordens jurídicas nacionais.

109. Finalmente, e ainda a propósito das outras condições relativas à disciplina da indemnização, recorda-se que no decurso do presente processo foram discutidas, em particular, as categorias de prejuízo indemnizáveis e a avaliação do dano. A esse respeito, e tendo previamente em vista que essas ques-

112 — Sobre este ponto, v., por exemplo, entre tantos outros, Barav — «Sanction de la non-transposition de la directive CEE relative à l'insolvabilité de l'employeur», in *La Semaine Juridique*, 1992, n.os 1 e 2, p. 12; bem como Kovar — «Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de normes et décisions du droit communautaire», in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violations du droit européen*, Bruxelas, 1978, pp. 245 e segs.

113 — É isto que se conclui, por exemplo, já no acórdão San Giorgio, em que o Tribunal precisou que «são incompatíveis com o direito comunitário as condições relativas à prova, que tenham como efeito tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil obter o reembolso dos impostos cobrados em violação do direito comunitário» (acórdão de 9 de Novembro de 1983, 199/82, Recueil, p. 3595, n.° 14). Não deixou de se ligar à adequação da tutela jurisdicional a fundamentação dos actos administrativos, no sentido de que ao particular deve reconhecer-se também a faculdade de decidir se deve ou não exercitar os procedimentos judiciários de tutela; isso implica a necessidade de que a opção seja acompanhada pelo pleno conhecimento de todos os elementos a apreciar (acórdão de 15 de Outubro de 1987, Heylens, 222/86, Colect., p. 4097, n.° 15). Pense-se também no acórdão Dekker, no qual o Tribunal esclareceu que, sempre que a sanção escolhida pelo Estado-Membro para punir a violação de uma proibição de discriminação imposta por uma directiva seja abrangida por um regime de responsabilidade civil, a infracção dessa proibição determina a responsabilidade total do autor «sem que possam ser invocadas as causas de exclusão previstas pelo direito nacional» (acórdão de 8 de Novembro de 1990, C-177/88, Colect., p. 3941, n.° 25). Recorda-se, em seguida, o acórdão Emmott, no qual se esclareceu que os prazos de prescrição da acção, previstos no sistema jurídico nacional, só começam a correr a partir do momento em que a directiva na origem dos direitos que fundamentam a acção tenha sido correctamente transposta (acórdão de 25 de Julho de 1991, C-208/90, Colect., p. I-4269, n.° 24). A jurisprudência Emmott fica todavia atenuada, sob o ponto de vista que aqui interessa, pelo acórdão Johnson (já referido na nota 111).

tões devem, em princípio, ser deixadas ao direito dos Estados-Membros, limitar-me-ei a algumas breves observações.

Em primeiro lugar, é por de mais evidente que a reparação do dano não pode ser puramente simbólica, mas deve corresponder ao dano efectivamente sofrido. É esta uma exigência ligada à própria razão de ser da acção de responsabilidade, que consiste precisamente em assegurar a reconstituição da situação patrimonial do sujeito lesado. Neste sentido, por outro lado, milita quer a jurisprudência nacional nesta matéria, quer a jurisprudência comunitária relativa ao artigo 215.° [114], quer a jurisprudência relativa às relações internacionais [115].

110. Indicações úteis a este respeito podem, por outro lado, encontrar-se nalguns acórdãos nos quais o Tribunal verificou precisamente o nível de adequação da tutela conferida pelas ordens jurídicas nacionais relativamente aos direitos atribuídos aos particulares por força do direito comunitário. Assim, por exemplo, a propósito da liberdade deixada aos Estados-Membros em matéria de sanções para reprimir as violações da proibição de discriminação em razão do sexo, o próprio Tribunal não deixou de sublinhar que as sanções em questão devem ser tais que «garantam a tutela jurisdicional efectiva e eficaz. ... Daí resulta que, sempre que o Estado-Membro decida reprimir a transgressão da proibição de discriminação mediante uma indemnização, esta deve ser, em qualquer caso, adequada ao dano sofrido» [116].

E ainda, no acórdão Marshall II, o Tribunal esclareceu que, sempre que um Estado-Membro opte por sancionar as discriminações através da obrigação de reparação, «essa reparação deve ser integral e não pode ser fixado *a priori* um limite ao seu montante» [117].

111. Acrescenta-se apenas, em seguida, que a identificação das categorias de prejuízo indemnizáveis não é na verdade susceptível de implicar dificuldades importantes, nem sequer sob o ponto de vista da uniformidade da reparação devida nos diferentes Estados-Membros relativamente a um mesmo dano. Na realidade, apesar da diferença terminológica, todas as ordens jurídicas nacionais reconhecem a possibilidade de reparação dos danos causados ao património do sujeito lesado, danos nos quais são seguramente incluídos os danos emergentes, os lucros cessantes, bem como os respectivos juros. Mais em particular, no que respeita à concreta avaliação do dano, é por de mais evidente, tendo em conta, por outro lado, que a mesma não pode deixar de depender das diferentes situações económicas e sociais específicas de cada Estado-Membro, que compete a cada

114 — V., neste sentido, o acórdão Mulder e o./Conselho e Comissão (já referido na nota 77), no qual o Tribunal expressamente afirmou que «o montante das indemnizações devidas pela Comunidade deve corresponder aos danos por ela causados» (n.° 34).

115 — A este respeito, vale a pena recordar aqui a afirmação do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, no acórdão de 13 de Setembro de 1928, também relativa ao referido caso da Fábrica de Chorzów, segundo a qual «a reparação deve, na medida do possível, anular todas as consequências do acto ilícito e restabelecer a situação de facto que provavelmente subsistiria se esse acto não tivesse sido praticado» (CPJI, série A, n.° 17, p. 47).

116 — Acórdão Von Colson e Kamann (já referido na nota 36, n.° 23).

117 — Acórdão de 2 de Agosto de 1993, Marshall (C-271/91, Colect., p. I-4367, n.° 34).

um desses Estados providenciar de acordo com os critérios definidos a esse respeito pela própria ordem jurídica nacional.

Finalmente, o que é relevante para efeitos do direito comunitário é que a reparação seja real e efectiva, e, portanto, que seja reconstituída, pelo menos no seu conteúdo patrimonial, a situação que existiria na ausência de violação.

5. *O momento em que nasce a obrigação de reparação*

112. A obrigação de reparação que incumbe ao Estado-Membro, como já se afirmou, não pode ser condicionada pela existência de um acórdão do Tribunal que tenha declarado o incumprimento em questão. Um tal acórdão, mesmo que tenha existido, não assume portanto qualquer importância decisiva para efeitos da determinação do momento a partir do qual o Estado é obrigado à reparação dos danos provocados por uma violação que lhe é imputável.

As condições sugeridas quanto às características de uma violação «manifesta e grave» tornam, além disso, evidente que, sempre que a norma violada atribua direitos individuais e precisos aos particulares, a obrigação de reparação que incumbe ao Estado-Membro inadimplente só pode surgir a partir do momento em que se verifica o acto causador do dano. A mesma solução se impõe no caso de a norma violada já ter sido clarificada pela jurisprudência no momento em que se verificou o acto causador do dano. Nas outras hipóteses, isto é, quando se trate de situações jurídicas duvidosas, só após a ocorrência de uma decisão clarificadora do órgão jurisdicional nacional ou comunitário é que o Estado «inadimplente» poderá ser obrigado a reparar os danos, naturalmente, na medida em que não elimine em tempo razoavelmente rápido a violação e só relativamente aos danos produzidos após essa decisão.

113. Finalmente, as mesmas soluções aqui propostas levam à conclusão de que não há qualquer razão para limitar o direito a reparação às partes lesadas que tenham já proposto uma acção judicial ou apresentado uma reclamação equivalente perante os órgãos jurisdicionais nacionais.

Considero, com efeito, que os imperativos de certeza do direito, tal como foram invocados pelo Governo alemão, já são suficientemente tutelados pelo facto de o direito a reparação poder ser subordinado à condição de que o sujeito lesado tenha accionado todos os meios à sua disposição para evitar o dano ou pelo menos reduzir o seu montante, se essa condição for prevista para reclamações análogas de natureza interna. Pelo contrário, não podem deixar de ser os prazos de prescrição e caducidade previstos pela ordem jurídica nacional, tal como acontece relativamente à acção de responsabilidade fundada no direito nacional, a determinar o prazo dentro do

qual é permitido aos particulares invocarem o direito a reparação dos danos sofridos.

III — *As respostas às questões dos órgãos jurisdicionais nacionais*

114. Antes de desenvolver algumas observações adicionais mais pontuais acerca dos casos que são objecto do presente processo, considero oportuno recordar as conclusões a que cheguei até este momento:

— para efeitos de assegurar uma tutela efectiva e eficaz dos direitos conferidos aos particulares por força do direito comunitário, este último exige que seja garantida a reparação dos danos sofridos pelos particulares em virtude de violações de normas comunitárias imputáveis ao Estado;

— é totalmente irrelevante o facto de a violação de que se trata ser imputável ao legislador, com a consequência de que não são aplicáveis nessas hipóteses as mesmas condições restritivas impostas pela ordem jurídica nacional para a actividade ou a inactividade normativa ilegal do legislador;

— para surgir o direito a reparação, é suficiente que a norma que se considera violada seja precisa em todos os seus elementos e unívoca, o que se verifica, por exemplo, quando um Estado não observa uma obrigação precisa de resultado ou quando não tem em conta uma jurisprudência constante nessa matéria;

— os critérios relativos à avaliação do dano continuam disciplinados pelo direito nacional, desde que não sejam menos favoráveis do que os que respeitam a reclamações análogas de natureza interna e não sejam susceptíveis de tornar excessivamente difícil ou praticamente impossível a obtenção da reparação integral dos danos resultantes da violação em questão;

— a obrigação de reparação surge no momento em que ocorreu o evento causador do dano, no caso de violação manifesta e grave na acepção anteriormente precisada; de outra forma, só após uma clarificação pelo órgão jurisdicional nacional e/ou comunitário, neste último caso quer se trate de uma decisão em pedido prejudicial quer de uma decisão proferida nos termos do artigo 169.° do Tratado.

a) Processo C-46/93 (Brasserie du pêcheur)

115. A hipótese de que aqui se trata é uma violação de uma norma do Tratado dotada de

efeito directo, neste caso, o artigo 30.°, violação imputável ao legislador por não ter alterado a BiStG, de modo a torná-la conforme com a disposição em questão. A demandante, recordo-o, pede a reparação dos danos que sofreu no período de 1981 a 1987, isto é, a partir do momento em que lhe foi impossibilitada a exportação para a Alemanha da cerveja que fabricava, segundo afirma, em razão da não conformidade de tal cerveja com os requisitos exigidos pela BiStG, até à data do acórdão no qual o Tribunal declarou, através de decisão proferida nos termos do artigo 169.° do Tratado, a incompatibilidade dessa lei com o artigo 30.°

Tendo em conta as observações até aqui desenvolvidas, é por de mais evidente que, a fim de decidir o caso que lhe foi submetido, o órgão jurisdicional nacional deve averiguar se a obrigação imposta aos Estados pelo artigo 30.°, cujo conteúdo — como já se disse — não pode ser certamente considerado preciso e determinável em todos os seus elementos, tinha sido clarificada, já no momento em que se verificou o dano, relativamente a uma situação de facto como aquela que lhe foi submetida, pela jurisprudência nessa matéria. Noutros termos, trata-se de averiguar se, já em finais de 1981, era claro que uma lei como a BiStG constituía um obstáculo injustificado à actividade dos operadores económicos desse sector, e, por conseguinte, incompatível com o direito comunitário.

116. Para esse efeito, recorda-se, antes de mais, que, a partir do conhecido acórdão «Cassis de Dijon» [118], portanto, a partir de Fevereiro de 1979, ficou claro que o artigo 30.° proibia não apenas as medidas discriminatórias mas também as medidas indistintamente aplicáveis não justificadas por exigências imperativas. A isso acresce que, através do acórdão de 9 de Dezembro de 1981 [119], por conseguinte, mais ou menos contemporâneo do período em que a recorrente foi obrigada a interromper a exportação de cerveja para a Alemanha, o Tribunal declarou a incompatibilidade de uma legislação nacional que reservava a denominação «aceto» (vinagre) apenas para o vinagre de vinho. E na verdade não haverá motivo para considerar que uma solução diversa se aplicasse relativamente à BiStG, na parte em que reservava a denominação «Bier» (cerveja) para a cerveja produzida segundo os ingredientes taxativamente previstos pela mesma lei.

Do despacho de reenvio verifica-se também, todavia, que a cerveja fabricada pela recorrente continha aditivos, enquanto a norma alemã em questão impunha uma proibição absoluta de comercializar no território alemão cerveja contendo aditivos. Ora, se é verdade que, no acórdão de 12 de Março de 1987, o Tribunal condenou a legislação em questão também sob esse aspecto, considerando-a não justificada pela exigência da protecção da saúde das pessoas, também é verdade que essa conclusão não podia ser considerada adquirida, tendo em conta a

118 — Acórdão de 20 de Fevereiro de 1979, Rewe (120/78, Recueil, p. 649).

119 — Comissão/Itália (193/80, Recueil, p. 3019, n.os 24 a 28).

jurisprudência nessa matéria [120]. Na medida em que o dano invocado pela recorrente seja mais relacionado com este segundo aspecto da disposição nacional em questão, não pode por isso excluir-se uma solução diferente.

117. Uma *última observação. Já se afirmou* que o Estado-Membro pode exigir, para efeitos do direito a reparação e sempre que exija a mesma condição também para reclamações idênticas de natureza interna, que o sujeito lesado faça a prova de diligência e que, por conseguinte, faça uso dos mecanismos idóneos para evitar ou pelo menos reduzir o montante do dano.

Ora, como resulta dos autos, não parece que a recorrente tenha desenvolvido quaisquer diligências nesse sentido. É verdade que, como foi afirmado por ela própria no decurso do presente processo, a interrupção das exportações foi determinada pela falta de renovação do contrato de distribuição com o seu importador (alemão) exclusivo, com a consequência de que lhe era materialmente impossível impugnar qualquer decisão. Nessas condições, compete evidentemente ao órgão jurisdicional nacional verificar se, efectivamente, a recorrente estava privada de qualquer possibilidade de invocar o artigo 30.° do Tratado directamente perante os órgãos jurisdicionais nacionais.

b) Processo C-48/93 (Factortame III)

118. Relativamente ao caso Factortame, o *órgão jurisdicional de reenvio é, pelo contrário,* chamado a decidir se a confirmada violação dos artigos 7.°, 52.° e 221.° do Tratado, violação imputável ao legislador por ter adoptado uma lei nacional incompatível com os artigos em questão, pode considerar-se uma violação manifesta e grave na acepção anteriormente precisada.

Noutros termos, trata-se de averiguar se a violação das normas que atribuem aos particulares direitos claros e precisos, tal como o direito de não ser discriminado em razão da nacionalidade, é susceptível, não obstante a discricionaridade de que gozam os Estados-Membros ao adoptar medidas relativas à política comum da pesca, de implicar a responsabilidade do Estado. A esse respeito, considero suficiente limitar a minha análise a poucas observações.

120 — Por exemplo, no acórdão de 6 de Maio de 1986, Muller (304/84, Colect., p. 1511), o Tribunal afirmou que compete aos Estados-Membros «avaliar se a comercialização de géneros alimentícios com estes aditivos pode representar um risco para a saúde pública e se existe uma necessidade real de adicionar os agentes considerados a determinados géneros alimentícios. Ao aplicarem estes critérios, os Estados-Membros devem ter em conta os resultados da investigação científica internacional e, designadamente, os trabalhos do Comité Científico Comunitário da Alimentação Humana, avaliando-os *à luz dos hábitos alimentares do Estado-Membro importador*» (n.° 24; o sublinhado é meu). Nesse acórdão, proferido cinco anos após ter-se verificado o acto causador do dano invocado pela recorrente, o Tribunal estabeleceu, portanto, que os artigos 30.° e 36.° do Tratado não impedem uma disposição nacional que proíba o comércio de géneros alimentícios importados de outros Estados-Membros onde são legalmente comercializados, aos quais tenham sido acrescentados determinados aditivos.

119. Se é verdade, como afirma o Governo do Reino Unido, que os Estados-Membros gozam de uma certa margem de discricionaridade ao adoptar medidas relativas à política comum da pesca, também é verdade que isso acontece sob o controlo constante da Comissão, à qual, com efeito, os Estados-Membros são obrigados a comunicar as medidas por eles adoptadas. No caso em análise, tal como resulta dos autos, a Comissão tinha informado em devido tempo o Governo do Reino Unido de que os requisitos de nacionalidade, de residência e de domicílio impostos pelo Merchant Shipping Act 1988, para permitir a matrícula de navios pesqueiros no novo registo de navios, deviam considerar-se incompatíveis com o direito comunitário.

A isto acresce que a jurisprudência do Tribunal em matéria de direito de estabelecimento é constante ao afirmar a incompatibilidade com o direito comunitário de medidas nacionais que impliquem discriminações com base na nacionalidade; da mesma forma, o Tribunal considerou incompatível com o direito comunitário mesmo o critério de residência imposto relativamente às tripulações dos navios de pesca [121]. Finalmente, a legislação em questão, na medida em que respeita à matrícula dos pesqueiros, não se destina à determinação das modalidades de exploração dos contingentes de pesca nacionais e, por conseguinte, nem sequer se podia considerar justificada com essa base.

120. Finalmente, não me parece que possam alimentar-se dúvidas quanto ao carácter manifesto e grave da violação em questão, e, por conseguinte, quanto ao direito a reparação dos sujeitos que sofreram um dano na sequência de tal violação.

Observo finalmente que, como bem foi observado pelo próprio Tribunal, os recorrentes na causa principal fizeram todas as diligências possíveis para procurar evitar o dano que em seguida se verificou. Agiram nesse sentido já antes da entrada em vigor das normas nacionais, declaradas depois incompatíveis, solicitando e obtendo medidas provisórias da suspensão da aplicação das normas controvertidas, medidas anuladas pela Court of Appeal e depois confirmadas, na sequência do acórdão deste Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 1990 (Factortame I), pela House of Lords.

121. Relativamente à segunda questão do órgão jurisdicional nacional, recorda-se apenas, à luz das considerações anteriormente desenvolvidas, que a determinação das categorias de dano indemnizáveis e a quantificação do dano continuam disciplinadas pelo direito nacional, mas devem ser susceptíveis de conduzir a uma reparação integral dos danos sofridos pelos sujeitos lesados.

121 — Acórdão de 14 de Dezembro de 1989, Agegate (C-3/87, Colect., p. I-4459, n.os 22 a 26). E se é verdade que esse acórdão é posterior à entrada em vigor do Merchant Shipping Act, também é verdade que é anterior ao acórdão Factortame II, na sequência do qual a House of Lords confirmou as medidas provisórias requeridas pelos recorrentes. Neste caso, por outro lado, tratava-se de uma condição imposta a fim de que os pesqueiros pudessem imputar as suas próprias capturas ao contingente de pesca nacional, enquanto no caso que aqui nos ocupa se trata de uma medida que impede absolutamente a matrícula dos pesqueiros e, por conseguinte, o próprio exercício da liberdade de estabelecimento.

Uma consideração especial merece, todavia, o pedido de um dos recorrentes para que lhe seja reconhecido também o direito de reparação a título de sanção (*exemplary damages*), tal como previsto no direito interno para condutas anticonstitucionais da administração. A esse respeito, é suficiente observar que, em conformidade com o princípio segundo o qual as condições impostas por uma legislação nacional, a fim de tutelar situações jurídicas criadas pelo direito comunitário, não podem ser menos favoráveis do que as que respeitam a reclamações análogas de natureza interna, o Estado-Membro é obrigado, se se verificarem os pressupostos definidos pela legislação nacional nessa matéria, a conceder essa reparação aos particulares interessados; e isto, por conseguinte, mesmo na hipótese de se tratar de um direito de indemnização totalmente desconhecido na ordem jurídica dos outros Estados-Membros.

Conclusões

122. À luz das considerações que precedem, proponho, portanto, que o Tribunal de Justiça responda da forma seguinte às questões colocadas, nos processos respectivos, pelo Bundesgerichtshof e pela High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court:

a) no processo C-46/93 (Brasserie du pêcheur):

«1) Um Estado-Membro é obrigado a reparar os danos causados aos particulares por violações do direito comunitário que lhe são imputáveis, incluindo-se aí a violação resultante do facto de o legislador não ter alterado uma lei nacional para a tornar conforme ao direito comunitário, desde que a obrigação imposta ao Estado, donde deriva o direito do particular, seja precisa em todos os seus elementos ou tenha sido claramente definida pela jurisprudência na matéria.

2) Um Estado-Membro não pode submeter o direito à reparação dos danos derivados de violações do direito comunitário às mesmas restrições que as previstas em caso de violação de disposições constitucionais nacionais por acto do legislador, se essas restrições tiverem por efeito tornar praticamente impossível o direito à reparação.

3) A obrigação de reparação a cargo do Estado não pode estar subordinada à averiguação da existência de uma componente subjectiva (negligência ou dolo) que acompanhe a violação da disposição em causa, se esta violação é manifesta e grave no sentido acima indicado.

4) a) Compete à ordem jurídica nacional fixar as categorias de dano indemnizáveis e os critérios de avaliação do dano, sob a condição de as exigências previstas para este efeito não serem menos favoráveis que as que respeitam a reclamações semelhantes de natureza interna e que não sejam susceptíveis de tornar excessivamente difícil ou praticamente impossível para o particular a obtenção da reparação integral dos danos sofridos; tal seria o caso se o direito nacional limitasse o respectivo alcance aos bens protegidos por força da lei, tais como a propriedade, e excluísse, pelo contrário, qualquer possibilidade de reparação no que respeita aos lucros cessantes.

b) A obrigação a cargo do Estado, de indemnizar os danos causados aos particulares, nasce a partir do momento em que intervém o facto gerador do dano, se a disposição violada é clara no sentido indicado acima, ou, em caso de situação jurídica duvidosa, a partir do momento em que esta situação é clarificada por jurisprudência comunitária, quer seja por uma decisão a título prejudicial, ou por um acórdão proferido em aplicação do artigo 169.° do Tratado.»

b) no processo C-48/93 (Factortame III):

1) Um Estado-Membro é obrigado a reparar os danos causados aos particulares por violações do direito comunitário que lhe são imputáveis, incluindo-se aí a violação resultante do facto de o legislador ter adoptado uma lei nacional incompatível com o direito comunitário, na condição de a obrigação imposta ao Estado, donde deriva o direito do particular, ser precisa em todos os seus elementos ou claramente definida pela jurisprudência na matéria.

2) Compete à ordem jurídica nacional fixar as categorias de dano indemnizáveis e os critérios de avaliação do dano, sob a condição de as exigências previstas para este efeito não serem menos favoráveis que as que respeitam a reclamações semelhantes de natureza interna e que não sejam susceptíveis de tornar excessivamente difícil ou praticamente impossível para o particular a obtenção da reparação integral dos danos sofridos. No caso de a ordem jurídica nacional prever igualmente a concessão de indemnização a título sancionatório, as disposições referentes a esta matéria devem assim ser aplicadas, sem a menor discriminação, igualmente em caso de violação de direitos conferidos aos particulares pelo direito comunitário.»