CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL VERICA TRSTENJAK apresentadas em 4 de Setembro de 2008 [1]

Índice

I — Introdução . . . . . I - 2126

II — Quadro jurídico . . . . . I - 2127

A — Direito comunitário . . . . . I - 2127

B — Direito nacional . . . . . I - 2129

III — Matéria de facto, processo principal e questões prejudiciais . . . . . I - 2130

IV — Processo no Tribunal de Justiça . . . . . I - 2133

V — Principais argumentos das partes . . . . . I - 2134

A — Quanto à primeira questão . . . . . I - 2134

B — Quanto à segunda questão . . . . . I - 2135

C — Quanto à terceira questão . . . . . I - 2136

D — Quanto à quarta questão . . . . . I - 2138

E — Quanto à quinta questão . . . . . I - 2140

VI — Apreciação jurídica . . . . . I - 2142

A — Considerações introdutórias . . . . . I - 2142

B — Quanto à primeira questão . . . . . I - 2143

1. Os métodos de interpretação aplicáveis . . . . . I - 2143

2. Direitos individuais na jurisprudência do Tribunal de Justiça . . . . . I - 2144

1 — Língua original: alemão.

3. Interpretação das directivas controvertidas . . . . . I - 2146

4. Conclusão . . . . . I - 2149

C — Quanto à segunda questão . . . . . I - 2150

1. As liberdades fundamentais como direitos públicos subjectivos . . . . . I - 2150

2. Primado da aplicação do direito derivado . . . . . I - 2151

3. Conclusão . . . . . I - 2153

D — Questão prévia à terceira e quarta questões . . . . . I - 2153

1. Competência do legislador nacional . . . . . I - 2153

2. Requisitos da equivalência e da efectividade . . . . . I - 2154

3. Conclusão . . . . . I - 2155

E — Quanto à terceira questão . . . . . I - 2156

1. Importância da questão prejudicial para a decisão a proferir . . . . . I - 2156

2. Acção por incumprimento como mecanismo do controlo objectivo da legalidade . . . . . I - 2157

3. Inexistência da necessidade de um tratamento privilegiado da acção de responsabilidade do Estado . . . . . I - 2158

4. Conclusão . . . . . I - 2158

F — Quanto à quarta questão . . . . . I - 2159

1. Considerações introdutórias . . . . . I - 2159

2. Jurisprudência do Tribunal de Justiça . . . . . I - 2160

3. Comparação com a regra de prescrição constante do artigo 46.º do Estatuto do Tribunal de Justiça . . . . . I - 2161

4. Conclusão . . . . . I - 2162

G — Quanto à quinta questão . . . . . I - 2162

1. Existência de um dever de evitar o dano por parte do lesado . . . . . I - 2162

2. Exigibilidade do recurso à tutela do direito primário . . . . . I - 2164

3. Exigibilidade quando é necessário solicitar uma decisão prejudicial ou na pendência de uma acção por incumprimento . . . . . I - 2165

VII — Conclusão . . . . . I - 2166

I — Introdução

1. O presente processo tem origem num pedido de decisão prejudicial submetido pelo Bundesgerichtshof, nos termos do artigo 234.º CE, através do qual foram colocadas ao Tribunal de Justiça cinco questões relativas à interpretação do princípio da responsabilidade extracontratual dos Estados-Membros por violação do direito comunitário.

2. Estas questões levantam-se no âmbito de um litígio entre a Danske Slagterier — uma associação de empresas dinamarquesas de matadouros e de suinicultores organizada sob a forma de cooperativa — (a seguir «recorrente»), por um lado, e a República Federal da Alemanha (a seguir «recorrida»), por outro, no qual está em causa a indemnização exigida pela recorrente com base na transposição incorrecta das Directivas 64/433/CEE — na versão que resulta da Directiva 91/497/CEE [2] — e 89/662/CEE [3].

3. Estas questões referem-se, essencialmente, aos requisitos da responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário, à consideração de um eventual dever de o lesado requerer a tutela judicial para evitar o dano, bem como à aplicabilidade das regras de prescrição que, em princípio, são reguladas pelo direito dos Estados-Membros.

2 — Directiva do Conselho, de 29 de Julho de 1991, que altera e codifica a Directiva 64/433/CEE, relativa aos problemas sanitários em matéria de comércio intracomunitário de carne fresca, a fim de a alargar à produção de carnes frescas e à sua colocação no mercado (JO L 268, p. 69).

3 — Directiva do Conselho, de 11 de Dezembro de 1989, relativa aos controlos veterinários aplicáveis ao comércio intracomunitário, na perspectiva da realização do mercado interno (JO L 395, p. 13).

II — Quadro jurídico

A — *Direito comunitário*

4. O artigo 5.º da Directiva 64/433, na versão que resulta da Directiva 91/497, estabelece o seguinte:

«1. Os Estados-Membros velarão por que sejam declaradas impróprias para consumo humano pelo veterinário oficial:

[…]

o) As carnes que apresentem um pronunciado odor sexual.»

5. O artigo 6.º da Directiva 64/433 é do seguinte teor:

«1. Os Estados-Membros velarão por que:

[…]

b) As carnes:

[…]

iii) Sem prejuízo dos casos previstos no n.º 1, alínea o), do artigo 5.º, de suínos machos não castrados, com peso por carcaça superior a 80 quilos, excepto se o estabelecimento puder garantir, por um método reconhecido de acordo com o processo previsto no artigo 16.º ou, na ausência de tal método, por um método reconhecido pelas autoridades competentes em causa, que as carcaças que apresentem um odor sexual pronunciado podem ser detectadas, sejam munidas da marca especial estabele-

cida na Decisão 84/371/CEE [da Comissão, de 3 de Julho de 1984, que fixa as características da marcação especial para carne fresca a que se refere a alínea a) do artigo 5.º da Directiva 64/433/CEE (JO L 196, p. 46)] e submetidas ao tratamento previsto pela Directiva 77/99/CEE [do Conselho, de 21 de Dezembro de 1976, relativa aos problemas sanitários em matéria de comércio intracomunitário de produtos à base de carne (JO 1977, L 26, p. 85), com a última redacção que lhe foi dada pela Directiva 89/662];

[…]

g) Os tratamentos previstos nas alíneas anteriores sejam efectuados no estabelecimento de origem ou em qualquer outro estabelecimento designado pelo veterinário oficial;

[…]»

6. O artigo 5.º da Directiva 89/662 prevê:

«1. Os Estados-Membros de destino tomarão as seguintes medidas de controlo:

a) A autoridade competente pode verificar, nos locais de destino da mercadoria e através de controlos veterinários por sondagem e de carácter não discriminatório, se os requisitos do artigo 3.º foram respeitados; a autoridade competente pode, nessa altura, proceder à recolha de amostras.

Além disso e no caso de a autoridade competente do Estado-Membro de trânsito ou do Estado-Membro de destino dispor de elementos de informação que lhe permitam presumir uma infracção, podem ser igualmente efectuados controlos durante o transporte da mercadoria no seu território, incluindo o controlo de conformidade dos meios de transporte.»

7. O artigo 7.º da Directiva 89/662 tem a seguinte redacção:

«1. Se, num controlo efectuado no local de destino da remessa ou durante o transporte, as autoridades competentes do Estado-Membro de destino verificarem:

[…]

b) Que a mercadoria não satisfaz as condições estabelecidas pelas directivas comunitárias ou, na ausência de decisões sobre as normas comunitárias previstas pelas directivas, pelas normas nacionais, essas autoridades podem, se as condições de salubridade ou de polícia sanitária o permitirem, dar ao expedidor ou ao seu mandatário a possibilidade de escolher entre:

— a destruição das mercadorias, ou

— a sua utilização para outros fins, incluindo a sua reexpedição, com autorização da autoridade competente do estabelecimento de origem.»

8. O artigo 8.º, n.º 1, da Directiva 89/662 estabelece o seguinte:

«1. Nos casos previstos no artigo 7.º, a autoridade competente do Estado-Membro de destino entrará em contacto sem tardar com as autoridades competentes do Estado-Membro de expedição. Estas últimas tomarão todas as medidas necessárias e comunicarão à autoridade competente do primeiro Estado-Membro a natureza dos controlos efectuados, as decisões tomadas e os motivos das mesmas.»

B — *Direito nacional*

9. Na versão em vigor até 31 de Dezembro de 2001, o Código Civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch, a seguir «BGB, versão antiga») continha as seguintes disposições:

«§ 195

O prazo normal de prescrição é de 30 anos.»

«§ 839

(1) Qualquer funcionário que, com dolo ou negligência, violar os deveres que, em virtude da sua função, lhe incumbem face a terceiros, é obrigado a indemnizá-los pelo prejuízo que daí resultar. Se houver apenas negligência por parte do funcionário, este só responde se o lesado não puder ser indemnizado de outro modo.

(2) O funcionário que não cumpra as obrigações que lhe incumbem ao apreciar uma situação jurídica só responde pelo dano que daí resultar se esse incumprimento consistir em delito. Esta disposição não se aplica quando o exercício das funções é recusado ou retardado.

(3) Não há obrigação de indemnizar quando o lesado, com dolo ou negligência, não tiver utilizado os meios processuais previstos na lei para evitar o dano.»

(3) Se, através da infracção, o responsável pela indemnização enriquecer à custa do lesado, está obrigado, mesmo após ter expirado o prazo de prescrição, a restituir aquilo com que se locupletou, segundo as regras do enriquecimento sem causa.»

III — Matéria de facto, processo principal e questões prejudiciais

«§ 852

(1) O direito a ser indemnizado pelo dano decorrente de uma infracção prescreve três anos após a data em que o lesado teve conhecimento do prejuízo e da pessoa obrigada a indemnizá-lo e, na falta de tal conhecimento, trinta anos após a prática da infracção.

(2) Se estiverem a decorrer negociações sobre o montante da indemnização, entre quem a deve pagar e quem a deve receber, suspende-se a prescrição até que uma das partes se recuse a prosseguir as negociações.

10. A recorrente exige à recorrida, com base nos direitos que lhe foram cedidos pelos seus sócios, uma indemnização por violação do direito comunitário. Alega que, desde o início de 1993, até 1999, a recorrida impôs uma proibição de facto de importação de carne de suínos machos não castrados da Dinamarca, que causou aos seus sócios um prejuízo de, pelo menos, 280 000 000 DEM.

11. Na Dinamarca, desde o início dos anos noventa, os suínos machos não castrados são criados como animais para abate. Com o calor, a sua carne pode acusar um cheiro ou gosto intenso. Para se poder detectar e eliminar carne com odor fétido, procede-se, por ocasião do abate, à medição das concentra-

ções de escatol, produto resultante da degradação bacteriana no intestino. Segundo a recorrida, o odor fétido deve-se, porém, à hormona androsterona, pelo que a verificação da concentração de escatol não conduz a um resultado seguro.

12. Nos termos do artigo 5.º, n.º 1, alínea o), da Directiva 64/433, na versão que resulta da Directiva 91/497, os Estados-Membros velarão por que sejam declaradas impróprias para consumo humano, pelo veterinário oficial, as carnes que apresentem um pronunciado odor sexual. De acordo com o artigo 6.º, n.º 1, alínea b), iii), os Estados-Membros velarão por que, sem prejuízo dos casos previstos no n.º 1, alínea o), do artigo 5.º, as carnes de suínos machos não castrados, com peso por carcaça superior a 80 quilos, sejam munidas de uma marca especial e submetidas a tratamento térmico, excepto se o estabelecimento puder garantir, através de um método reconhecido, que as carcaças que apresentem um odor sexual pronunciado podem ser detectadas.

13. Por cartas de 18 e 26 de Janeiro de 1993, a recorrida informou as autoridades veterinárias superiores dos Estados-Membros que o artigo 6.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 64/433 tinha sido transposto para direito alemão, de modo que, independentemente do limite de peso, era fixado um valor de 0,5 µg/g de androsterona, acima do qual a carne seria considerada imprópria para consumo humano, na acepção do artigo 5.º, n.º 1, alínea o), e não poderia ser importada como carne fresca para a Alemanha. Nas referidas cartas, é ainda indicado que, nos termos do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 89/622, todas as remessas de carne de suíno provenientes de outros Estados Membros seriam controladas, quanto ao seu valor-limite, no local de destino da remessa, independentemente de ostentarem marcas de salubridade. Por conseguinte, numerosas remessas de carne de suíno provenientes da Dinamarca foram controladas pelas autoridades alemãs competentes, sendo recusadas e devolvidas quando se verificava que ultrapassavam o valor-limite de androsterona.

14. Por acórdão de 12 de Novembro de 1998, proferido no processo Comissão/Alemanha (C-102/96, Colect., p. I-6871), na sequência de uma acção intentada pela Comissão, o Tribunal de Justiça declarou que a recorrida violou as disposições da mencionada directiva.

15. Como fundamentação do seu pedido de indemnização, a recorrente alega que, devido à violação do direito comunitário pela recorrida, os suinicultores e os matadouros dinamarqueses começaram por reduzir a produção de suínos machos não castrados e, em Outubro de 1993, quase que a suspenderam. Em contrapartida, entre 1993 e 1999, foram criados e abatidos cerca de 39 milhões de suínos castrados, para serem vendidos na Alemanha. A comercialização de uma quantidade idêntica de suínos não castrados teria permitido poupar, pelo menos, 280 000 000 DEM.

16. Em 6 de Dezembro de 1999, o Landgericht decidiu que a acção era, em princípio, procedente na parte relativa ao pedido de injunção, com efeitos a partir de 7 de Dezembro de 1996, e que tinha prescrito quanto à reparação dos danos produzidos antes de 6 de Dezembro de 1996. O tribunal de recurso julgou a acção procedente na sua totalidade. Com a *Revision* admitida pelo tribunal de recurso, a recorrida pede que seja negado provimento à totalidade do recurso.

17. O Bundesgerichtshof entende, enquanto instância de recurso, que o presente litígio suscita a questão de saber em que medida os produtores e distribuidores de carne de suínos lesados pela violação das directivas de harmonização podem, eventualmente, invocar direitos que lhes são conferidos pelo direito primário. Além disso, entende que é necessário clarificar a questão da influência de princípios do direito comunitário na configuração mais detalhada, em princípio, a nível do direito nacional, do regime da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário, em especial quanto à sua prescrição e às consequências jurídicas de uma eventual violação do dever de evitar o dano através do recurso às vias judiciais («primado da tutela do direito primário»).

18. Por conseguinte, em 12 de Outubro de 2006, decidiu suspender a instância no processo de *Revision* da recorrida e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

«1) O disposto no artigo 5.º, n.º 1, alínea o), e no artigo 6.º, n.º 1, alínea b), iii), da Directiva 64/433/CEE do Conselho, de 26 de Junho de 1964, relativa a problemas sanitários em matéria de comércio intracomunitário de carne fresca, conforme alterada pela Directiva 91/497/CEE do Conselho, de 29 de Julho de 1991 (JO L 268, p. 69), em conjugação com os artigos 5.º, n.º 1, 7.º e 8.º da Directiva 89/662/CEE do Conselho, de 11 de Dezembro de 1989, relativa aos controlos veterinários aplicáveis ao comércio intracomunitário, na perspectiva da realização do mercado interno (JO L 395, p. 13), confere aos produtores e distribuidores de carne de suíno uma posição jurídica que lhes permite invocar a responsabilidade do Estado, decorrente do direito comunitário, por transposição ou aplicação incorrecta destas directivas?

2) Independentemente da resposta à primeira questão prejudicial, podem os produtores e distribuidores de carne de suíno invocar a violação do artigo 30.º CE (actual artigo 28.º CE), para fundamentar a responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário na transposição e na aplicação das directivas mencionadas?

3) O direito comunitário exige que, na sequência de uma acção por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE, a

prescrição da responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário se interrompa ou suspenda até à conclusão de tal processo, quando no direito interno desse Estado não existem regras jurídicas que obriguem o Estado a transpor uma directiva?

4) O prazo de prescrição de uma acção com base em responsabilidade do Estado, fundada na transposição não integral de uma directiva e na correlativa proibição de facto de importação, começa a correr, independentemente do direito nacional aplicável, somente quando a directiva estiver integralmente transposta, ou pode o prazo de prescrição, em conformidade com o direito nacional aplicável, começar a correr logo que se produzam os primeiros efeitos danosos ou se preveja que outros venham a ocorrer? Caso a transposição integral da directiva influencie o início da contagem do prazo de prescrição, esta conclusão é válida em termos gerais ou apenas quando a directiva conferir um direito aos particulares?

5) Tendo em consideração que os Estados-Membros não devem estabelecer pressupostos para o exercício do direito a indemnização por danos da responsabilidade do Estado menos favoráveis do que os aplicáveis às acções semelhantes no quadro do direito nacional e que a obtenção de uma reparação não se deve tornar impossível na prática ou excessivamente difícil, há objecções a uma regra geral que não preveja a obrigação de indemnização quando o lesado, deliberada ou negligentemente, não tiver utilizado os meios processuais previstos na lei para evitar o dano? Há também objecções ao «primado da tutela do direito primário» quando este primado está subordinado à condição de ser razoável para o particular? É este primado injustificável, nos termos do direito comunitário, quando o tribunal da causa não puder responder às questões de direito comunitário sem previamente as submeter ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, ou quando já estiver pendente uma acção por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE?»

IV — Processo no Tribunal de Justiça

19. O despacho de reenvio deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 6 de Novembro de 2006.

20. A recorrente no processo principal, os Governos alemão, grego, polaco, francês, checo e italiano, bem como a Comissão, apresentaram observações escritas dentro do

prazo fixado no artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça.

21. Na audiência de 21 de Maio de 2008, compareceram para apresentar observações os representantes da recorrente no processo principal, dos Governos alemão, grego, polaco, francês, italiano e do Reino Unido, bem como da Comissão.

23. Como fundamentação, as partes referidas indicam, no essencial, que resulta dos considerandos das Directivas 64/433 e 89/662 que estas visam eliminar os obstáculos veterinários ao mercado interno, em concreto, por um lado, através da harmonização dos requisitos essenciais relativos à protecção da saúde dos seres humanos e dos animais e, por outro, da eliminação de controlos nas fronteiras internas. O artigo 5.º, n.º 1, alínea o), e o artigo 6.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 64/433 têm por objectivo a protecção da saúde dos consumidores e a harmonização dos correspondentes controlos. Os artigos 5.º, n.º 1, 7.º e 8.º da Directiva 89/662 obrigam os Estados-Membros a reconhecer, no âmbito dos controlos sanitários, a salubridade dos produtos controlados no Estado-Membro de expedição e, em caso de divergências de apreciação, a aplicar o procedimento previsto na directiva.

V — Principais argumentos das partes

A — *Quanto à primeira questão*

22. O Governo alemão, bem como os Governos grego, polaco, francês e italiano defendem que não é possível deduzir direitos individuais dos produtores e distribuidores de carne de suíno do artigo 5.º, n.º 1, alínea o), em conjugação com o artigo 6.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 64/433, nem dos artigos 5.º, 7.º e 8.º da Directiva 89/662, entendendo que não está preenchida a primeira das três condições da responsabilidade dos Estados-Membros por causa da transposição insuficiente das directivas em questão.

24. O Governo alemão sublinha que — ao contrário das directivas examinadas nos processos Francovich e Dillenkofer —, nas Directivas 89/662 e 69/433, pertinentes no caso em apreço, não se encontra referência alguma a um grupo determinável de pessoas às quais devam ser conferidos direitos específicos. A mera proximidade objectiva de um determinado grupo de pessoas com o objecto da regulamentação não é, por si só, suficiente para justificar a ideia da concessão de direitos subjectivos.

25. A recorrente no processo principal, a Comissão e o Governo checo entendem que os produtores e distribuidores de carne de suíno são titulares de um direito individual à protecção contra controlos que ultrapassam o que está previsto nas directivas. Neste contexto, a recorrente salienta que os Estados-Membros estão proibidos de impor condições de comercialização que vão além do que está previsto no artigo 6.º da Directiva 64/433. O artigo 8.º da Directiva 89/662 proíbe que as autoridades nacionais apliquem o artigo 7.º deste diploma sem recorrer a um procedimento de resolução de conflitos. Deste modo, é reconhecido ao particular o direito de não lhe serem aplicadas medidas do Estado de destino, nos termos do artigo 7.º Segundo a recorrente, o artigo 5.º, n.º 1, alínea o), da Directiva 91/497 destina-se a garantir que a salubridade seja, em princípio, verificada no país de origem. Esta norma visa, pois, proteger os particulares contra práticas nacionais que vão além da directiva.

26. Nas suas observações, a Comissão refere-se ao acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Fevereiro de 1998, no processo C-102/96, Comissão/Alemanha [4], no qual foi constatada a violação das Directivas 64/433 e 89/662, que está aqui em causa. Segundo a Comissão, as disposições pertinentes destas directivas têm por objectivo instituir um sistema harmonizado de controlos sanitários, assente na equivalência das garantias sanitárias exigidas em todos os Estados-Membros, no sentido da transferência dos controlos para o Estado de expedição. As referidas directivas fazem parte das medidas destinadas a realizar gradualmente o mercado interno. A este respeito, a Comissão indica que o Tribunal de Justiça já decidiu, no processo Dillenkofer, que o facto de uma directiva ter também por objectivo a realização do mercado interno não exclui que as suas disposições possam igualmente servir para proteger direitos individuais.

B — *Quanto à segunda questão*

27. A recorrente no processo principal, a Comissão e o Governo grego defendem que os produtores e distribuidores de carne de suíno podem invocar uma infracção ao artigo 28.º CE para fundamentar a responsabilidade do Estado pela transposição e aplicação das Directivas 64/433 e 89/662 não conforme com o direito comunitário, independentemente da questão de saber se lhes devem ser reconhecidas posições jurídicas individuais por força do disposto nas directivas. Entendem que, embora uma harmonização prive os Estados-Membros da possibilidade de invocarem motivos de justificação ao abrigo do artigo 30.º CE, não exclui a aplicabilidade do artigo 28.º CE. O direito derivado pode, é certo, concretizar esta disposição, mas não excluí-la. Num caso como o que está em apreço, a finalidade de protecção do artigo 28.º CE coincide com a das disposições em causa das Directivas 64/433 e 89/662. Por conseguinte, a violação das normas de direito derivado deve ser considerada, simultaneamente, uma violação das normas de direito primário.

28. Em contrapartida, o Governo alemão, bem como os Governos checo, francês, polaco e italiano entendem que, no caso de as disposições das directivas aplicáveis não conferirem direitos individuais ao particular, este também não pode alegar a violação do artigo 28.º CE para invocar a responsabilidade

4 — C-102/96, Colect., p. I-6871.

de um Estado-Membro. Decorre do acórdão do Tribunal de Justiça, no qual foi constatada a violação das directivas em causa, que as suas disposições harmonizaram as medidas para a determinação e a apreciação do odor sexual dos suínos. Deste modo, a medida do Estado-Membro deve ser apreciada à luz não do direito primário mas das disposições pertinentes de direito derivado.

29. Segundo o Governo alemão, dado que a legalidade da medida controvertida do Estado-Membro só pode ser apreciada à luz do direito derivado, deve aplicar-se o mesmo critério ao exame da questão de saber se a medida afecta posições jurídicas individuais. A este respeito, afirma que deve haver consonância entre o critério de apreciação da legalidade da medida nacional e o de determinação da existência da responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário. Neste sentido, a norma jurídica violada e a norma que confere direitos subjectivos devem ser idênticas.

30. Os Governos alemão e polaco sustentam que, além disso, são aplicados critérios muito diferentes ao exame de uma infracção ao direito derivado e de uma infracção ao direito comunitário primário. Enquanto que a não transposição de uma directiva constitui, desde logo, uma violação da directiva, há que examinar se esse mesmo comportamento do Estado-Membro — supondo que não ocorreu uma harmonização a nível do direito derivado — é compatível com o artigo 28.º CE e está possivelmente justificado por um motivo previsto no direito primário. Além disso, o caso vertente não apresenta nenhuma conexão transfronteiriça e, portanto, não está abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 28.º CE, porque os criadores de suínos e os matadouros dinamarqueses não exportam os seus próprios produtos. As perdas eventualmente sofridas constituem apenas um efeito reflexo.

C — *Quanto à terceira questão*

31. Todos os governos que apresentaram observações, bem como a Comissão entendem que o direito comunitário não exige que a propositura de uma acção por incumprimento pela Comissão interrompa a prescrição relativamente a direitos baseados na responsabilidade do Estado decorrente das regras comunitárias, ou que a suspenda na pendência deste processo.

32. As partes referidas fundamentam esta tese na autonomia dos Estados-Membros no domínio do direito processual. Essa autonomia permite que cada Estado-Membro fixe os prazos de prescrição e a sua interrupção ou suspensão, na condição de as correspondentes disposições não serem, do ponto de vista do titular do direito, mais desfavoráveis que o regime nacional de responsabilidade do Estado e que não tornem impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito

conferido pelas normas comunitárias. De resto, isto resulta também do acórdão de 10 de Julho de 1997, Palmisani (C-261/95, Colect., p. I-4025, n.º 40), relativo a prazos de caducidade das acções em matéria de responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário. O entendimento de que o prazo de prescrição não é interrompido nem suspenso por uma acção por incumprimento é também compatível com o princípio da efectividade. A Comissão sustenta que o direito comunitário só exige uma interrupção ou suspensão da prescrição quando o próprio lesado intenta uma acção, para cumprir o seu dever de minimizar o dano.

33. Além disso, os Governos alemão e polaco indicam que a própria jurisprudência relativa ao artigo 288.º, n.º 2, CE, no qual é regulada a responsabilidade da Comunidade, formulou, a este respeito, condições muito restritivas. Assim, o Tribunal de Primeira Instância decidiu que a prescrição deve ser interrompida pelo próprio titular do correspondente direito (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 16 de Abril de 1997, Hartmann/ /Conselho e Comissão, T-20/94, Colect., p. II-595, n.os 117 e segs.). Além disso, o processo por incumprimento é um acto de fiscalização jurídica de interesse público, que não tem como objectivo principal proteger posições jurídicas individuais. Deduziu daí que a questão de saber se deve ser intentada uma acção por incumprimento é decidida exclusivamente pela Comissão, no exercício do seu poder discricionário, sem que um lesado possa obrigá-la a intentar uma acção correspondente. O Governo grego indica ainda que a propositura de uma acção por incumprimento não está sujeita a prazos.

34. Todos os governos que apresentaram observações no caso vertente e a Comissão estão de acordo em que a falta de um meio processual nacional através do qual um Estado-Membro possa ser obrigado a transpor uma directiva é irrelevante relativamente às modalidades do exercício do direito baseado em responsabilidade do Estado e, em especial, à prescrição deste.

35. Antes de apresentar observações quanto à terceira questão, a recorrente no processo principal analisa a questão de saber se o direito comunitário se opõe à aplicação analógica do § 852 do BGB, versão antiga, que é defendida pelo órgão jurisdicional de reenvio. O § 852 do BGB, versão antiga, prevê um prazo de prescrição de três anos, ao contrário de outras normas que estabelecem prazos de prescrição mais longos. Em direito alemão, não é claro quais são as normas nacionais em matéria de prescrição que devem ser aplicadas à responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário. Não há, a este respeito, um regime legislativo nem jurisprudência dos tribunais superiores. Também na doutrina são defendidas opiniões diferentes. Segundo a recorrente, a aplicação analógica ao caso vertente do § 852 do BGB, versão antiga, que, como tal, tem por objecto a responsabilidade pessoal do funcionário, constitui uma violação dos princípios da segurança e da clareza jurídica e do princípio da efectividade. A fim de cumprirem a sua função de garantir a segurança jurídica, os prazos de prescrição devem ser fixados previamente (acórdão de 11 de Julho de 2002, Marks & Spencer, C-62/00, Colect., p. I-6325, n.º 39). Além disso, é também violado o princípio da equivalência, porque quem exerce direitos com base nas normas nacionais relativas à responsabilidade do Estado sabe qual é o regime de prescrição

aplicável ao seu direito, ao passo que quem demanda o Estado alemão com base no direito comunitário só pode especular quanto ao regime de prescrição aplicável por analogia.

36. A recorrente alega ainda que o direito comunitário também se opõe à aplicação analógica do § 852 do BGB, versão antiga, porque, contrariamente ao entendimento do órgão jurisdicional de reenvio, ela, como recorrente no processo principal, não podia conhecer, antes de 1997, a identidade dos responsáveis pela indemnização. Antes da prolação do acórdão de 1 de Junho de 1999, Konle (C-302/97, Colect., p. I-3099), não podia saber se tinha de demandar o próprio Estado-Membro ou os *Bundesländer* cujas autoridades também tinham violado o direito comunitário, através das medidas tomadas no âmbito da execução da lei.

37. A Comissão parte do princípio de que, mesmo antes da terceira e quarta questões prejudiciais, o órgão jurisdicional de reenvio coloca implicitamente a questão de saber se o direito comunitário se opõe à aplicação analógica do regime de prescrição previsto no § 852 do BGB, versão antiga, respeitante a acções relativas à responsabilidade dos funcionários, a nível do direito nacional. Segundo ela, cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais, atendendo, em especial, ao princípio da efectividade, examinar se os lesados por uma violação do direito comunitário estão em condições de conhecer suficientemente e invocar os direitos que resultam da responsabilidade do Estado com base em normas comunitárias. Só um exame aprofundado do direito nacional e das circunstâncias particulares de facto no processo principal poderá permitir ao órgão jurisdicional de reenvio determinar se a aplicação analógica do § 852 do BGB, versão antiga, impede a recorrente de conhecer suficientemente os seus direitos e de os invocar nos tribunais nacionais.

38. Quanto à terceira questão propriamente dita, a recorrente no processo principal, partindo de uma interpretação muito ampla do conceito de meio processual, sustenta que a acção por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE é um meio processual para efeitos do direito alemão. Segundo a recorrente, também interrompem a prescrição meios processuais comparáveis de direito nacional que, porém, devido às particularidades de todo o comportamento lesivo, não estavam à disposição. Por conseguinte, sustenta que o princípio da equivalência exige que sejam reconhecidos à acção por incumprimento ou à queixa apresentada pela recorrente à Comissão os mesmos efeitos que a um meio processual alemão numa situação comparável.

D — *Quanto à quarta questão*

39. Todas as observações apresentadas, com excepção das da recorrente no processo principal, referem, essencialmente no mesmo sentido, que o direito comunitário não exige que o prazo de prescrição previsto pelo direito nacional só comece a correr após a transposição completa da directiva em causa. Assim, o prazo de prescrição pode

começar a correr assim que se produzam os primeiros efeitos danosos ou se preveja que outros venham a ocorrer, mesmo que esta data seja anterior à da transposição completa da directiva.

40. Neste contexto, é salientado nas observações referidas que, em princípio, cabe ao direito nacional fixar quando começa a correr o prazo de prescrição para acções relativas à responsabilidade do Estado baseada em normas comunitárias, devendo ser respeitados os princípios da equivalência e da efectividade. Em particular, relativamente ao princípio da efectividade, é indicado que, como o Tribunal de Justiça constatou no âmbito de acções para restituição de imposições cobradas indevidamente, o princípio da efectividade não é contrariado quando os Estados-Membros fixam um prazo de caducidade que decorre antes de ser estabelecida a conformidade com o direito comunitário (acórdão de 17 de Novembro de 1998, Aprile, C-228/96, Colect., p. I-7141, n.º 45). O mesmo resulta do acórdão de 25 de Julho de 1991, Emmott (C-208/90, Colect., p. I-4269, n.º 23), no qual o Tribunal de Justiça declarou que, até ao momento da transposição correcta da directiva, o Estado-Membro em falta não pode invocar a extemporaneidade de uma acção. Como se esclareceu mais tarde no acórdão Aprile, essa solução foi acolhida apenas devido às circunstâncias próprias desse processo.

41. O Reino Unido defendeu na audiência, no essencial, que a prescrição de uma acção de responsabilidade com base em normas comunitárias se deve reger pelo direito nacional, e que um prazo de prescrição de três anos, como o previsto no direito alemão, não contraria os princípios da equivalência e da efectividade. A efectividade também não se opõe à aplicação analógica de uma regra nacional de prescrição a acções de responsabilidade decorrente do direito comunitário. Acrescenta que o direito comunitário não exige que o prazo de prescrição previsto no direito nacional só comece a correr com a transposição completa da directiva em causa.

42. A recorrente no processo principal entende, antes de mais, que o comportamento lesivo das autoridades alemãs, contrariamente ao que supõe o órgão jurisdicional de reenvio, só pode ser qualificado como comportamento continuado, com a consequência de que o prazo de prescrição apenas pode começar a correr quando este deixa de se verificar ou quando deixam de ser praticados outros actos lesivos. Isto decorre, em particular, do acórdão de 13 de Julho de 2006, Manfredi (C-295/04 a C-298/04, Colect., p. I-6619, n.os 77 e segs.). O Tribunal de Justiça decidiu que uma disposição nacional, por força da qual o prazo de prescrição para propor uma acção de indemnização corre a contar do dia em que se aplicou de modo efectivo o acordo ou a prática concertada pode tornar praticamente impossível o exercício do direito de pedir a reparação do dano. Nestas condições, é possível que o prazo de prescrição tenha expirado mesmo antes de ser posto termo à infracção, pelo que um lesado já não pode intentar qualquer acção.

43. Além disso, a recorrente defende que os princípios enunciados no acórdão Emmott são, excepcionalmente, também aplicáveis ao presente caso, porque, também aqui se verificam circunstâncias especiais. Estas consistem na insegurança jurídica que resulta da complexidade da interacção das disposições das directivas aplicáveis. Uma outra particularidade resulta do facto de as autoridades alemãs não terem recorrido ao procedimento de resolução de conflitos previsto no artigo 8.º da Directiva 89/662, o que também gerou insegurança jurídica. Sustenta que, por isso, os operadores afectados não tiveram, na prática, a possibilidade de invocarem directamente, perante as autoridades alemãs, os direitos que lhes são conferidos pelas directivas.

44. Finalmente, a recorrente no processo principal sustenta, a título subsidiário, para o caso de o comportamento lesivo a apreciar não ser considerado um comportamento continuado, que o § 852 do BGB, versão antiga, deve, pelo menos, ser interpretado em conformidade com o direito comunitário, no sentido de que a indemnização do dano só é excluída para o período que decorreu mais de três anos antes da propositura da acção de responsabilidade do Estado.

E — *Quanto à quinta questão*

45. O Governo italiano considera que, atendendo às suas observações quanto à terceira e quarta questões, não é necessário analisar a quinta questão.

46. Todos os outros governos intervenientes no processo defendem, no essencial, o ponto de vista de que o direito comunitário não se opõe à aplicação de uma disposição nacional como o § 839, n.º 3, do BGB, segundo a qual não há dever de indemnização quando o lesado, deliberada ou negligentemente, não tiver utilizado os meios processuais previstos na lei para evitar o dano. Remetem para o acórdão Brasserie du Pêcheur, do qual decorre que o órgão jurisdicional nacional pode sempre examinar se o lesado foi razoavelmente diligente para limitar o alcance do prejuízo e, em especial, se lançou mão de todos os meios de tutela jurídica ao seu alcance.

47. É ainda alegado que a aplicação do § 839, n.º 3, do BGB não viola o princípio da efectividade, a menos que, como nota o Governo checo, esta disposição seja interpretada no sentido de que exige que o lesado utilize todos os meios de tutela jurídica ao seu alcance, independentemente de isto ser adequado ou não, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto. Compete aos órgãos jurisdicionais nacionais apreciar se é exigível que o lesado invoque direitos decorrentes da falta de transposição correcta de uma directiva.

48. O Governo alemão salienta que o primado da tutela do direito primário não se opõe ao princípio da efectividade do direito comunitário, dado que a responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário não é excluída em geral, mas apenas nos casos em que quem a invoca não tenha recorrido à tutela do direito primário, em violação do seu dever de limitar as perdas. Entende que não deixa de ser exigível que se recorra à tutela do direito primário no caso de se prever que o órgão jurisdicional nacional venha a solicitar uma decisão a título prejudicial, nos termos do artigo 234.º CE, nem no caso de pendência de uma acção por incumprimento, nos termos do artigo 226.º CE.

49. Os Governos checo, polaco e francês entendem que a circunstância de ser previsível que o tribunal nacional não possa responder às questões de direito comunitário suscitadas, sem previamente as submeter ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.º CE, ou de já estar pendente uma acção por incumprimento, nos termos do artigo 226.º CE, não tem influência alguma na exigibilidade do cumprimento da obrigação de se recorrer à tutela do direito primário.

50. A Comissão sustenta que o direito comunitário se opõe à aplicação de uma norma nacional como o § 839, n.º 3, do BGB, dado que a invocação da responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário é subordinada a uma condição adicional negativa. Porém, o órgão jurisdicional nacional pode sempre, para determinar o prejuízo indemnizável por força do direito comunitário, examinar se o lesado foi razoavelmente diligente para evitar o prejuízo ou para limitar o seu alcance.

51. A recorrente no processo principal indica, antes de mais, que o § 839, n.º 3, do BGB tem por objecto a responsabilidade dos funcionários e não a do Estado, na medida em que este responda subsidiariamente pelo comportamento dos funcionários. Dado que, neste contexto, o particular não pode invocar processos paralelos de outros lesados, a aplicação desta norma teria como resultado concreto que cada uma das mais de 15 000 empresas dinamarquesas afectadas teria de demandar paralelamente, em todos os *Bundesländer,* os correspondentes funcionários das autoridades que não cumpriram as suas obrigações, o que, face a mais de 50 autoridades diferentes envolvidas, significaria mais de 750 000 recursos. Um tal requisito para invocar a responsabilidade do Estado baseada em normas comunitárias reduziria a eficácia do direito comunitário. Em suma, a recorrente indica que ela própria reconhece a existência de um dever de minimizar os danos. Mas isto não pode ir ao ponto de se exigir que o lesado lance mão de todo e qualquer meio processual, para não perder o direito que lhe é conferido pelas normas comunitárias.

VI — Apreciação jurídica

A — *Considerações introdutórias*

52. O instituto jurídico da responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário deve a sua existência e a sua configuração concreta à jurisprudência do Tribunal de Justiça. No seu acórdão fundamental de 19 de Novembro de 1991, no processo Francovich e o.[5], o Tribunal de Justiça declarou que, nos termos de um princípio directamente aplicável de direito comunitário, um Estado-Membro está obrigado a indemnizar os cidadãos por danos que lhes foram causados pelas infracções do Estado ao direito comunitário. O Tribunal de Justiça concluiu daí que um Estado-Membro deve responder também por danos causados a um particular por uma directiva que não foi transposta para o direito nacional dentro do prazo fixado[6].

53. O alcance deste acórdão só se torna claro observando o desenvolvimento do direito comunitário sobre a responsabilidade do Estado, na sequência da evolução da jurisprudência com base nos princípios do efeito útil do direito comunitário, do dever de cooperação leal entre os Estados-Membros, previsto no artigo 10.º CE, bem como, em especial, da responsabilidade extracontratual da Comunidade[7]. É certo que o direito comunitário, ao contrário do que acontece com o instituto jurídico da responsabilidade extracontratual da Comunidade, que assenta no artigo 288.º, n.º 2, CE[8], não inclui ainda uma disposição expressa quanto à responsabilidade dos Estados-Membros. Não obstante, é pacífico, actualmente, que a responsabilidade comunitária dos Estados-Membros é inerente ao sistema do Tratado e confere um direito a obter uma indemnização, baseado directamente nas normas comunitárias[9].

5 — Acórdão de 19 de Novembro de 1991, Francovich e o. (C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I-5357, n.º 37). No entanto, o Tribunal de Justiça tinha já declarado em acórdãos anteriores que os Estados-Membros são, em princípio, obrigados a responder pelas consequências dos danos causados aos particulares pela violação do direito comunitário, de acordo com as disposições do direito nacional relativas à responsabilidade do Estado (v. acórdão de 22 de Janeiro de 1976, Russo, 60/75, Recueil, p. 45, n.ºs 7 a 9, Colect., p. 9). Wathelet, M.;Van Raepenbusch, S. — «La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse?», *Cahiers de droit européen*, n.ºs 1 e 2 (1997), p. 15, entendem que o princípio da responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário foi esboçado muito antes do acórdão Francovich. Remetem, em primeiro lugar, para o acórdão de 15 de Julho de 1964, Costa/ENEL (6/64, Colect. 1962-1964, p. 549), no qual foi reconhecido o primado da aplicação do direito comunitário sobre o direito nacional, bem como, quanto ao dever de indemnização que incumbe aos Estados-Membros por infracções ao direito comunitário, para o acórdão de 16 de Dezembro de 1960, Humblet (6/60, Recueil, p. 1165), o qual reconheceu, pela primeira vez, no âmbito do Tratado CECA, o dever de os Estados-Membros eliminarem os efeitos de medidas ilegais.

6 — Acórdão Francovich e o. (já referido na nota 5, n.º 46).

7 — O princípio comunitário da responsabilidade do Estado tem a sua base de legitimação em vários elementos. Em primeira linha, o Tribunal de Justiça invoca o princípio do efeito útil («effet utile») do direito comunitário e, ao mesmo tempo, a necessidade de uma protecção eficaz dos direitos que as normas comunitárias conferem ou pretendem conferir aos cidadãos comunitários. Além disso, o Tribunal de Justiça refere a obrigação de os Estados-Membros eliminarem as consequências de um comportamento contrário ao direito comunitário, imposta pelo artigo 10.º CE e, recentemente, um princípio geral inerente às ordens jurídicas dos Estados-Membros, por força do qual o comportamento ilegal das autoridades públicas gera a obrigação de reparar o dano que daí resulta [v., a este respeito, Gellermann, M. — *EUV/EGV* (edição de Rudolf Streinz), Munique, 2003, tomo 57, artigo 288.º, n.º 38; Wegener, B.; Ruffert, M. — *Kommentar zu EUV/EGV, in* Calliess/Ruffert (editores), 3.ª ed., 2007, artigo 288.º, n.º 36; Hidien, J. — *Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der EU-Mitgliedstaaten*, Baden-Baden, 1999, pp. 12 e segs.]. Lenaerts, K.; Arts, D./Maselis, I. — *Procedural Law of the European Union*, 2.ª ed., Londres, 2006, n.º 3-041, p. 109, consideram que a jurisprudência relativa à responsabilidade extracontratual da Comunidade constitui um importante ponto de apoio para a configuração do instituto jurídico da responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário.

8 — V., quanto ao instituto jurídico da responsabilidade extracontratual da Comunidade, nos termos do artigo 288.º, n.º 2, CE, as minhas conclusões de 28 de Março de 2007, Internationaler Hilfsfonds/Comissão (C-331/05 P, Colect., p. I-5475, n.ºs 72 e segs.).

9 — V. acórdãos Francovich e o. (já referido na nota 5, n.º 35); de 5 de Março de 1996, Brasserie du Pêcheur e Factortame (C-46/93 e C-48/93, Colect., p. I-1029, n.º 31); de 26 de Março de 1996, British Telecommunications (C-392/93, Colect., p. I-1631, n.º 38); de 23 de Maio de 1996, Hedley Lomas (C-5/94, Colect., p. I-2553, n.º 24); e de 8 de Outubro de 1996, Dillenkofer e o. (C-178/94, C-179/94, C-188/94 a C-190/94, Colect., p. I-4845, n.º 20); de 2 de Abril de 1998, Norbrook Laboratories (C-127/95, Colect., p. I-1531, n.º 106); e de 4 de Julho de 2000, Haim (C-424/97, Colect., p. I-5123, n.º 26).

54. O direito comunitário reconhece um direito à indemnização quando estão preenchidos três requisitos: que a norma jurídica violada vise atribuir direitos aos particulares, que a violação seja suficientemente caracterizada e que haja um nexo de causalidade directo entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas [10]. No acórdão Dillenkofer e o. [11], o Tribunal de Justiça formula de maneira ligeiramente distinta a primeira condição, em especial relativamente aos casos em que faltavam medidas para transpor uma directiva dentro do prazo fixado — o resultado previsto pela directiva implica que sejam atribuídos aos particulares direitos cujo conteúdo pode ser determinado com base na directiva —, mas, ao mesmo tempo, sublinha que as duas formulações são, no essencial, idênticas [12].

55. Quanto à repartição das competências entre os tribunais comunitários e os tribunais dos Estados-Membros, é de notar que, em princípio, cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais determinar se as condições da responsabilidade dos Estados-Membros por uma violação do direito comunitário estão preenchidas num caso concreto [13]. Em contrapartida, a questão da existência e do alcance da responsabilidade de um Estado por danos resultantes de tal violação diz respeito à própria interpretação do direito comunitário que, como tal, é da competência do Tribunal de Justiça [14].

B — *Quanto à primeira questão*

1. Os métodos de interpretação aplicáveis

56. A primeira questão do Bundesgerichtshof visa determinar se as disposições do artigo 5.º, n.º 1, alínea o), e do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), iii), da Directiva 64/433, na versão que resulta da Directiva 91/497, em conjugação com os artigos 5.º, n.º 1, 7.º e 8.º da Directiva 89/662, conferem aos produtores e distribuidores de carne de suíno direitos subjectivos, na acepção do primeiro requisito da existência da responsabilidade do Estado com base no direito comunitário.

57. Esta condição mínima, na qual se reflecte a função protectora do indivíduo desempenhada pela responsabilidade do Estado, é

10 — Goffin, L. — «À propos des principes régissant la responsabilité non contractuelle des États membres en cas de violation du droit communautaire», *Cahiers de droit européen*, n.os 5 e 6 (1997), pp. 537 e segs.; Lenaerts, K.; Arts, D.; Maselis, I. — *loc. cit.* (nota 7), n.º 3-042, p. 109; Knez, R. — «Varstvo pravic posameznika, ki jih vsebuje pravo skupnosti», *Revizor*, n.os 4 e 5 (2003), ano 14, p. 105; Ossenbühl, F. — *Staatshaftungsrecht*, 5.ª ed., Munique, 1998, p. 505, e Guichot, E. — *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Valência, 2007, pp. 473, 474, partem de três requisitos: 1) a norma jurídica violada visa atribuir direitos aos particulares, 2) a violação é suficientemente caracterizada e 3) há um nexo de causalidade entre a violação e o prejuízo sofrido. V., designadamente, acórdãos Brasserie du Pêcheur e Factortame (n.º 51), Hedley Lomas (n.º 25), Haim (n.º 36), já referidos na nota 9, e acórdãos de 4 de Dezembro de 2003, Evans (C-63/01, Colect., p. I-14447, n.º 83), e de 25 de Janeiro de 2007, Robins e o. (C-278/05, Colect., p. I-1053, n.º 69).

11 — Acórdão Dillenkofer e o. (já referido na nota 9, n.º 23).

12 — V., neste sentido, também, advogado-geral F. G. Jacobs, nas suas conclusões de 26 de Setembro de 2000, Lindöpark (C-150/99, Colect. 2001, pp. I-493, I-497, n.º 51).

13 — Acórdãos Brasserie du Pêcheur e o. (n.º 22) e British Telecommunications (n.º 41), já referidos na nota 9, bem como acórdão de 18 de Janeiro de 2001, Lindöpark (já referido na nota 12, n.º 38).

14 — Acórdão Brasserie du Pêcheur e o. (já referido na nota 9, n.º 25).

preenchida quando a norma comunitária em causa tem por objectivo conferir a um grupo de pessoas suficientemente determinado um direito cujo conteúdo pode ser precisado atendendo à norma violada [15].

58. Destinatários das directivas são, nos termos do artigo 249.º, terceiro parágrafo, CE, em primeira linha, os Estados-Membros, particularmente porque devem assegurar a sua transposição. No entanto, as directivas podem ter o carácter de normas de protecção de terceiros, na medida em que obriguem expressamente os Estados-Membros a conferir direitos individuais [16]. É através da interpretação que se deve determinar se uma disposição do direito comunitário visa, neste sentido, conferir direitos subjectivos, cabendo aplicar os métodos de interpretação reconhecidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça [17]. Neste contexto, revestem importância decisiva a redacção, o sentido e a finalidade das disposições pertinentes, bem como as considerações do legislador comunitário, tal como constam dos preâmbulos das correspondentes normas comunitárias [18].

15 — Acórdãos Francovich e o. (já referido na nota 5, n.º 46) e Dillenkofer e o. (já referido na nota 9, n.º 46). Segundo Berg, W. — *EU-Kommentar* (edição de Jürgen Schwarze), Baden-Baden, 2000, artigo 288.º, n.ºs 79, 80, p. 2304, é logo suficiente quando a norma em causa, por exemplo, a disposição de uma directiva, tem por objectivo conceder um direito a um grupo determinado de pessoas. Uma vez apurado que uma norma tem por objectivo conceder um direito, deve examinar-se se o conteúdo do direito em questão pode ser determinado a partir dessa norma. É necessário que seja possível retirar da norma, através de interpretação, um conteúdo mínimo na acepção de um direito mínimo.

16 — V. Hidien, J., *loc. cit.* (nota 7), p. 48, o qual indica que, por definição, as directivas se dirigem exclusivamente aos Estados-Membros, impondo-lhes o dever de alcançar um resultado ou uma «obligation de résultat». No processo Francovich, o direito controvertido ao subsídio de insolvência só surgia após a transposição e a adopção das correspondentes medidas nacionais a favor dos trabalhadores. Não obstante, o Tribunal de Justiça afirmou que os particulares tinham o direito de invocar a responsabilidade do Estado.

17 — V., em geral, quanto aos métodos de interpretação reconhecidos pela jurisprudência, os acórdãos de 19 de Março de 1998, Compassion in World Farming (C-1/96, Colect., p. I-1251, n.º 49), e de 12 de Novembro de 1998, Comissão/Alemanha (C-102/96, Colect., p. I-6871, n.º 24). De acordo com esta jurisprudência, ao interpretar as disposições de direito comunitário, há que ter em conta não apenas o seu teor literal mas igualmente o seu contexto e os objectivos prosseguidos pela regulamentação de que fazem parte.

2. Direitos individuais na jurisprudência do Tribunal de Justiça

59. Antes de mais, devo dizer que não concordo com o entendimento defendido pela recorrente no processo principal, pelo Governo checo e pela Comissão, de que as disposições controvertidas podem conferir direitos individuais aos produtores e distribuidores de carne de suíno. Penso que esta conclusão resulta de uma apreciação global da jurisprudência proferida até agora pelo Tribunal de Justiça relativamente à responsabilidade do Estado bem como às disposições

18 — Ruffert, M., *in* Calliess/Ruffert, *loc. cit.* (nota 7), artigo 288.º, n.º 54, p. 2358, entende que a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa a este requisito é pouco esclarecedora. O Tribunal de Justiça examina, por um lado, a redacção e a finalidade das normas da directiva para averiguar a protecção que conferem e atende, em especial, aos considerandos (v. acórdãos Dillenkofer, n.ºs 30 e segs., e Norbrook Laboratories, n.º 108, já referidos na nota 7). Por seu turno, o Tribunal de Primeira Instância remete para um princípio geral de direito (princípio da não discriminação) (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Março de 2003, Banan-Kompaniet/Conselho e Comissão, T-47/00, Colect., p. II-607, n.º 64). O autor é de opinião de que os critérios a aplicar quanto à questão dos direitos conferidos aos indivíduos ao adaptar a directiva e do efeito directo das directivas são válidos para a questão em análise. Em sua opinião, há um direito subjectivo quando, pela sua finalidade normativa objectiva, uma disposição comunitária protege os interesses dos particulares que, por seu turno, devem ser efectivos e individualizáveis.

comunitárias controvertidas. Antes de analisar estas últimas, gostaria, porém, de recordar algumas situações em que o Tribunal de Justiça reconheceu a existência de um direito individual, e deste modo, ilustrar a diferença quanto ao caso em apreço.

60. Antes de mais, importa referir o acórdão Francovich [19], no qual o Tribunal de Justiça considerou que as disposições da Directiva 80/987/CEE [20], respeitantes à determinação quer do grupo de pessoas quer também do direito conferido aos trabalhadores aos quais era garantida a satisfação dos seus créditos em dívida em caso de insolvência da entidade patronal, eram suficientemente precisas, deduzindo, a partir daí, a existência de um direito subjectivo.

61. Além disso, no acórdão Dillenkofer e o. [21], o Tribunal de Justiça reconheceu que decorrem direitos individuais da Directiva 90/314/CEE [22] relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, dado que esta «implica a atribuição ao viajante de direitos que garantam o reembolso dos fundos que depositou e o seu repatriamento em caso de insolvência ou de falência do operador».

62. No acórdão Norbrook Laboratories [23], o Tribunal de Justiça declarou que, ao impor que o pedido de autorização de colocação no mercado de medicamentos veterinários só pode ser indeferido pelas razões nela enumeradas, a Directiva 81/851/CEE [24] cria para os particulares o direito de obter uma autorização se estiverem reunidas determinadas condições. Tais condições estão definidas de modo preciso e exaustivo nas Directivas 81/851 e 81/852. O Tribunal de Justiça concluiu daqui que o conteúdo do direito conferido ao requerente de uma autorização de colocação no mercado pode ser suficientemente identificado com base nessas directivas.

63. Por último o Tribunal de Justiça declarou, no acórdão Lindöpark [25], que as disposições do artigo 17.º, n.os 1 e 2, da Sexta Directiva, conjugadas com as dos seus artigos 2.º, 6.º, n.º 1, e 13.º, B, alínea b), que conferem um direito à dedução, são suficientemente claras, precisas e incondicionais para que um particular as possa invocar contra um Estado-Membro num órgão jurisdicional nacional.

19 — Acórdão Francovich e o. (já referido na nota 5, n.º 26).

20 — Directiva do Conselho, de 20 de Outubro de 1980, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador (JO L 283, p. 23; EE 05 F2 p. 201).

21 — Acórdão Dillenkofer e o. (já referido na nota 9, n.º 23).

22 — Directiva do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados (JO L 158, p. 59).

23 — Acórdão Norbrook Laboratories (já referido na nota 9, n.º 108).

24 — Directiva do Conselho, de 28 de Setembro de 1981, relativa à aproximação das legislações das Estados-Membros respeitantes aos medicamentos veterinários (JO L 317, p. 1; EE 13 F12 p. 3).

25 — Acórdão Lindöpark (já referido na nota 13, n.º 33).

64. As directivas interpretadas pelo Tribunal de Justiça nos referidos processos caracterizam-se ou por concederem direitos jurídico-privados aos trabalhadores ou consumidores, que lhes permitem obter indemnizações, ou direitos jurídico-públicos aos cidadãos, que lhes permitem obter da Administração uma prestação bem determinada, definida pela directiva. Como o Tribunal de Justiça declarou, a justo título, quer os titulares do direito quer o conteúdo deste podem ser determinados, de maneira suficientemente clara, com base quer no teor literal quer no sentido e na finalidade das correspondentes normas. Todavia, nada de semelhante se verifica no caso em apreço, como decorre da interpretação das disposições comunitárias pertinentes.

3. Interpretação das directivas controvertidas

65. Note-se, em primeiro lugar, que a Directiva 64/433, na versão que resulta da Directiva 91/497, tem por objectivo realizar o mercado interno de carne fresca, assegurando, simultaneamente, a protecção da saúde. O legislador comunitário utiliza, de acordo com o segundo, terceiro e quarto considerandos da Directiva 64/433, o método da aproximação das legislações, para facilitar o comércio intracomunitário, eliminando os obstáculos ao comércio resultantes das «disparidades existentes nos Estados-Membros em matéria de preceitos sanitários no domínio da carne».

66. Assim, a Directiva 64/433 instituiu um sistema harmonizado de controlos sanitários, assente na equivalência das garantias sanitárias exigidas em todos os Estados-Membros e que assegura simultaneamente a protecção da saúde e a igualdade de tratamento dos produtos. Este sistema tem por objectivo deslocar os controlos sanitários para o Estado-Membro expedidor [26]. Isto é finalmente conseguido através da Directiva 89/662, a qual estabelece as regras para os controlos veterinários no comércio intracomunitário. Estes controlos que, até aí, eram realizados nas fronteiras entre os Estados-Membros, passam a ser efectuados, nos termos do quinto considerando da Directiva 89/662, sobretudo, no país de origem da carne fresca.

67. Independentemente disto, o artigo 5.º da Directiva 89/662 permite que o Estado-Membro de destino proceda a controlos por amostragem, de modo não discriminatório, destinados a garantir a conformidade das mercadorias com as exigências em vigor em matéria de requisitos sanitários. Trata-se, manifestamente, de uma norma inspirada pela intenção de proteger a saúde pública, no quadro do sistema instituído pela referida directiva: com efeito, esta permite que, nos termos do artigo 7.º, seja proibida a comercialização da carne, quando se tenham verificado irregularidades na remessa. No entanto, nesse caso, o Estado que invoca esta faculdade deve accionar imediatamente o procedimento

26 — Neste sentido, acórdãos de 6 de Outubro de 1983, Delhaize Frères (2/82 a 4/82, Recueil, p. 2973, n.º 11), de 15 de Dezembro de 1993, Ligur Carni e o. (C-277/91, C-318/91 e C-319/91, Colect., p. I-6621, n.º 25), e de 12 de Novembro de 1998, Comissão/Alemanha (já referido na nota 17, n.º 26).

especial instituído pelo artigo 8.º, com vista a resolver os litígios que possam surgir quanto à conformidade das mercadorias com as exigências em vigor em sede de requisitos sanitários.

68. As directivas referidas têm claramente como objectivo principal a realização do mercado interno [27], mas não fazem qualquer referência ao papel a atribuir aos produtores e exportadores de carne, no âmbito dos controlos veterinários. Com efeito, contrariamente ao que foi afirmado pela recorrida na audiência, importa examinar não apenas os direitos dos produtores de carne mas também, em especial, os dos exportadores, sobretudo atendendo a que a recorrente efectua parte das suas exportações de carne para a Alemanha, através da sua filial alemã ESS FOOD [28]. Deste modo, a recorrente constitui uma unidade económica que, contrariamente ao que foi afirmado pela recorrida, exerce uma verdadeira actividade económica transfronteiriça (produção na Dinamarca e comercialização na Alemanha).

69. No acórdão Comissão/Alemanha [29], o Tribunal de Justiça declarou que decorrem direitos e obrigações para os particulares de uma directiva, quando esta obriga os Estados-Membros, através de disposições precisas e detalhadas, a preverem um regime coerente de proibições, regimes de autorização e processos de controlo. No caso vertente, estes requisitos só em parte estão preenchidos. Embora a Directiva 89/662 estabeleça uma série de processos de controlo e de obtenção de informações entre as autoridades competentes dos Estados-Membros, a obrigação, meramente implícita, de aceitar os controlos veterinários no país de origem e os controlos veterinários por sondagem e de carácter não discriminatório, admissíveis no Estado de destino, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 89/662, permite identificar claramente apenas um número reduzido de direitos que um produtor ou um distribuidor de carne poderia, eventualmente, invocar perante as autoridades competentes. Trata-se exclusivamente de direitos processuais de participação como, por exemplo, a possibilidade que o expedidor ou o seu mandatário têm de, nos termos do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 89/662, optar entre a destruição das mercadorias e a sua utilização para outros fins, incluindo a sua reexpedição. Além disso, o artigo 8.º, n.º 2, da Directiva 89/662 prevê deveres das autoridades competentes face ao expedidor ou ao seu mandatário, relativos à fundamentação das decisões administrativas e à informação sobre eventuais vias de recurso.

70. Por conseguinte, é óbvio que as referidas disposições da Directiva 89/662 se limitam, essencialmente, a regular aspectos processuais dos controlos administrativos, atribuindo um papel passivo aos produtores e distribuidores de carne de suíno, na medida em que estes têm de aceitar as medidas das

27 — V. acórdão de 12 de Novembro de 1998, Comissão/Alemanha (já referido na nota 17, n.º 27), proferido numa acção por incumprimento contra a República Federal da Alemanha, no qual o Tribunal de Justiça declarou que «[a]s referidas directivas [Directiva 64/433, na versão que resulta da Directiva 91/497, bem como a Directiva 89/662] fazem parte das medidas destinadas a realizar, de modo gradual, o mercado interno».

28 — V. n.º 23 da petição da recorrente.

29 — Acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, Comissão/Alemanha (C-131/88, Colect., p. I-825, n.º 7).

autoridades competentes. Logo, não conferem direitos nenhuns cujo conteúdo possa ser suficientemente determinado, susceptíveis de permitir que este grupo de pessoas invoque a responsabilidade do Estado.

71. Com base no artigo 5.º, n.º 1, alínea o), e no artigo 6.º, n.º 1, alínea b), iii), da Directiva 64/433, na versão que resulta da Directiva 91/497, também não é possível deduzir direitos individuais, pois estas disposições estabelecem apenas o dever de as autoridades nacionais declararem imprópria para consumo a carne que apresenta um odor sexual pronunciado. Ao mesmo tempo, as disposições da directiva impõem a obrigação de munir de uma marca especial as carnes de suínos machos não castrados, com peso superior a 80 quilos por carcaça e de as submeter a um tratamento térmico. Assim, a directiva tem por objectivo principal uma harmonização dos controlos veterinários e dos princípios relativos à segurança sanitária. Esta harmonização deve ser obtida através do cumprimento adequado, pelos Estados-Membros, das obrigações enunciadas nas referidas directivas. Estas directivas não visam proteger os direitos dos produtores, e só os Estados-Membros são obrigados a agir.

72. Há que concordar com a recorrente no processo principal em que estas disposições devem ser interpretadas no sentido de que proíbem os Estados-Membros de imporem condições de comercialização que ultrapassem o disposto no artigo 6.º Esta interpretação foi defendida pelo advogado-geral A. La Pergola, nas suas conclusões apresentadas em 3 de Fevereiro de 1998, no processo C-102/96, Comissão/Alemanha [30], e confirmada pelo Tribunal de Justiça no acórdão de

30 — Nas suas conclusões de 3 de Fevereiro de 1998, Comissão/Alemanha (C-102/96, Colect. 1998, pp. I-6871, p. I-6873, n.º 8), o advogado-geral A. La Pergola indica que não há dúvida de que as exigências impostas pelas autoridades alemãs, no que se refere à marcação e ao tratamento térmico das carnes de suíno, são contrárias ao artigo 6.º, n.º 1, alínea b), iii). A redacção deste artigo é, com efeito, clara e inequívoca; só devem ser munidas da marca especial e sujeitas a um tratamento térmico especial as carcaças com um peso superior a 80 quilos; no entanto, as empresas não podem garantir, com base num método comum ou, na ausência deste, com base num método reconhecido pelas autoridades competentes do país de origem, que «as carcaças que apresentem um odor sexual pronunciado podem ser detectadas». As autoridades alemãs, em contrapartida, impõem a marcação e o tratamento térmico igualmente para as carcaças com um peso inferior ao limiar dos referidos 80 quilos. As autoridades alemãs impõem, além disso, tal tratamento, independentemente do facto de as autoridades do país de origem utilizarem um método adequado para determinar as carnes que apresentam um odor sexual pronunciado; assim, na nota controvertida, indica-se precisamente que «só o teste imunoenzimático modificado do professor Claus é reconhecido como método específico que permite detectar a androstenona». Por conseguinte, segundo o advogado-geral, é manifesta a violação do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), iii).

12 de Novembro de 1998 [31]. Todavia, como o Governo polaco referiu, com razão, nas suas observações escritas [32], isto não pode significar, de modo algum, que, a partir de um dever imposto a um Estado-Membro, seja possível, sem mais, deduzir um direito subjectivo dos particulares. Uma interpretação diferente levaria a qualificar logo como direito individual qualquer interesse económico dos operadores no mercado, satisfeito através da eliminação de obstáculos comerciais às trocas intracomunitárias. Por si só, o facto de uma norma jurídica trazer vantagens para os cidadãos não chega ainda para lhes conferir qualquer direito subjectivo, originando, quando muito, um reflexo jurídico favorável [33]. A doutrina relativa ao direito público subjectivo afirma que existe um direito subjectivo quando uma norma jurídica imperativa se destina a servir não só o interesse público mas — pelo menos também — o interesse de certos cidadãos. Por conseguinte, atendendo à jurisprudência proferida até aqui pelo Tribunal de Justiça para invocar a responsabilidade do Estado, cabe perguntar se a norma jurídica violada confere ao lesado um direito subjectivo, na acepção de uma posição juridicamente protegida [34]. Atendendo às considerações tecidas quanto às directivas aqui em causa, é claro que isto não se verifica.

4. Conclusão

73. Por conseguinte, cabe responder à primeira questão prejudicial que o disposto no artigo 5.º, n.º 1, alínea o), e no artigo 6.º, n.º 1, alínea b), iii), da Directiva 64/433, na versão que resulta da Directiva 91/497, em conjugação com os artigos 5.º, n.º 1, 7.º e 8.º da Directiva 89/662, não confere aos produtores e distribuidores de carne de suíno uma posição jurídica que lhes permita invocar a responsabilidade do Estado, decorrente do direito comunitário, por erros de transposição ou aplicação destas directivas.

31 — V. acórdão de 12 de Novembro de 1998, Comissão/Alemanha (já referido na nota 17, n.os 32 e 33). V., a este respeito, Aubry-Caillaud, F. — *La libre circulation des marchandises — nouvelle approche et normalisation européenne*, Paris, 1998, p. 68, o qual indica que, no caso de uma harmonização completa, as autoridades de um Estado-Membro já não têm a possibilidade de impor, para produtos de outros Estados-Membros, condições de comercialização que vão além das estabelecidas no direito comunitário.

32 — Observações escritas do Governo polaco, n.º 14.

33 — Neste sentido, Maurer, H. — *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11.ª ed., Munique, 1997, § 8, n.º 8, p. 152. V., a propósito da responsabilidade do Estado: Nettesheim, M. — *Die mitgliedstaatliche Durchführung von EG-Richtlinien*, Berlim, 1999, p. 43, que, para afirmar que uma directiva confere um direito subjectivo, exige que «proteja de maneira qualificada um interesse individual digno de tutela». Não basta que a «norma de transposição afecte a esfera de interesses do cidadão». Também não é suficiente que o comportamento que a disposição da directiva impõe «afecte aspectos da vida dos particulares de modo favorável aos seus interesses». Assim, o autor distingue entre meros «interesses» e «direitos» (entendidos como interesses dignos de protecção jurídica). Segundo Beljin, S. — *Staatshaftung im Europarecht*, Colónia, 2000, p. 139, o conceito inicialmente estrito de direito subjectivo é hoje em dia entendido como conceito que engloba os direitos em sentido estrito e os interesses e posições objecto de protecção jurídica. Entende que se deve distinguir entre interesses jurídicos e «interesses meramente económicos, políticos, estéticos ou de outro tipo». O interesse não é juridicamente protegido quando existe apenas um reflexo jurídico: o efeito meramente prático e não normativo de uma regra jurídica, a simples «reverberação».

34 — Em regra, o Tribunal de Justiça utiliza o conceito de «direito individual», mas refere-se, manifestamente, a um «direito subjectivo». Alexy, R. — *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p. 164, entende por direitos subjectivos, do ponto de vista da teoria do direito, posições e relações jurídicas. Remete para os critérios da teoria jurídica definidos por Bernhard Windscheid e Rudolf von Jhering. Segundo Windscheid, o direito subjectivo é «o poder ou domínio da vontade conferido pela ordem jurídica»; segundo Jhering, os direitos subjectivos são «interesses juridicamente protegidos». A discussão destas teorias conduziu a várias teorias, ditas combinadas. Por um lado, o direito subjectivo é definido como um poder jurídico, conferido ao particular pela ordem jurídica e que constitui um meio para satisfazer interesses humanos. Por seu lado, Georg Jellinek define-o como «um poder da vontade humana respeitante a um bem ou interesse e protegido e reconhecido pela ordem jurídica». Segundo Maurer, H., *loc. cit*. (nota 33), § 8, n.º 2, p. 149, na perspectiva do cidadão, o direito público subjectivo é o «poder jurídico conferido ao particular pelo direito público, que permite exigir ao Estado um determinado comportamento para prosseguir os seus próprios interesses».

C — *Quanto à segunda questão*

74. No caso de as directivas em questão não conferirem direitos nenhuns ao referido grupo de pessoas, o Bundesgerichtshof pergunta, com a sua segunda questão prejudicial, se estas podem invocar uma responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário, com base na violação da livre circulação de mercadorias, nos termos do artigo 28.º CE.

1. As liberdades fundamentais como direitos públicos subjectivos

75. A jurisprudência do Tribunal de Justiça reconhece que é possível deduzir direitos individuais também a partir das disposições de direito primário relativas às liberdades fundamentais. As liberdades fundamentais geram não apenas direito objectivo mas conferem aos particulares igualmente o poder jurídico de invocar o seu regime normativo, face aos sujeitos jurídicos adstritos a obrigações nesse domínio. Dado que conferem esta posição jurídica face aos poderes públicos, podem ser designadas como direitos públicos subjectivos [35]. Por conseguinte, a sua violação pode, em princípio, dar origem à responsabilidade do Estado. Isto aplica-se, sem dúvida, às disposições pertinentes no presente processo, relativas à livre circulação de mercadorias [36].

76. Assim, no acórdão Brasserie du Pêcheur [37], o Tribunal de Justiça entendeu que o primeiro requisito da responsabilidade do Estado se encontrava preenchido também no caso de uma violação do artigo 28.º CE, pois «embora [o artigo 28.º CE] imponha uma proibição aos Estados-Membros, também gera, em favor dos particulares, direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger».

77. Esta afirmação foi confirmada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Hedley Lomas [38] e, ao mesmo tempo, ampliada para abranger o comércio intracomunitário de animais de abate. Esse processo teve origem num litígio que opôs a empresa Hedley Lomas Ltd ao Ministry of Agriculture, Fisheries and Food (Ministério da Agricultura, Pescas e Alimentação) de Inglaterra e País de Gales,

35 — Neste sentido, Kingreen, T. — *in* Calliess/Ruffert (editores), *loc. cit.* (nota 18), artigos 28.º a 30.º, n.º 9, p. 578; do mesmo autor, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Berlim 1999, pp. 23 e segs.

36 — Assim, Müller-Graff, P.-C. — *Kommentar über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* (edição de Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze), Baden-Baden, 2003, tomo 1, artigo 28.º, n.º 316, p. 1065, indica que um Estado-Membro é obrigado a reparar um dano causado a um particular, por tomar medidas em violação do artigo 28.º CE ou por não tomar medidas para proteger a livre circulação de mercadorias, contra o desfavorecimento de particulares, desde que estejam preenchidas as restantes condições da responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário.

37 — Acórdão Brasserie du Pêcheur e o. (já referido na nota 9, n.º 54).

38 — Acórdão Hedley Lomas (já referido na nota 9, n.ºs 27 a 29), que remete para o acórdão de 29 de Novembro de 1978, Pigs Marketing Board (83/78, Colect., p. 821, n.ºs 66 e 67), no qual o Tribunal de Justiça declarou que «as disposições dos artigos 30.º e 34.º do Tratado CEE e do Regulamento n.º 2795/75 são directamente aplicáveis e criam na esfera jurídica dos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger».

após este ministério ter recusado conceder uma licença para exportação de ovinos vivos para Espanha, solicitada pela Hedley Lomas Ltd. Esta decisão foi fundamentada indicando que os animais estavam sujeitos, nos matadouros desse Estado, a um tratamento contrário à Directiva 74/477/CEE, relativa ao atordoamento dos animais antes do seu abate. O Tribunal de Justiça entendeu que a recusa de conceder uma licença de exportação constituía uma restrição quantitativa à exportação, contrária ao artigo 28.º CE, e que não podia ser justificada através do artigo 30.º CE, tendo esclarecido que o artigo 28.º CE confere direitos aos particulares. Tendo em conta que, no momento em que cometeu a referida infracção, o Reino Unido não tinha de tomar decisões em matéria legislativa e dispunha de reduzida margem de manobra, o Tribunal de Justiça considerou que a simples infracção ao direito primário bastava para afirmar a existência de uma violação suficientemente caracterizada.

78. Não obstante, é preciso ainda averiguar se o lesado pode invocar o direito primário quando foi adoptada uma directiva de harmonização no domínio em causa, e se essa directiva não constitui o quadro de referência exaustivo para apreciar as obrigações do Estado-Membro e, se necessário, para apreciar a eventual responsabilidade do Estado-Membro. Neste contexto, cabe remeter para o acórdão Comissão/Alemanha [39], no qual o Tribunal de Justiça declarou que as disposições relativas à detecção de odor sexual pronunciado dos suínos machos não castrados se encontram harmonizadas.

39 — Acórdão de 12 de Novembro de 1998, Comissão/Alemanha (já referido na nota 17, n.os 29 e 36).

2. Primado da aplicação do direito derivado

79. Contra a possibilidade de invocar directamente as liberdades fundamentais garantidas pelo direito primário pode referir-se o entendimento defendido pelo Tribunal de Justiça em jurisprudência assente, de que toda e qualquer medida nacional num domínio que foi objecto de uma harmonização exaustiva a nível comunitário através de uma directiva deve ser apreciada à luz das disposições dessa directiva e não das disposições do Tratado CE [40]. Neste contexto, o Tribunal de Justiça notou também que cabe interpretar as directivas e todo o direito comunitário derivado à luz das disposições do Tratado CE relativas à livre circulação de mercadorias.

80. Em contraste com a sua jurisprudência anterior, o Tribunal de Justiça tende, ultimamente, a excluir de modo expresso não apenas a invocação dos motivos de justificação

40 — Acórdãos de 5 de Outubro de 1977, Tedeschi (5/77, Recueil, p. 1555, n.º 35, Colect., p. 555); de 30 de Novembro de 1983, Van Bennekom (227/82, Recueil, p. 3883, n.º 35); de 12 de Outubro de 1993, Vanacker e Lesage (C-37/92, Colect., p. I-4947, n.º 9); de 5 de Outubro de 1994, Centre d'insémination de la Crespelle (C-323/93, Colect., p. I-5077, n.º 31); de 11 de Julho de 1996, Bristol-Myers Squibb e o. (C-427/93, C-429/93 e C-436/93, Colect., p. I-3457, n.º 25); de 13 de Dezembro de 2001, Daimler Chrysler (C-324/99, Colect., p. I-9897, n.º 32); e de 11 de Dezembro de 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Colect., p. I-14887, n.º 64).

previstos a nível do direito primário no artigo 30.º CE mas também o recurso ao próprio artigo 28.º CE como critério de apreciação [41]. O direito derivado concretiza o direito primário e, nesta medida, é o único critério que deve nortear a actuação dos Estados-Membros [42]. Por este motivo, não é possível invocar um motivo de justificação. Esta jurisprudência foi confirmada, mais recentemente, nos acórdãos Deutscher Apothekerverband [43], Radlberger Getränkegesellschaft [44] e Denkavit [45] [46].

81. Nos processos julgados até agora, foi examinado se um regime nacional era compatível com o direito comunitário ou se um determinado Estado-Membro tinha cumprido as obrigações que lhe incumbiam por força da directiva em causa. Porém, não penso que sejam aplicáveis, ao caso em apreço, as conclusões do Tribunal de Justiça segundo as quais a directiva serve como único quadro de referência.

82. No caso em apreço, as directivas não respeitadas pela recorrida referem-se apenas a aspectos processuais dos controlos veterinários. Quando uma directiva se limita a regular detalhes processuais [47], penso que não é possível presumir que o legislador comunitário pretendia também, com estas directivas, configurar os direitos dos cidadãos da União e, deste modo, privá-los da possibilidade de invocarem o seu direito à livre circulação de mercadorias, consagrado no artigo 28.º CE.

83. Com a interpretação aqui sugerida, também não há o risco de contornar os requisitos da responsabilidade do Estado, enunciados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Com efeito, a violação das disposições de uma directiva que, devido ao seu carácter processual, não confere direitos subjectivos nenhuns, não dá origem *per se* a responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário. Pelo contrário, importa examinar exactamente se a violação destas disposições processuais não implica também a violação do direito subjectivo do cidadão da União a ter acesso ao mercado, consagrado no artigo 28.º CE. No presente processo, isto deve ser apreciado pelo juiz nacional. Assim, contrariamente ao entendimento do Governo alemão, a violação de uma norma da directiva não implica automaticamente a violação do artigo 28.º CE, pelo que não há o risco de uma responsabilidade ilimitada dos Estados-Membros.

41 — Acórdãos Deutscher Apothekerverband (já referido na nota 40, n.º 65), de 14 de Dezembro de 2004, Radlberger Getränkegesellschaft (C-309/02, Colect., p. I-11763, n.º 53), e de 13 de Janeiro de 2005, Denkavit (C-145/02, Colect., p. I-51, n.º 22).

42 — Neste sentido, também, Kingreen, T., *in* Calliess/Ruffert (editores), *loc. cit.* (nota 35), artigos 28.º a 30.º, n.º 18, segundo o qual o direito derivado é «o meio em que se efectua a determinação e a delimitação, decisivas para a ordem jurídica da União, das liberdades fundamentais garantidas em direitos e deveres concretos e demarcados».

43 — Acórdão Deutscher Apothekerverband (já referido na nota 40, n.º 65).

44 — Acórdão Radlberger Getränkegesellschaft (já referido na nota 41, n.º 53).

45 — Acórdão Denkavit (já referido na nota 41, n.º 22).

46 — Kingreen, T., *loc. cit.* (nota 35), p. 151; o mesmo autor, *in* Calliess/Ruffert (editores), *loc. cit.* (nota 18), artigos 28.º a 30.º, n.º 18, explica que a relação entre as liberdades fundamentais e o direito comunitário derivado é tratada pelo Tribunal de Justiça quase sempre como um problema da justificação de uma restrição: na falta de competência dos Estados-Membros, não é possível invocar os motivos de justificação se e na medida em que o caso é regulado pelo direito derivado. Indica, porém, que o Tribunal de Justiça analisa esta questão também sob o prisma do âmbito de aplicação, especialmente na sua jurisprudência mais recente.

47 — V. n.º 71 das presentes conclusões.

3. Conclusão

84. Por consequência, deve responder-se à segunda questão prejudicial que os produtores e distribuidores dinamarqueses de carne de suíno podem invocar a violação da livre circulação de mercadorias, nos termos do artigo 28.º CE, para fundamentar a responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário. Porém, compete ao juiz nacional verificar se a violação do disposto em directivas que não conferem direitos subjectivos nenhuns implica a violação do direito de acesso ao mercado pelo cidadão da União, nos termos do artigo 28.º CE.

D — *Questão prévia à terceira e quarta questões*

85. A terceira e quarta questões referem-se aos efeitos do direito comunitário nas regras nacionais de prescrição. Todavia, decorre do despacho de reenvio [48] que o Bundesgerichtshof solicita primeiro uma resposta a uma questão prévia, mais concretamente, à questão de saber se os princípios comunitários da equivalência e da efectividade se opõem a uma aplicação do prazo de prescrição de três anos, fixado no § 852, n.º 1, do BGB, versão antiga.

48 — Despacho de reenvio do Bundesgerichtshof de 12 de Outubro de 2006, p. 20, n.º 24.

1. Competência do legislador nacional

86. Note-se, antes de mais, que o direito comunitário, à excepção do artigo 46.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, respeitante à responsabilidade extracontratual das Comunidades, não regula aspectos relativos à prescrição de acções de responsabilidade.

87. Ao invés, decorre de jurisprudência assente do Tribunal de Justiça [49] que as consequências do dano causado devem ser reparadas nos termos do direito nacional. Com efeito, na falta de um regime comunitário, cabe ao direito nacional de cada Estado-Membro determinar os órgãos jurisdicionais competentes e regular a tramitação das acções destinadas a garantir a protecção plena dos direitos conferidos ao particular pelas normas comunitárias.

88. Por esta razão, o Tribunal de Justiça reconheceu expressamente que a fixação de prazos de caducidade para a interposição de recursos em matéria fiscal [50] é da competência dos Estados-Membros. Nesta medida, é lógico reconhecer a competência dos Estados-Membros também para determinar o prazo após o qual prescreve a responsabilidade do

49 — Acórdão Francovich e o. (já referido na nota 5, n.os 37 e 42).

50 — Acórdãos de 10 de Julho de 1997, Palmisani (C-261/95, Colect., p. I-4025, n.os 27 e 28); de 17 de Julho de 1997, Texaco e Olieselskabet Danmark (C-114/95 e C-115/95, Colect., p. I-4263, n.º 46); de 2 de Dezembro de 1997, Fantask (C-188/95, Colect., p. I-6783, n.os 47 a 49); e de 15 de Setembro de 1998, Edis (C-231/96, Colect., p. I-4951, n.os 33 e 34).

Estado decorrente do direito comunitário [51], e isto independentemente de as ordens jurídicas nacionais regularem sobretudo os requisitos materiais ou processuais da acção ou da responsabilidade [52].

2. Requisitos da equivalência e da efectividade

89. O Tribunal de Justiça declara ainda que a fixação de prazos razoáveis de propositura de acções ou de interposição de recursos constitui uma aplicação do princípio fundamental da segurança jurídica, pelo que os prazos de caducidade e de prescrição são, em princípio, compatíveis com o direito comunitário, na medida em que as modalidades da sua aplicação respeitem os princípios da equivalência e da efectividade [53].

90. Por um lado, o princípio da equivalência significa que as condições materiais e formais fixadas pelas diversas legislações nacionais em matéria de reparação dos danos não podem ser menos favoráveis do que as que dizem respeito a reclamações semelhantes de natureza interna. Por seu turno, o princípio da efectividade implica que estas condições também não podem ser estabelecidas de forma a tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil obter a reparação [54].

51 — Neste sentido, Pestalozza, C. — «Roß und Reiter: Art. 34 GG und die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung», *Gemeinwohl und Verantwortung: Festschrift für Hans Herbert von Armin zum 65. Geburtstag*, Berlim, 2000, p. 291, segundo o qual, na medida em que nem o direito comunitário nem o artigo 34.º da Grundgesetz alemã fornecem detalhes sobre o direito fundado nas normas comunitárias, se aplica o direito alemão a título complementar. Neste contexto, remete para as normas de direito civil em matéria de concorrência da culpa e para as disposições relativas à prescrição. Gellermann, *EUV/EGV* (edição de Rudolf Streinz), Munique, 2003, tomo 57, artigo 288.º, n.º 56, entende que a questão de saber qual o período que deve decorrer para que prescreva a acção de indemnização se rege pelas correspondentes normas do direito nacional. Considera que deve ser excluída a aplicação do artigo 46.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, porque, embora o direito de invocar a responsabilidade seja conferido pelas normas jurídicas comunitárias, a sua configuração concreta resulta do direito nacional. Nesta medida, fica reservada aos Estados-Membros a determinação dos prazos de prescrição, sendo necessário atender apenas às exigências do imperativo da eficácia e do princípio da não discriminação. No mesmo sentido, também Hidien, J., *loc. cit.* (nota 7), p. 71. Segundo Kischel, U. — «Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung zwischen Europarecht und nationaler Rechtsordnung», *Europarecht*, caderno 4, 2005, p. 450, os prazos de prescrição estão abrangidos pela autonomia processual dos Estados-Membros, e isto independentemente de tais prazos terem carácter processual ou material nos termos do direito nacional.

52 — Em direito alemão, a caducidade e a prescrição distinguem-se através do seu efeito. No caso da caducidade, o direito extingue-se com o decurso do prazo, a prescrição, pelo contrário, dá origem apenas a um direito de negar a prestação. Num litígio, o decurso do prazo de caducidade é de conhecimento oficioso, o do prazo de prescrição tem de ser invocado. Enquanto a prescrição só afecta pretensões (§ 194 do BGB), a caducidade afecta também outros direitos, sobretudo direitos potestativos, mas, excepcionalmente, também pretensões (v. Palandt; Heinrichs, H. — *Bürgerliches Gesetzbuch*, 64.ª ed., Munique, 2005, exame do § 194, n.º 13).

53 — V. acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Rewe (33/76, Colect., p. 813, n.º 5) e Comet (45/76, Recueil, p. 2043, n.os 13 e 16, Colect., p. 835); Francovich e o. (já referido na nota 5, n.º 43); de 14 de Dezembro de 1995, Peterbroeck (C-312/95, Colect., p. I-4599, n.os 14 e segs.); Palmisani (já referido na nota 50, n.º 27); de 1 de Junho de 1999, Eco Swiss (C-126/97, Colect., p. I-3055, n.º 45); de 22 de Fevereiro de 2001, Camarotto e Vignone (C-52/99 e C-53/99, Colect., p. I-1395, n.os 28, 30); de 20 de Setembro de 2001, Courage e Crehan (C-453/99, Colect., p. I-6297, n.º 29); e de 13 de Julho de 2006, Manfredi (C-295/04 a C-298/04, Colect., p. I-6619, n.º 62). Neste sentido, também, Von Bogdandy, A. — *Das Recht der Europäischen Union* (edição de Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf), tomo I, Munique, 2007, artigo 10.º, n.os 48, 54, 54a.

54 — Acórdãos Francovich e o. (já referido na nota 5, n.os 41 a 43), Norbrook Laboratories (já referido na nota 9, n.º 111), e de 30 de Setembro de 2003, Köbler (C-224/01, Colect., p. I-10239, n.º 58).

91. Em princípio, o controlo concreto do preenchimento das condições acima referidas por uma norma processual nacional incumbe aos órgãos jurisdicionais nacionais, aos quais compete, em virtude do princípio da cooperação enunciado no artigo 10.º CE, garantir a protecção jurídica decorrente, para os particulares, do efeito directo das disposições do direito comunitário. Por consequência, se o juiz nacional verificar que a norma nacional não é, deste ponto de vista, conforme com o direito comunitário, deve renunciar a aplicá-la [55].

92. No entanto, o controlo abstracto das condições atrás referidas compete ao Tribunal de Justiça, o qual, no âmbito do reenvio prejudicial efectuado nos termos do artigo 234.º CE, está encarregado de garantir a aplicação uniforme do direito comunitário [56].

93. Quanto à observância do princípio da equivalência, penso que não há objecções quanto à fixação de um prazo de prescrição de três anos, como o previsto no § 852, n.º 1, do BGB, versão antiga, uma vez que, segundo indica o órgão jurisdicional de reenvio, as situações comunitárias e as situações internas são tratadas do mesmo modo.

55 — Desde logo, advogado-geral G. Cosmas nas suas conclusões de 23 de Janeiro de 1997, Palmisani (C-261/95, Colect. 1997, pp. I-4025, I-4027, n.º 20).

56 — V. conclusões do advogado-geral G. Cosmas no processo Palmisani (já referidas na nota 55, n.º 21), bem como o acórdão neste processo (já referido na nota 50, n.º 33).

94. No que toca à observância do princípio da efectividade, nada indica que um prazo de três anos possa dificultar ou tornar impossível o exercício de direitos conferidos pelas normas comunitárias [57], sobretudo atendendo a que o Tribunal de Justiça considera, por um lado, que os prazos de caducidade e de prescrição são conformes com o direito comunitário e, por outro, declarou, no acórdão Palmesani [58], que, no estado actual do direito comunitário, é admissível mesmo um prazo de caducidade de um ano para intentar uma acção de indemnização. O mesmo se pode dizer relativamente a prazos de caducidade ou de prescrição de dois [59], três [60] ou cinco anos [61] para acções em matéria de repetição do indevido.

3. Conclusão

95. Deve, por isso, concluir-se que os princípios comunitários da equivalência e da efectividade não se opõem à aplicação de um prazo de três anos, após o qual prescreve o

57 — Este entendimento é defendido também na doutrina. V., por exemplo, Gellermann, *loc. cit.* (nota 7), artigo 288.º, n.º 56; Hidien, J., *loc. cit.* (nota 7), p. 72; Schwarzenegger, P. — *Staatshaftung — Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und ihre Auswirkungen auf nationales Recht*, Viena, 2001, p. 137; Ossenbühl, F. — *Staatshaftungsrecht*, 5.ª ed., Munique, 1998, p. 520, que considera compatível com o direito comunitário um prazo de prescrição de três anos. V. ainda o trabalho *Draft Common Frame of Reference* elaborado pelo *Study Group on a European Civil Code* e o *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, o qual prevê, na parte III 7:201 um prazo de prescrição normal de três anos [v. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law — Draft Common Frame of Reference, Interim Outline Edition* (edição de Christian von Bar e o.), Munique, 2008, p. 185].

58 — Acórdão Palmisani, já referido na nota 50.

59 — Acórdão Camarotto e Vignone (já referido na nota 53, n.º 30).

60 — Acórdão Edis, já referido na nota 50.

61 — Acórdãos de 17 de Julho de 1997, Haahr Petroleum (C-90/94, Colect., p. I-4085, n.º 49), e Fantask (já referido na nota 50, n.º 49).

direito de invocar a responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário.

E — *Quanto à terceira questão*

1. Importância da questão prejudicial para a decisão a proferir

96. A terceira questão do Bundesgerichtshof visa determinar se a prescrição do direito de invocar a responsabilidade do Estado por danos causados com a transposição insuficiente de uma directiva é interrompida ou suspensa quando a Comissão intenta uma acção por incumprimento contra o Estado em causa, nos termos do artigo 226.º CE, se faltar no direito nacional um meio processual efectivo, com o qual o Estado-Membro possa ser obrigado a transpor a directiva.

97. Resulta do despacho de reenvio que a acção por incumprimento foi intentada contra a República Federal da Alemanha, em 27 de Março de 1996, nos termos do artigo 226.º CE, e concluída com a sentença declarativa de 12 de Novembro de 1998. Os lesados tomaram conhecimento dos primeiros efeitos danosos, logo em 1993, mas só intentaram a acção de responsabilidade em Dezembro de 1999. Tomando por base, como o Bundesgerichtshof, o prazo de prescrição de três anos estabelecido em direito alemão no § 852, n.º 1, do BGB, versão antiga [62], e atendendo ao conhecimento dos factos que podiam ter tornado exigível a propositura de uma acção de responsabilidade, o Bundesgerichtshof entende que o prazo de prescrição se deve contar a partir de meados do ano de 1996 [63]. Assim, não se pode excluir a possibilidade da prescrição do direito de invocar a responsabilidade. Nesta medida,

62 — Segundo jurisprudência assente, a necessidade de garantir a plena aplicação do direito comunitário impõe aos Estados-Membros não só que adequem as suas legislações ao direito comunitário, mas exige também que criem uma situação suficientemente precisa, clara e transparente, que permita aos particulares conhecer toda a extensão dos seus direitos e invocá-los perante os órgãos jurisdicionais nacionais (v., neste sentido, relativamente às directivas, acórdãos de 28 de Fevereiro de 1991, Comissão/Itália, C-360/87, Colect., p. I-791, n.º 12, e de 15 de Junho de 1995, Comissão/Luxemburgo, C-220/94, Colect., p. I-1589, n.º 10; v. também acórdãos de 18 de Janeiro de 2001, Comissão/Itália, C-162/99, Colect., p. I-541, n.os 22 a 25, e de 6 de Março de 2003, Comissão/Luxemburgo, C-478/01, Colect., p. I-2351, n.º 20). Como indiquei nas minhas conclusões de 13 de Setembro de 2007, Comissão/Luxemburgo (C-319/06, Colect. 2008, p. I-4323, n.º 75), este princípio aplica-se, em particular, quando o direito interno do Estado-Membro impõe obrigações aos indivíduos e os ameaça com sanções, em caso de não cumprimento das mesmas. Todavia, penso que a situação jurídica deve ser clara também quanto às normas de prescrição aplicáveis, para que o lesado pelo comportamento de um Estado-Membro contrário ao direito comunitário possa fazer valer o seu direito de invocar a responsabilidade do Estado, antes que este prescreva. O Bundesgerichtshof parte do princípio de que é aplicável o § 852, n.º 1, do BGB, versão antiga, e, manifestamente, também de que, em direito alemão, se aplicam analogicamente à responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário as disposições relativas à responsabilidade dos funcionários com o seu prazo de prescrição de três anos, e não, por exemplo, os princípios da chamada «intervenção equivalente a uma expropriação», com o seu prazo de prescrição de 30 anos. Neste contexto, remete, no n.º 23 do despacho de reenvio, para a doutrina dominante. V., também, Schulze, G. — «Staatshaftung [Art. 288 EGV, § 839 BGB]», *Zivilrecht unter europäischem Einfluss* (edição de Martin Gebauer/Thomas Wiedmann), Estugarda, 2005, capítulo 16, n.º 29, p. 649, que entende serem aplicáveis as disposições relativas à responsabilidade administrativa em matéria delitual.

63 — V. despacho de reenvio do Bundesgerichtshof, de 12 de Outubro de 2006, n.os 33 e 42. O Bundesgerichtshof baseia as suas considerações na jurisprudência dos tribunais superiores alemães relativa ao cálculo de prazos de prescrição de direitos a indemnização por danos, bem como na opinião maioritariamente seguida na doutrina. Parte do princípio de que é exigível que a recorrente intentasse uma acção de indemnização, logo em meados de 1996, e de que, por conseguinte, o prazo começou a correr a partir desta data. Por um lado, atende a que o lesado tinha conhecimento dos efeitos danosos (n.º 34), mas, por outro, também à circunstância de que os danos foram causados por uma pluralidade de acções repetidas, e não por um único comportamento continuado (n.º 42).

é relevante para a decisão do processo principal se a propositura da acção por incumprimento pela Comissão tem efeitos no decurso do prazo de prescrição.

2. Acção por incumprimento como mecanismo do controlo objectivo da legalidade

98. Antes de mais, importa recordar que, segundo o acórdão Brasserie du Pêcheur [64], para que se gira o direito de invocar a responsabilidade do Estado-Membro, não é necessário que se tenha decidido do correspondente incumprimento num processo nos termos do artigo 226.º CE.

99. Além disso, penso que a função específica do processo de incumprimento não permite entender que a acção por incumprimento possa suspender ou interromper o prazo de prescrição da acção de responsabilidade. Com efeito, ao contrário dos processos em tribunais nacionais, a acção por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE não se destina a proteger interesses individuais, mas constitui um processo de controlo objectivo da legalidade [65], que permite à Comissão actuar, no interesse geral da Comunidade, contra a violação do direito comunitário objectivo pelos Estados-Membros, sem que seja necessário verificar-se a violação de direitos da própria Comissão ou dos cidadãos da União [66].

100. Atendendo ao seu papel de guardiã do Tratado, a Comissão é, portanto, a única competente para decidir se é oportuno instaurar um processo para obter a declaração de incumprimento, e qual a acção ou omissão imputável ao Estado-Membro respectivo, em razão da qual o processo deve ser instaurado [67]. Este poder discricionário da Comissão exclui que um particular possa ter o direito de exigir que ela se pronuncie em determinado sentido. Por maioria de razão, o particular não pode exigir que seja iniciado um procedimento nos termos do artigo 226.º CE nem, muito menos, que seja intentada uma acção no Tribunal de Justiça. Está também excluída a possibilidade de interpor recurso da sua recusa de agir, nos termos do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE [68].

64 — Acórdão Brasserie du Pêcheur e o. (já referido na nota 9, n.º 54).

65 — Cremer, W., *in* Calliess/Ruffert, *loc. cit.* (nota 18), artigo 226.º, n.º 2, p. 1979, fala de um «processo de controlo jurídico objectivo». Lenaerts, K. — «The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union», *Common Market Law Review*, 2007, caderno 6, p. 1636, lembra que a acção por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE tem por objecto a constatação, pelo Tribunal de Justiça, de que o comportamento de um Estado-Membro viola o direito comunitário. É a justo título que não se menciona a protecção de interesses individuais como objectivo deste processo.

66 — Acórdãos de 4 de Abril de 1974, Comissão/França (167/73, Colect., p. 187, n.º 15), de 10 de Maio de 1995, Comissão/Alemanha (C-422/92, Colect., p. I-1097, n.º 16), e de 11 de Agosto de 1995, Comissão/Alemanha (C-431/92, Colect., p. I-2189, n.º 21).
V., neste contexto, as minhas conclusões de 28 de Março de 2007, Comissão/Alemanha (C-503/04, Colect. 2007, pp. I-6153, I-6156, n.º 55). Por conseguinte, segundo jurisprudência assente (v. acórdãos de 8 de Dezembro de 2005, Comissão/Luxemburgo, C-33/04, Colect., p. I-10629, n.º 65, de 1 de Fevereiro de 2001, Comissão/França, C-333/99, Colect., p. I-1025, n.º 23, de 2 de Junho de 2005, Comissão/Grécia, C-394/02, Colect., p. I-4713, n.ºs 14 e 15, e de 10 de Abril de 2003, Comissão/Alemanha, C-20/01 e C-28/01, Colect., p. I-3609, n.º 29), no âmbito das competências de que dispõe ao abrigo do artigo 226.º CE, a Comissão não é obrigada a demonstrar a existência de interesse em agir. Com efeito, incumbe à Comissão velar, oficiosamente e no interesse geral, pela aplicação do direito comunitário pelos Estados-Membros e obter a declaração da existência de eventuais incumprimentos das obrigações dele derivadas, tendo como objectivo a sua cessação.

67 — Acórdão de 11 de Agosto de 1995, Comissão/Alemanha (C-431/92, já referido na nota 66, n.º 22).

68 — V. acórdãos de 14 de Fevereiro de 1989, Star Fruit/Comissão (247/87, Colect., p. 291, n.º 11), de 17 de Maio de 1990, Société nationale interprofessionnelle de la tomate e o./Comissão (C-87/89, Colect., p. I-1981, n.º 6); e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Janeiro de 1996, Koelman/Comissão (T-575/93, Colect., p. II-1, n.º 71).

101. Penso que a impossibilidade de os particulares exigirem, por meios jurídicos, a propositura de uma acção por incumprimento, bem como a incerteza que daí resulta quanto a saber se, e quando exactamente, isso ocorrerá impedem que a suspensão ou a interrupção da prescrição possam estar associadas à propositura da acção por incumprimento pela Comissão, pois a função da suspensão da prescrição como consequência de acções judiciais é precisamente evitar que o credor perca o seu direito devido ao decorrer do tempo, embora já o tenha invocado em juízo [69]. Todavia, isto pressupõe que o credor intente, efectivamente, uma acção judicial. Mas, como a propositura de uma acção por incumprimento pela Comissão não constitui uma «acção judicial» propriamente dita, uma vez que, como já foi indicado, não visa a protecção de interesses individuais, não se compreende por que motivo deverá interromper ou suspender a prescrição.

3. Inexistência da necessidade de um tratamento privilegiado da acção de responsabilidade do Estado

102. Penso que é irrelevante se, como o órgão jurisdicional de reenvio acrescenta neste contexto, faltar um meio processual efectivo a nível do direito nacional que permita ao lesado obrigar directamente o Estado-Membro, ou seja, não pela via da responsabilidade do Estado, a eliminar a infracção que gera a referida responsabilidade.

103. Com efeito, neste contexto, é de ter em conta que, embora os princípios da equivalência e da efectividade visem evitar a discriminação de situações comunitárias, não exigem que estas sejam privilegiadas em relação a situações nacionais. Atribuir a uma acção por incumprimento efeitos jurídicos num processo nacional significaria, porém, atribuir-lhe uma maior importância devido à consequente suspensão ou interrupção da prescrição.

4. Conclusão

104. Deste modo, deve responder-se à terceira questão prejudicial que os princípios comunitários relativos à responsabilidade dos Estados-Membros e o artigo 226.º CE não exigem que a prescrição, prevista em direito nacional, da acção por responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário seja interrompida pela propositura de uma acção por incumprimento, nos termos do artigo 226.º CE, ou suspensa até à sua conclusão.

69 — Segundo Palandt; Heinrichs, H., *loc. cit.* (nota 52), § 204, n.º 1, e análise do § 194, n.º 10, atendendo à finalidade da prescrição, o credor deve ter a possibilidade de a impedir através do exercício do seu direito. Se deixar passar a oportunidade, está justificada a perda do direito resultante da prescrição.

F — *Quanto à quarta questão*

1. Considerações introdutórias

105. Com a quarta questão, pergunta-se se o prazo de prescrição de uma acção com base em responsabilidade do Estado fundada na transposição incorrecta de uma directiva, independentemente do direito nacional aplicável, só começa a correr quando a directiva estiver integralmente transposta, ou se este prazo, em conformidade com o direito nacional aplicável, começa a correr logo que se produzam os primeiros efeitos danosos ou se preveja que outros venham a ocorrer. Se a transposição completa influenciar o início do prazo de prescrição, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se isto se aplica em geral ou apenas quando a directiva confere um direito aos particulares.

106. Na falta de normas comunitárias pertinentes quanto ao cálculo dos prazos de prescrição, é decisivo o direito nacional, devendo atender-se aos princípios da equivalência e da efectividade. No despacho de reenvio, nada sugere que, em direito alemão, a responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário seja tratada, a nível processual, de modo diferente das correspondentes acções de indemnização que só se referem ao direito nacional. No entanto, a verificação exacta, no caso concreto, é da competência do órgão jurisdicional de reenvio.

107. Deste modo, no âmbito da quarta questão, há que examinar, sobretudo, a exigência de efectividade. Assim, importa analisar se, por não se fixar o início do prazo de prescrição no momento da transposição correcta de uma directiva para direito nacional, se torna excessivamente difícil ou praticamente impossível o exercício dos direitos individuais conferidos pelo direito comunitário.

108. À excepção da recorrente no processo principal, parece que nenhuma das partes defende esta tese. Pelo contrário, predomina a opinião de que o direito comunitário não obriga um Estado-Membro a regular as condições dos prazos de prescrição de modo a que o prazo de prescrição só se inicie com a transposição correcta de uma directiva para direito nacional. Este entendimento parece-me preferível, atendendo também à jurisprudência proferida até aqui pelo Tribunal de Justiça e a uma comparação com a regra de prescrição do artigo 46.º do Estatuto do Tribunal de Justiça.

2. Jurisprudência do Tribunal de Justiça

109. No âmbito das acções para restituição de imposições cobradas em violação de uma directiva, o Tribunal de Justiça declarou a conformidade com o direito comunitário de prazos nacionais de caducidade que também começam a correr antes da transposição correcta da correspondente directiva [70].

110. É certo que, no acórdão Emmott [71], o Tribunal de Justiça decidiu que, enquanto uma directiva não estiver correctamente transposta, o Estado-Membro em falta não pode invocar a extemporaneidade de uma acção judicial contra si, intentada por um particular com vista à protecção dos direitos que lhe são reconhecidos pelas disposições de uma directiva, e que um prazo de recurso de direito nacional só pode começar a correr a partir desse momento.

111. Não obstante, na sua jurisprudência posterior [72], o Tribunal de Justiça esclareceu que a decisão no processo Emmott se justificava pelas circunstâncias próprias daquele caso, no qual a caducidade levava a privar totalmente a recorrente no processo principal da possibilidade de alegar o seu direito à igualdade de tratamento resultante da directiva.

112. Além disso, não resulta dos autos que o comportamento das autoridades alemãs no contexto do prazo de prescrição controvertido do § 852, n.º 1, do BGB, versão antiga, tenha implicado no caso vertente, como no processo Emmott, que a recorrente tivesse sido totalmente privada da possibilidade de invocar os seus direitos perante os órgãos jurisdicionais nacionais.

70 — V., por exemplo, acórdão de 15 de Setembro de 1998, Spac (C-260/96, Colect., p. I-4997, n.º 32), no qual o Tribunal de Justiça declarou que «o direito comunitário não obsta a que um Estado-Membro aplique às acções para restituição de imposições cobradas em violação de uma directiva um prazo nacional de caducidade que começa a contar da data do pagamento das imposições em causa, mesmo que, nessa data, essa directiva ainda não tenha sido correctamente transposta para o direito nacional».

71 — Acórdão de 25 de Julho de 1991, Emmott (C-208/90, Colect., p. I-4269, n.os 21 e 24). Esta decisão foi fundamentada indicando que, enquanto uma directiva não for correctamente transposta para direito nacional, os particulares não podem tomar pleno conhecimento dos seus direitos. Logo, só a transposição correcta da directiva pode pôr termo a este estado de incerteza. O Tribunal de Justiça deduziu daí que um prazo de recurso de direito nacional só pode começar a correr a partir deste momento.

72 — Acórdãos de 15 de Setembro de 1998, Ansaldo Energia e o. (C-279/96, C-280/96 e C-281/96, Colect., p. 1998, n.os 19 a 21), Spac (já referido na nota 70, n.os 27 a 32), Fantask (já referido na nota 50, n.os 50 a 52), Texaco e Olieselskabet Danmark (já referido na nota 50, n.º 48), Haahr Petroleum (C-90/94, já referido na nota 61, n.º 52), de 6 de Dezembro de 1994, Johnson (C-410/92, Colect., p. I-5483, n.º 26), e de 27 de Outubro de 1993, Steenhorst-Neerings (C-338/91, Colect., p. I-5475, n.º 19).

3. Comparação com a regra de prescrição constante do artigo 46.º do Estatuto do Tribunal de Justiça

113. Os princípios relativos aos limites temporais à possibilidade de invocar direitos resultantes da responsabilidade extracontratual das Comunidades Europeias, nos termos do artigo 288.º, segundo parágrafo, CE, apontam igualmente no sentido de que o princípio da efectividade não é violado quando o prazo de prescrição de uma acção com base em responsabilidade do Estado começa a correr também antes da transposição correcta da correspondente directiva [73].

114. Com efeito, a jurisprudência dos tribunais comunitários reconheceu que o prazo de prescrição do artigo 46.º do Estatuto do Tribunal de Justiça não pode começar a correr antes de estarem preenchidas todas as condições a que está sujeita a obrigação de reparação e, em especial — nos casos em que a responsabilidade resulta de um acto normativo —, antes de se produzirem os efeitos danosos deste acto [74]. Para este fim, atende-se à data em que o demandante tomou conhecimento do facto danoso [75].

115. Nestas condições, não se pode afirmar que a fixação do início do prazo de prescrição numa data anterior à transposição completa da directiva torna difícil ou praticamente impossível o exercício do direito de invocar a responsabilidade do Estado. Assim, o direito comunitário não exige, no seu estado actual, que se atenda só à data da transposição completa. Pelo contrário, a fixação do momento exacto em que se inicia o prazo de prescrição continua a ser efectuada a nível do direito nacional [76].

73 — Parece-me legítimo ter em conta os princípios da responsabilidade extracontratual também no contexto da determinação dos prazos de prescrição, dado que o Tribunal de Justiça se baseou neles ao configurar o instituto jurídico da responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário (v. Lenaerts, K.; Arts, D.; Maselis, I., *loc. cit*., nota 7). Quer a responsabilidade da Comunidade quer a responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário foram moldadas pela jurisprudência e desenvolvidas em paralelo pelo Tribunal de Justiça. Do paralelismo funcional de ambos os regimes de responsabilidade resulta necessariamente que devem ser apreciados aplicando critérios idênticos — sem prejuízo das competências dos Estados-Membros no âmbito da transposição para direito nacional da responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário. Assim, a concretização dos requisitos materiais deu origem a que as linhas jurisprudenciais se influenciassem mutuamente [v. também Schulze, G., *loc. cit*. (nota 62), capítulo 16, n.os 2 e 3, p. 638].

74 — V. acórdãos de 27 de Janeiro de 1982, Birra Wührer e o./Conselho e Comissão (256/80, 257/80, 265/80, 267/80 e 5/81, Recueil, p. 85, n.º 10) e De Franceschi/Conselho e Comissão (51/81, Colect., p. 117, n.º 10), nos termos dos quais o prazo de prescrição de uma acção por responsabilidade da Comunidade não pode começar a correr antes de estarem preenchidas todas as condições a que está sujeita a obrigação de reparação e, em especial, antes de se concretizar o dano a reparar. V. também acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 16 de Abril de 1997, Hartmann/Conselho e Comissão (T-20/94, Colect., p. II-595, n.º 107), de 9 de Dezembro de 1997, Quiller e Heusmann (T-195/94 e T-202/94, Colect., p. II-2247, n.º 114). V. ainda as conclusões da advogada-geral E. Sharpston, de 22 de Novembro de 2007, Comissão/Cantina sociale di Dolianova (C-51/05 P, Colect. 2008, p. I-5341, I-0000 n.º 94). Segundo Rengeling, H.-W.; Middeke, A.; Gellermann, M. — *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, Munique 2003, § 9, n.º 57, p. 202, o prazo de prescrição de uma acção por responsabilidade extracontratual só começa a correr quando estão preenchidas todas as condições a que está sujeita a obrigação de reparação e, em especial, depois de se concretizar o dano a reparar. Neste contexto, importa atender ao momento em que o demandante teve conhecimento do facto danoso.

75 — V. acórdão de 7 de Novembro de 1985, Adams (145/83, Recueil, p. 3539, n.os 50 e 51).

76 — Neste sentido, também, Schwarzenegger, P., *loc. cit*. (nota 57), p. 137, segundo o qual o início da prescrição deve ser fixado pelo direito nacional.

116. Atendendo às considerações que precedem, não é necessário analisar a segunda parte da questão prejudicial.

4. Conclusão

117. Por conseguinte, deve responder-se à quarta questão prejudicial que o direito comunitário não exige, no seu estado actual, em qualquer caso, que o prazo de prescrição de uma acção por responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário, fundada na transposição insuficiente de uma directiva e na correlativa proibição (de facto) de importação, só comece a correr após a sua transposição integral.

G — *Quanto à quinta questão*

1. Existência de um dever de evitar o dano por parte do lesado

118. Com a quinta questão prejudicial, pergunta-se, em primeiro lugar, se as pretensões formuladas pela recorrente ao abrigo do § 839, n.º 3, do BGB podem ser excluídas, porque esta, deliberada ou negligentemente, não utilizou os meios processuais previstos na lei para evitar o dano, e se a eventual invocação do referido artigo viola os princípios da equivalência e da efectividade.

119. Como o Tribunal de Justiça esclareceu no acórdão Brasserie du Pêcheur [77], para determinar o prejuízo indemnizável, o juiz nacional pode verificar se a pessoa lesada foi razoavelmente diligente para evitar o prejuízo ou limitá-lo e se, designadamente, utilizou em tempo útil todas as vias de direito que estavam à sua disposição.

120. Remetendo para o acórdão Mulder e o., o Tribunal de Justiça declarou ainda que, à luz de um princípio geral comum aos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, a pessoa lesada deve provar uma diligência razoável para limitar a extensão do prejuízo, se não quiser correr o risco de o suportar [78].

77 — Acórdão Brasserie du Pêcheur e o. (já referido na nota 9, n.º 84).

78 — *Ibidem.*, n.º 85, que remete para o acórdão 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 33).

121. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça admite que, para apreciar o direito a indemnização por danos, pode ser preciso ter em conta se o lesado foi razoavelmente diligente para evitar o prejuízo ou para limitar o seu alcance e, em especial, se o lesado utilizou em tempo útil todos os meios de tutela jurídica que tinha à disposição. Como o Bundesgerichtshof nota, com razão, no n.º 49 do despacho de reenvio, o Tribunal de Justiça considerou ainda não só a redução do direito à indemnização devido a concorrência da culpa mas também o caso de perda completa do direito.

122. Não obstante, esta jurisprudência não leva necessariamente a concluir que o facto de o lesado não ter recorrido à tutela do direito primário para evitar os prejuízos causados pelo Estado exclui o direito de os invocar, como em geral se verifica no direito alemão. Pelo contrário, deve partir-se do princípio de que esta possibilidade só deve ser contemplada em casos excepcionais, ao passo que, em regra, um incumprimento culposo da obrigação de evitar o dano implicará apenas uma redução do ressarcimento [79].

123. Milita neste sentido também o facto de a obrigação de minimizar o dano ser reconhecida também no âmbito da responsabilidade extracontratual da Comunidade, nos termos do artigo 288.º, segundo parágrafo, CE, e de que a sua inobservância implica uma redução ou mesmo a completa exclusão do direito à indemnização, segundo o grau da co-responsabilidade [80].

124. Em princípio, não há objecções à efectividade em relação a acções por responsabilidade do Estado, desde que, ao interpretar e aplicar o direito nacional, sejam observados estes princípios de direito comunitário e que seja admissível, além da perda completa do direito, também a redução do direito a ressarcimento. Quanto ao princípio da equivalência, a aplicação do § 839, n.º 3, do BGB

79 — Por exemplo, Hatje, A. — «Die Haftung der Mitgliedstaaten bei Verstößen des Gesetzgebers gegen europäisches Gemeinschaftsrecht», *Europarecht*, caderno 3, 1997, p. 305, o qual, numa perspectiva dogmática, parte do princípio de que omissões por parte de quem invoca um direito no exercício deste a nível da tutela do direito primário para se proteger contra os danos causados pelo Estado não exclui, em princípio, o direito de invocar esta responsabilidade, influenciando primeiro apenas o alcance do direito à indemnização. No mesmo sentido, Beljin, S., *loc. cit.* (nota 33), p. 67, o qual não crê que o Tribunal de Justiça atribua tanta importância à concorrência da culpa como em direito alemão. Entende que o Tribunal de Justiça parte de um princípio jurídico comunitário, com conteúdo comunitário, pelo que nem todas as regras dos §§ 254 e 839, n.º 3, do BGB se aplicam, mas apenas na medida em que correspondam ao princípio geral do direito comunitário.

80 — V. acórdão Adams (já referido na nota 75, n.º 50). Rengeling, H.-W.; Middeke, A; Gellermann, M., *loc. cit.* (nota 74), § 9, n.ºs 55 e 56, p. 201.

não levanta problemas, dado que também os correspondentes direitos baseados em responsabilidade administrativa a nível nacional estão sujeitos ao primado da tutela do direito primário.

125. Por conseguinte, o direito comunitário não se opõe, em princípio, à aplicação de um regime nacional que — como o § 839, n.º 3, do BGB — exclui a responsabilidade em casos em que, culposamente, não se recorreu à tutela do direito primário [81].

81 — Neste sentido, também, Gellermann, *loc. cit.* (nota 7), artigo 288.º, n.º 54. Berg, W., *loc. cit*. (nota 15), artigo 288.º, n.º 93, p. 2308, entende que, no caso de normas comunitárias directamente aplicáveis, o interessado deve sempre, por isso, tentar primeiro obter a aplicação destas normas por via judicial, quando a Administração lhe nega os seus direitos. Só quando isto falhar é que terá direito a indemnização por danos. Em princípio, o primado da tutela do direito primário aplica-se também a acções de indemnização por danos causados por acção ou omissão do legislador. Segundo Papier, H.-J. — «Staatshaftung bei der Verletzung von Gemeinschaftsrecht», *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Band 1, Allgemeines Umweltrecht*, Colónia 1998, n.º 44, p. 1470, nada indica que o princípio jurídico-administrativo da prevalência da tutela judicial possível, consagrado no § 839, n.º 3, do BGB, não seja aplicável a casos de violação do direito comunitário, por incumprimento de deveres administrativos. O instituto jurídico da responsabilidade decorrente do direito comunitário, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça, deixa aos correspondentes Estados-Membros a tarefa de eliminar, no âmbito do direito nacional em matéria de responsabilidade, as consequências da violação do direito comunitário imputável ao correspondente Estado-Membro. Von Danwitz, T. — «Die Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten für die Durchführung von Gemeinschaftsrecht — Zu den europarechtlichen Vorgaben für das nationale Verwaltungs- und Gerichtsverfahrensrecht», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1998, p. 425, nota 40, defende que devem continuar a ser admissíveis as limitações da responsabilidade na acepção de um dever de evitar ou de minimizar os danos. Neste contexto, remete para as conclusões do advogado-geral G. Tesauro, de 28 de Novembro de 1995, Brasserie du Pêcheur e Factortame (C-46/93 e C-48/93, Colect. 1996, pp. I-1029, I-1066, n.ºs 98 e segs. e 104), em especial para a nota 104, na qual foi expressamente referido o § 839, n.º 3, do BGB. Dörr, C. — «Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2006, p. 603, assinala que a Terceira Secção Cível do Bundesgerichtshof não viu, em princípio, obstáculos à aplicação, à responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário, dos princípios subjacentes aos §§ 254 e 839, n.º 3, do BGB, relativos à concorrência da culpa e à necessidade de evitar um eventual dano através de meios processuais.

2. Exigibilidade do recurso à tutela do direito primário

126. A nenhuma outra conclusão leva o acórdão Metallgesellschaft [82], que atendeu apenas às particularidades do caso nele em análise e no qual o Tribunal de Justiça precisou a sua jurisprudência, essencialmente, no sentido de que não se deve exigir ao lesado que utilize vias de direito que não sejam úteis à sua pretensão.

127. Penso que o acórdão Metallgesellschaft completa o acórdão Brasserie du Pêcheur, ao incorporar o elemento da «exigibilidade da tutela do direito primário». Nesta medida, reflecte o entendimento, defendido a justo título pelos Governos alemão [83] e checo [84], bem como pela recorrente [85], segundo o qual, no interesse da efectividade, não se deve exigir que o lesado tenha utilizado todos os meios de tutela jurídica ao seu alcance, quer pareçam ou não ser adequados às circunstâncias do caso.

82 — No acórdão de 8 de Março de 2001, Metallgesellschaft e o. (C-397/98 e C-410/98, Colect., p. I-1727, n.º 106), o Tribunal de Justiça declarou que o exercício dos direitos que as disposições directamente aplicáveis do direito comunitário conferem aos particulares se tornaria impossível ou excessivamente difícil se os seus pedidos de restituição ou os seus pedidos de reparação baseados em violação do direito comunitário fossem rejeitados ou reduzidos com o único fundamento de que os particulares não tinham requerido a concessão do benefício que a lei nacional lhes recusava, com vista a contestar a recusa do Estado-Membro pelas vias de direito previstas para o efeito, invocando o primado e o efeito directo do direito comunitário. Esta declaração deve-se a que, neste caso, um recurso alternativo não teria permitido aos recorrentes no processo principal evitar ou reduzir o dano.

83 — Observações escritas do Governo alemão, n.º 185.

84 — Observações escritas do Governo checo, n.º 38.

85 — Observações escritas da recorrente no processo principal, n.º 275.

3. Exigibilidade quando é necessário solicitar uma decisão prejudicial ou na pendência de uma acção por incumprimento

128. É à luz das considerações que teci quanto à terceira questão prejudicial que cabe apreciar a questão mais ampla de saber se o recurso à tutela do direito primário não é exigível quando for de prever que o tribunal da causa não poderá responder às questões de direito comunitário sem previamente as submeter ao Tribunal de Justiça nos termos do artigo 234.º CE, ou quando já estiver pendente uma acção por incumprimento, nos termos do artigo 226.º CE.

129. Como já referi [86], devido à função específica da acção por incumprimento prevista no artigo 226.º CE, como mecanismo de controlo objectivo da legalidade no interesse geral, não é possível considerá-la como «tutela jurídica» propriamente dita [87]. Por conseguinte, nem a apresentação de uma queixa à Comissão nem a propositura de uma acção por incumprimento por esta instituição podem substituir o recurso à tutela do direito primário. Por conseguinte, não deixa de ser exigível que se recorra à tutela do direito primário, quando está pendente uma acção por incumprimento, nos termos do artigo 226.º CE.

130. No caso de recurso à tutela do direito primário, quando é previsível que o órgão jurisdicional nacional venha a solicitar uma decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, impõe-se uma apreciação diferente. Neste caso, colocar-se-á a questão da necessidade do reenvio prejudicial, em regra no âmbito de um processo a nível nacional, destinado a garantir a tutela do direito primário. Todavia, a efectividade desta tutela jurídica não é reduzida pela possibilidade de o órgão jurisdicional nacional submeter um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça. Penso que sucede o contrário. Com efeito, o processo de reenvio prejudicial previsto no artigo 234.º CE é um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, graças ao qual o primeiro fornece aos segundos os elementos de interpretação do direito comunitário que lhes são necessários para a resolução do litígio que lhes foi submetido [88].

131. Acresce que o processo de reenvio prejudicial, além de ter a função de garantir a coerência jurídica, tem grande importância também para a protecção de direitos individuais, dado que garante o efeito útil dos direitos conferidos aos particulares pelas normas comunitárias [89]. Os princípios estruturais básicos do primado e do efeito directo do direito comunitário, bem como a respon-

86 — N.os 98 a 101 das conclusões.

87 — Preiß-Jankowski, M. — «Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung im Lichte des Bonner Grundgesetzes und des Subsidiaritätsprinzips», *Juristische Schriftenreihe*, tomo 94, Bremen, 1997, p. 88, indica que a efectividade da tutela jurídica do cidadão obriga mesmo a renunciar a um acórdão de incumprimento explícito. Com efeito, em primeiro lugar, os particulares não podem influenciar a propositura de tal acção e, em segundo lugar, isso atrasaria consideravelmente o processo de indemnização.

88 — V., designadamente, acórdãos de 16 de Julho de 1992, Meilicke (C-83/91, Colect., p. I-4871, n.º 22), e de 5 de Fevereiro de 2004, Schneider (C-380/01, Colect., p. I-1389, n.º 20).

89 — Wegener, B., *in* Calliess/Ruffert, *loc. cit.* (nota 7), artigo 234.º, n.º 1.

sabilidade do Estado decorrente do direito comunitário, que está em causa no processo principal, foram desenvolvidos no âmbito de reenvios prejudiciais de órgãos jurisdicionais nacionais. Nesta medida, há que concordar com os Governos polaco e checo em que a probabilidade de ser submetida uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça não basta, por si só, para concluir que não é exigível recorrer a um meio processual.

VII — Conclusão

132. Com base nas considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda ao pedido de decisão prejudicial do Bundesgerichtshof, do seguinte modo:

«1. O disposto no artigo 5.º, n.º 1, alínea o), e no artigo 6.º, n.º 1, alínea b, iii), da Directiva 64/433, na versão que resulta da Directiva 91/497, em conjugação com os artigos 5.º, n.º 1, 7.º e 8.º da Directiva 89/662, não confere aos produtores e distribuidores de carne de suíno uma posição jurídica que lhes permita invocar a responsabilidade do Estado, decorrente do direito comunitário, por erros de transposição ou aplicação destas directivas.

2. Os produtores e distribuidores dinamarqueses de carne de suíno podem invocar a violação da livre circulação de mercadorias, nos termos do artigo 28.º CE, para fundamentar a responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário. Porém, compete ao juiz nacional verificar se a violação do disposto em directivas que não conferem direitos subjectivos nenhuns implica a violação do direito de acesso ao mercado pelo cidadão da União, nos termos do artigo 28.º CE.

3. Os princípios comunitários relativos à responsabilidade dos Estados-Membros e o artigo 226.º CE não exigem que a prescrição, prevista em direito nacional, da acção por responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário seja interrompida pela propositura de uma acção por incumprimento, nos termos do artigo 226.º CE, ou suspensa até à sua conclusão.

4. O direito comunitário não exige, no seu estado actual, que o prazo de prescrição de uma acção por responsabilidade do Estado decorrente do direito comunitário, fundada na transposição não integral de uma directiva e na correlativa proibição (de facto) de importação, só comece a correr após a sua transposição integral.

5. O direito comunitário não se opõe a um regime nacional, nos termos do qual um particular não pode exigir uma indemnização, quando este, deliberada ou negligentemente, não tiver utilizado um meio processual alternativo para evitar o dano, também quando no âmbito deste recurso o tribunal da causa não possa, previsivelmente, responder às questões de direito comunitário controvertidas sem previamente as submeter ao Tribunal de Justiça, ou quando já estiver pendente uma acção por incumprimento.»