

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL  
 PHILIPPE LÉGER  
 apresentadas em 20 de Junho de 1995 \*

Índice

Matéria de facto e tramitação processual .....	I - 2557
Quanto à primeira questão .....	I - 2559
I — Pode um Estado-Membro invocar o artigo 36.º do Tratado quando uma directiva de harmonização seja omissa quanto aos processos de controlo das medidas que instituiu? .....	I - 2559
II — Pode um Estado-Membro basear-se no artigo 36.º do Tratado para limitar as exportações para um Estado-Membro que não respeite as disposições da directiva no seu território? .....	I - 2561
Quanto à segunda questão .....	I - 2565
Quanto à terceira questão .....	I - 2566
I — A protecção jurisdicional efectiva do particular que invoca o direito comunitário conduz ao reconhecimento de um direito a indemnização .....	I - 2568
II — O acórdão Francovich não é apenas uma forma de obviar ao efeito directo imperfeito .....	I - 2573
III — O fundamento da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário .....	I - 2578
IV — As exigências do direito comunitário relativas à acção por responsabilidade contra o Estado por violação do direito comunitário não variam em função do órgão do Estado a quem o prejuízo seja imputável .....	I - 2581
V — A diversidade do regime do artigo 215.º do Tratado .....	I - 2584
VI — O regime do artigo 215.º do Tratado não é transponível para a responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário: o exemplo do processo Bourgoin ....	I - 2587
VII — A definição de exigências mínimas relativas à efectivação da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário .....	I - 2589
A — O facto gerador do prejuízo: a violação do direito comunitário .....	I - 2590
B — O acórdão de uma acção por incumprimento é uma condição da acção por responsabilidade contra o Estado por violação do direito comunitário? ....	I - 2595
C — O prejuízo .....	I - 2596
D — O nexo de causalidade .....	I - 2598
E — A excepção de existência de outro meio de tutela jurisdicional .....	I - 2599
VIII — Conclusão .....	I - 2601

\* Língua original: francês.

Matéria de facto e tramitação processual

1. A existência de uma directiva de harmonização permite que um Estado-Membro invoque o artigo 36.º do Tratado CE para justificar medidas que restrinjam as exportações? O Estado-Membro que recusa, em condições contrárias ao artigo 34.º do Tratado CE, conceder uma licença de exportação incorre em responsabilidade? Quais são as condições de tal acção de indemnização?

2. São estas as principais questões apresentadas pela High Court num processo cujo enquadramento factual e jurídico é o seguinte.

3. A Directiva 74/577/CEE do Conselho, de 18 de Novembro de 1974, relativa ao atordoamento dos animais antes do seu abate<sup>1</sup>, baseada nos artigos 43.º e 100.º do Tratado CEE, destina-se a eliminar as disparidades entre as legislações nacionais relativas à protecção dos animais e impõe aos Estados-Membros a obrigação de velarem «... por que, para o abate dos animais que pertencem às espécies bovina, ovina, suína, caprina e aos solípedes, se tomem medidas aptas para assegurar que o atordoamento intervenha imediatamente antes do abate segundo os processos adequados»<sup>2</sup>. A directiva não harmoniza os processos de controlo do cumprimento das suas disposições.

4. O Reino de Espanha devia dar cumprimento à Directiva 74/577 a partir da data da sua adesão à Comunidade, isto é, em 1 de Janeiro de 1986.

5. Em Espanha, a directiva foi transposta pelo Real Decreto de 18 de Dezembro de 1987<sup>3</sup>, que reproduz, nomeadamente, o disposto no artigo 1.º O decreto não prevê sanções em caso de não cumprimento das suas disposições.

6. Considerando que os animais exportados vivos para Espanha eram sujeitos, nos matadouros desse Estado, a um tratamento contrário à directiva, o Ministério da Agricultura, Pescas e Alimentação do Reino Unido recusou sistematicamente conceder licenças de exportação de animais vivos para abate para Espanha entre Abril de 1990 e 1 de Janeiro de 1993.

7. Deste modo, foi recusada à sociedade Hedley Lomas (Ireland) Ltd (a seguir «Hedley Lomas») uma licença de exportação de ovinos vivos para um matadouro espanhol que fora solicitada em 7 de Outubro de 1992.

1 — JO L 316, p. 10; EE 03 F7 p. 258.

2 — Artigo 1.º

3 — *Boletín Oficial del Estado* n.º 312, de 30 de Dezembro de 1987.

8. Considerando que o matadouro em causa, autorizado desde 1986, estava em conformidade com as directivas comunitárias e que as autoridades britânicas não dispunham de nenhuma prova em contrário, a Hedley Lomas apresentou na High Court um pedido de «judicial review» da decisão tácita de indeferimento. Solicitou igualmente o pagamento de uma indemnização.

9. Sem contestar que a recusa de concessão de uma licença de exportação constitui uma restrição quantitativa às exportações, o ministério do Reino Unido invoca o artigo 36.º do Tratado.

10. A High Court submete a este Tribunal as seguintes questões:

«1) O facto de existir uma directiva de harmonização (Directiva 74/577/CEE), que não prevê quaisquer sanções ou procedimentos em caso de incumprimento, impede que um Estado-Membro (Estado-Membro A) invoque o artigo 36.º do Tratado CEE para justificar medidas restritivas das exportações quando um dos interesses referidos nesse artigo seja ameaçado porque outro Estado-Membro (Estado-Membro B) não garante, na prática, os resultados exigidos pela directiva?

Em caso de resposta negativa à primeira questão,

2) Nas circunstâncias descritas na primeira questão, o artigo 36.º permite que o Estado-Membro A proíba a exportação de carneiros vivos para abate no Estado-Membro B

i) de um modo geral;

ou

ii) quando o destino declarado dos carneiros seja um matadouro no Estado-Membro B relativamente ao qual o Estado-Membro A não tenha provas de não estarem a ser cumpridas as disposições da directiva?

Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, ou em caso de resposta negativa à segunda questão, e nas circunstâncias do presente processo:

3) À luz do direito comunitário, o Estado-Membro A é obrigado a indemnizar um comerciante pelos prejuízos que lhe tenham sido causados devido à não

emissão de uma licença de exportação, em violação do disposto no artigo 34.º, e, se o for, em que condições surge tal responsabilidade e como deve ser calculada a indemnização?»

licenças de exportação constitui uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa à exportação.

#### Quanto à primeira questão

11. Serão sucessivamente abordados dois pontos. Em primeiro lugar, pode um Estado-Membro invocar o artigo 36.º do Tratado quando uma directiva de harmonização seja omissa quanto aos processos de *controlo* das medidas que institui (I)? Em segundo lugar, tratando-se de uma directiva de harmonização que protege um interesse referido no artigo 36.º do Tratado (protecção da saúde e da vida dos animais), pode um Estado-Membro basear-se neste artigo para limitar as exportações para um Estado-Membro que não respeite as disposições da directiva no seu território (II)?

13. O Governo do Reino Unido pode invocar o artigo 36.º do Tratado para justificar essa medida, quando esta matéria é regulamentada por uma directiva de harmonização baseada no artigo 100.º do Tratado?

14. Após a adopção de uma directiva de harmonização, os Estados-Membros deixam de poder impor exigências além das previstas pela directiva, desde que a harmonização efectuada seja *completa*.

15. Se a harmonização for apenas parcial ou se conferir aos Estados-Membros uma competência nacional para a sua aplicação ou para a instituição de medidas de controlo, os artigos 36.º e 100.º do Tratado podem aplicar-se simultaneamente.

I — *Pode um Estado-Membro invocar o artigo 36.º do Tratado quando uma directiva de harmonização seja omissa quanto aos processos de controlo das medidas que institui?*

16. Assim, nos termos do acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Novembro de 1983, Van Bennekom <sup>4</sup>:

«O recurso ao artigo 36.º só deixa de se justificar quando, por aplicação do artigo 100.º

12. É indiscutível que o facto de as autoridades britânicas recusarem a concessão de

<sup>4</sup> — 227/82, Recueil, p. 3883.

do Tratado, directivas comunitárias prevejam a *harmonização completa* de todas as medidas necessárias para garantir a protecção da saúde dos animais e das pessoas e instituem procedimentos comunitários para controlo do seu cumprimento. Ora, é certo que não é esse o caso das directivas relativas aos produtos farmacêuticos. Importa, portanto, verificar se medidas que limitam a comercialização de vitaminas podem ser justificadas através do artigo 36.º do Tratado»<sup>5</sup>.

17. Daqui decorre que, enquanto não houver uma harmonização completa no domínio da protecção dos animais no que se refere à sua exportação para os outros Estados-Membros, compete aos Estados-Membros adoptar as medidas de controlo necessárias, no âmbito do artigo 36.º do Tratado.

18. É precisamente este o caso da Directiva 74/577 aqui em análise.

19. De acordo com o seu artigo 1.º, «Os Estados-Membros *velam* por que... se tomem medidas...» Nos termos do artigo 2.º,

«A autoridade competente segundo a legislação nacional *assegura-se* de que o atordoamento seja efectuado por meio de um aparelho aprovado...» Finalmente, segundo o seu artigo 5.º, «Os Estados-Membros porão em vigor... as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para darem cumprimento à presente directiva...»

20. A directiva não cria, portanto, procedimentos comunitários de controlo do seu cumprimento. Não delinea um enquadramento adequado, dentro do qual esses controlos seriam feitos, contrariamente, por exemplo, à Directiva 73/173/CEE<sup>6</sup>, referida no acórdão de 5 de Abril de 1979, Ratti<sup>7</sup>, ou à Directiva 74/63/CEE<sup>8</sup>, mencionada no acórdão Tedeschi<sup>9</sup>.

21. Os Estados-Membros deviam portanto adoptar, em aplicação da directiva, as medidas necessárias para respeitarem, no seu território, a obrigação de atordoamento dos animais antes do abate, efectuar controlos nos matadouros referidos na directiva e adoptar todas as disposições úteis, por exemplo, submetendo os matadouros a um processo de autorização.

5 — N.º 35 (sublinhado nosso). V. também os acórdãos de 5 de Outubro de 1977, Tedeschi (5/77, Colect., p. 555, n.º 35); de 27 de Março de 1985, Denkavit Futtermittel (73/84, Recueil, p. 1013, n.º 13); de 20 de Junho de 1991, Denkavit Futtermittel (C-39/90, Colect., p. I-3069, n.º 19); e de 14 de Julho de 1994, Van der Veldt (C-17/93, Colect., p. I-3537, n.º 25). V. também o acórdão de 5 de Outubro de 1994, Centre d'insémination de la Crespelle (C-323/93, Colect., p. I-5077, n.º 35).

6 — Directiva do Conselho de 4 de Junho de 1973, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à classificação, embalagem e rotulagem das preparações perigosas (solventes) (JO L 189, p. 7; EE 13 F3 p. 3).

7 — 148/78, Recueil, p. 1629.

8 — Directiva do Conselho de 17 de Dezembro de 1973, relativa à fixação de teores máximos em substâncias e produtos indesejáveis nos alimentos para animais (JO 1974, L 38, p. 31; EE 03 F7 p. 151).

9 — Já referido na nota 5.

II — *Pode um Estado-Membro basear-se no artigo 36.º do Tratado para limitar as exportações para um Estado-Membro que não respeite as disposições da directiva no seu território?*

22. Um Estado-Membro pode basear-se no artigo 36.º do Tratado para adoptar medidas destinadas a proteger os animais contra eventuais violações da directiva *no território de outros Estados-Membros*? O artigo 36.º do Tratado pode ser objecto de aplicação *extra-territorial*?

23. É claro que o Reino Unido invoca aqui o artigo 36.º do Tratado — paralisando assim a livre circulação dos animais em questão — não para os proteger de maus tratos no seu território, para aí melhorar a sua protecção ou para ter em conta uma situação específica no território nacional. O Reino Unido tem aqui em conta o *interesse comunitário* e retira as consequências da pretensa violação das disposições da directiva por outro Estado-Membro. Pode o Reino Unido invocar o artigo 36.º do Tratado?

24. Observe-se, em primeiro lugar, que *não está provada* a violação pelo Reino de Espanha das obrigações decorrentes da directiva. Não foi, de qualquer modo, demonstrada pelo Reino Unido. A violação é contestada

tanto pela recorrente no processo principal <sup>10</sup> como pela Comissão <sup>11</sup>, que, aliás, não considerou dever dar início a um processo por incumprimento contra o Reino de Espanha.

25. Esta observação bastaria, em nosso entender, para que o Tribunal se opusesse à possibilidade de o Reino Unido invocar o artigo 36.º do Tratado nestas circunstâncias.

26. Em segundo lugar, os princípios fundamentais do direito comunitário proíbem tal aplicação do artigo 36.º do Tratado.

27. De facto, nada é mais alheio ao direito comunitário do que a noção de medida de retorsão ou de *reciprocidade* própria do direito internacional público clássico. Um Estado-Membro paralisa a livre circulação das mercadorias porque o interesse superior de protecção dos animais é alegadamente violado noutro Estado-Membro. Dito de outro modo, o primeiro Estado-Membro responde a uma pretensa violação do Tratado (a protecção dos animais não seria assegurada em Espanha) com outra violação do Tratado (os ovinos originários da Grã-Bretanha deixam de ser exportados para Espanha). Ora, «... para além dos casos expressamente previstos, a economia do Tratado contém a proibição de os Estados-Membros fazerem justiça por si próprios» <sup>12</sup>. O direito

10 — N.º 29, *in fine*, das suas observações.

11 — N.º 7.6 das suas observações.

12 — Acórdão de 13 de Novembro de 1964, Comissão/Luxemburgo e Bélgica (90/63 e 91/63, Colect. 1962-1964, p. 579).

comunitário não permite invocar o princípio da reciprocidade para assegurar o respeito das obrigações decorrentes do Tratado. Um Estado-Membro não pode actuar unilateralmente contra os incumprimentos de outros Estados-Membros. O Tratado de Roma criou um ordenamento jurídico original *em que os procedimentos necessários para que seja declarada e punida uma violação eventual das suas disposições estão rigorosamente regulamentados*. É através da acção por incumprimento, quer seja intentada por um Estado-Membro quer pela Comissão, que pode ser declarada uma infracção ao direito comunitário. A jurisprudência do Tribunal de Justiça é firme neste ponto:

«... um Estado-Membro não pode, em caso algum, invocar o princípio da reciprocidade e alegar um eventual incumprimento do Tratado por outro Estado-Membro para justificar o seu próprio incumprimento»<sup>13</sup>.

28. Cite-se a formulação, ainda mais clara, do acórdão de 25 de Setembro de 1979, Comissão/França<sup>14</sup>:

«Um Estado-Membro não pode, em caso algum, permitir-se tomar unilateralmente medidas correctivas ou de defesa destinadas a obviar a um eventual incumprimento, por

outro Estado-Membro, das normas do Tratado.»

29. O Tribunal decidiu também que

«... os atrasos eventuais de outros Estados-Membros na execução das obrigações impostas por uma directiva não podem ser invocados por um Estado-Membro para justificar o incumprimento, ainda que temporário, das obrigações que lhe incumbem»<sup>15</sup>.

30. Competia, portanto, ao Reino Unido ou intentar uma acção com base no artigo 170.º do Tratado CE ou apresentar uma queixa à Comissão para que esta, na qualidade de guardiã dos Tratados, tentasse fazer cessar a infracção e, eventualmente, apreciasse a oportunidade de intentar uma acção por incumprimento. No âmbito de uma acção por incumprimento intentada contra o Reino de Espanha, o Reino Unido poderia ter sido autorizado, nos termos do artigo 186.º do Tratado CE, a suspender provisoriamente a concessão de licenças de exportação de animais vivos com destino a Espanha<sup>16</sup>.

13 — Acórdão de 26 de Fevereiro de 1976, Comissão/Itália (52/75, *Collect.*, p. 131, n.º 11). V. também o acórdão de 11 de Janeiro de 1990, Blanguernon (C-38/89, *Collect.*, p. I-83).

16 — A acção por incumprimento baseada no artigo 170.º no Tratado parece ser o único meio de que dispõe um Estado-Membro para contornar a recusa da Comissão de dar início a um processo com base no artigo 169.º do Tratado CE: o poder discricionário de que dispõe a Comissão nesta matéria e a excepção de existência de outro meio de tutela jurisdiccional não permitem que um Estado-Membro intente, contra esta instituição, uma acção por omissão.

13 — Acórdão de 14 de Fevereiro de 1984, Comissão/Alemanha (325/82, *Recueil*, p. 777, n.º 11).

14 — 232/78, *Recueil*, p. 2729, n.º 9.

31. Em terceiro lugar, consideramos que um Estado-Membro só pode invocar o artigo 36.º do Tratado para garantir a salvaguarda de um interesse protegido por esse artigo *no seu território nacional*.

32. O advogado-geral A. Trabucchi sublinhou isto nas suas conclusões no processo Dassonville<sup>17</sup>: «... Os Estados-Membros só podem introduzir essas derrogações (contidas no artigo 36.º) para protecção dos seus próprios interesses e não para proteger interesses de outros Estados... O artigo 36.º permite que cada Estado-Membro proteja exclusivamente os seus próprios interesses nacionais. Assim, no que se refere à protecção da propriedade industrial e comercial, cada Estado-Membro pode limitar a liberdade de circulação das mercadorias unicamente para proteger direitos subjectivos e interesses económicos incluídos na sua esfera de competência.»

33. Esta limitação do âmbito de aplicação do artigo 36.º do Tratado explica-se pelas seguintes razões:

1) O princípio da interpretação estrita deste artigo, que o Tribunal recordou no n.º 20 do acórdão de 4 de Outubro de 1991,

Richardt e «Les Accessoires Scientifiques»<sup>18</sup>:

«Como o Tribunal já declarou por várias vezes (ver acórdão Campus Oil, já referido, n.º 37, relativo às restrições à importação), o artigo 36.º, como excepção a um princípio fundamental do Tratado, deve ser interpretado por forma a que os seus efeitos não vão além do necessário à protecção dos interesses que visa garantir. Medidas tomadas com base no artigo 36.º só podem ser justificadas se forem de molde a dar satisfação ao interesse protegido por este artigo e se não afectarem para além do indispensável o comércio intracomunitário»<sup>19</sup>.

2) O princípio da confiança mútua, que rege as relações entre Estados-Membros quando estes aplicam uma directiva comunitária no seu direito interno, proíbe que um deles adopte unilateralmente uma medida baseada no artigo 36.º do Tratado que permita garantir a protecção dos animais no território de outro Estado-Membro<sup>20</sup>.

3) Só o Estado-Membro em cujo território deve ser adoptada a medida de protecção

18 — C-367/89, Colect., p. I-4621 (sublinhado nosso).

19 — V. também o acórdão de 25 de Janeiro de 1977, Bauhuis (16/76, Colect., p. I, n.º 12).

20 — V., neste sentido, as conclusões do advogado-geral W. Van Gerven referentes ao acórdão de 23 de Maio de 1990, Van den Burg (C-169/89, Colect., pp. I-2143, I-2151, n.º 7).

17 — Acórdão de 11 de Julho de 1974 (8/74, Colect., p. 423). V. igualmente as suas conclusões no acórdão de 14 de Julho de 1976, Kramer e o. (3/76, 4/76 e 6/76, Colect., pp. 515, 529).

está em condições de garantir que essa medida é rigorosamente necessária e de verificar se ela é respeitada.

efectuados no interesse do Estado importador foram apenas deslocados para o território do Estado exportador.

- 4) A análise da jurisprudência deste Tribunal invocada em apoio de uma aplicação extraterritorial do artigo 36.º do Tratado não permite fundamentar a ideia de que o artigo 36.º pode ser invocado por um Estado-Membro para garantir, noutro Estado-Membro, a protecção de um interesse referido por aquela disposição.

34. Quando o Grão-Ducado do Luxemburgo recorreu ao artigo 36.º do Tratado para justificar uma medida de restrição de trânsito (autorização especial sob pena de apreensão do material) relativamente às mercadorias qualificadas como material estratégico, pretendia garantir a protecção da segurança pública *no seu território*, ainda que as mercadorias, provenientes de França e destinadas à União Soviética, se limitassem a transitar por aí <sup>21</sup>.

35. No acórdão Bauhuis <sup>22</sup>, o Tribunal considerou que os controlos sanitários efectuados, nos países expedidores, em animais vivos destinados à exportação eram compatíveis com o artigo 36.º do Tratado na medida em que esses controlos *substituísem* os efectuados pelo Estado importador aquando da passagem da fronteira <sup>23</sup>. Os controlos

36. De igual modo, o Tribunal considerou que controlos fitossanitários na exportação, previstos por uma *convenção internacional* e destinados a favorecer a livre importação de vegetais no país de destino através da instauração de um sistema de controlos efectuados no Estado de expedição, mutuamente reconhecidos e organizados em bases idênticas, não constituem medidas unilaterais que entrem as trocas comerciais. Tais controlos permitem, ao invés, neutralizar os obstáculos à livre circulação de mercadorias eventualmente criados por controlos à importação previstos no artigo 36.º do Tratado <sup>24</sup>.

37. Também não se pode encontrar uma justificação para a aplicação extraterritorial do artigo 36.º do Tratado no acórdão Van den Burg <sup>25</sup>. A Directiva 79/409/CEE do Conselho, de 2 de Abril de 1979, relativa à conservação das aves selvagens <sup>26</sup>, não autoriza os Estados-Membros a adoptarem medidas mais rigorosas que aquelas que ela prevê, excepto no que se refere às espécies que vivem no seu território. O Tribunal considerou que uma proibição de importação e de comercialização baseada no artigo 36.º do Tratado não é justificada no que se refere a uma espécie de aves que, por um lado, não se encontra

21 — V. o acórdão Richardt e «Les Accessoires Scientifiques», já referido.

22 — Já referido na nota 19.

23 — N.º 46 do acórdão.

24 — Acórdão de 12 de Julho de 1977, Comissão/Países Baixos (89/76, Colect., p. 471).

25 — Já referido na nota 20.

26 — JO L 103, p. 1; EE 15 F 2, p. 125.

no território do Estado-Membro legislador, mas vive noutra Estado-Membro onde a sua caça é autorizada pela directiva e pela legislação desse mesmo Estado-Membro, e que, por outro lado, não é migradora nem está ameaçada na aceção da directiva.

38. Finalmente, o Governo do Reino Unido invoca, sem convencer, o acórdão de 10 de Julho de 1984, *Campus Oil* e o. <sup>27</sup>, que visa a hipótese de o artigo 36.º do Tratado ser invocado por um Estado-Membro, apesar de existir uma regulamentação comunitária que prevê as medidas necessárias para garantir a protecção dos interesses enumerados nesse artigo. O Tribunal admitiu que, mesmo em presença de uma regulamentação comunitária, um Estado-Membro pode recorrer ao artigo 36.º do Tratado para adoptar medidas complementares adequadas *no plano nacional* quando estejam em causa a segurança pública e o abastecimento mínimo desse Estado em produtos petrolíferos.

39. Ora, neste caso, como já se viu, a harmonização é imperfeita e o controlo da boa aplicação da directiva deve traduzir-se por um procedimento adoptado a nível nacional.

40. É, portanto, apenas a título subsidiário que abordaremos a segunda questão pela qual o Tribunal é convidado a avaliar a proporcionalidade da recusa de concessão das licenças de exportação à luz do artigo 36.º do Tratado.

## Quanto à segunda questão

41. As medidas adoptadas no âmbito do artigo 36.º do Tratado só se justificam «... se existir uma relação razoável entre os meios aplicados e o objectivo pretendido e se a protecção da saúde não puder ser conseguida de forma igualmente eficaz através de medidas menos restritivas das trocas intracomunitárias» <sup>28</sup>.

42. Para retomar a fórmula utilizada nos acórdãos *Campus Oil* e o. <sup>29</sup> ou *Mirepoix* <sup>30</sup>, as medidas nacionais adoptadas com base no artigo 36.º do Tratado só são justificadas *se tiverem em conta as exigências da livre circulação de mercadorias*, como enunciadas pelo Tratado e, nomeadamente, pela última frase deste artigo.

43. O objectivo de protecção dos animais destinados à exportação para Espanha podia ser realizado através de medidas menos restritivas e de modo igualmente eficaz?

44. Ao recusar conceder qualquer licença de exportação, o Reino Unido proibiu totalmente as exportações de ovinos vivos para os

28 — Acórdão de 27 de Março de 1985, *Denkavit Futtermittel* (já referido na nota 5, n.º 14). V. também os acórdãos de 15 de Dezembro de 1976, *Simmenthal* (35/76, *Colect.*, p. 747); *Bauhuis* (já referido na nota 19); de 20 de Junho de 1991, *Denkavit Futtermittel* (já referido na nota 5); e de 8 de Fevereiro de 1983, *Comissão/Reino Unido* (124/81, *Recueil*, p. 203).

29 — Já referido, n.º 44.

30 — Acórdão de 13 de Março de 1986 (54/85, *Colect.*, p. 1067, n.º 13).

matadouros espanhóis, tendo, portanto, adoptado a medida mais restritiva das trocas comerciais. Uma proibição deste tipo é geralmente considerada desproporcionada<sup>31</sup>.

no processo principal<sup>33</sup>, o Reino Unido teria podido, caso existissem indícios de não cumprimento da directiva em certos matadouros, impor ao exportador medidas que afectassem menos a livre circulação de mercadorias, como a apresentação de um atestado de conformidade do matadouro de destino.

45. Em conformidade com jurisprudência constante deste Tribunal<sup>32</sup>, compete à parte que invoca a aplicação do artigo 36.º do Tratado demonstrar a existência de uma ameaça para a saúde dos animais. Ora, o Reino Unido não provou que a Directiva 74/577 era violada em todo o território espanhol, justificando assim uma proibição total de exportação para esse país, nem que a directiva era violada pontualmente em matadouros devidamente identificados.

48. Concluímos daqui que o artigo 36.º do Tratado não permite que um Estado-Membro A proíba exportações de ovinos para abate para um Estado-Membro B, quer seja de modo geral ou quando não se tenha provado que o matadouro de destino no Estado-Membro B não respeita as disposições da directiva.

#### Quanto à terceira questão

46. Entendemos que isto prova que o artigo 36.º do Tratado não pode ser invocado por um Estado-Membro para a defesa de interesses situados no território de outro Estado-Membro. Como pode um Estado reunir provas de que se impõe o recurso ao artigo 36.º do Tratado num território onde não exerce a sua soberania (e onde, por conseguinte, não tem poderes para averiguar)?

49. Pode um operador intentar contra o seu Estado uma acção de indemnização do prejuízo que lhe foi causado pela recusa — incompatível com o direito comunitário — de concessão de uma licença de exportação? Em caso de resposta afirmativa, quais são as condições para efectivar essa responsabilidade do Estado?

47. Note-se, por fim, que, como foi correctamente realçado pela sociedade recorrente

50. Por outras palavras, existe, em direito comunitário, um princípio geral de responsabilidade do Estado por actividades da sua administração contrárias ao direito comunitário?

31 — Acórdãos de 4 de Fevereiro de 1988, Comissão/Reino Unido (261/85, Colect., p. 547, n.º 15); de 14 de Julho de 1988, 3 Glocken e Krintzinger (407/85, Colect., p. 4233, n.º 14); e de 5 de Julho de 1990, Comissão/Bélgica (C-304/88, Colect., p. I-2801, n.º 14).

32 — Acórdãos de 14 de Julho de 1983, Sandoz (174/82, Recueil, p. 2445, n.º 22), e Van Bennekom (já referido, n.º 40).

33 — N.º 29 das suas observações.

51. Temos aqui uma questão-chave do direito comunitário. Trata-se de analisar a dimensão e de retirar todas as consequências do princípio geral da responsabilidade do Estado por prejuízos causados aos particulares por violações do direito comunitário, que o Tribunal enunciou no n.º 35 do acórdão de 19 de Novembro de 1991, Francovich e o.<sup>34</sup> (a seguir «acórdão Francovich»), e que, nessa decisão, apenas foi aplicado ao caso muito preciso de não transposição de uma directiva cujas disposições não tinham efeito directo.

52. As repercussões desse acórdão — nunca uma decisão do Tribunal de Justiça fora tão comentada — dão a medida do progresso que hoje é solicitado a este Tribunal. A questão é tanto mais delicada por ter sido submetida aos negociadores do Tratado de Maastricht sem ter recebido resposta<sup>35</sup>. Apesar do silêncio do legislador comunitário, a responsabilidade do Estado-Membro que viola o direito comunitário deve poder ser efectivada tal como a da Comunidade pelos prejuízos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções.

34 — C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I-5357.

35 — V. Teske, H. — «Die Sanktion von Vertragsverstößen im Gemeinschaftsrecht», *Europarecht*, 3-1992, pp. 265, 285; as observações do Governo alemão, n.º 4, e as observações do Governo neerlandês, n.º 12 (as observações citadas no âmbito da terceira questão são as apresentadas nos processos apenas pendentes, Brasserie du pêcheur e Factortame, C-46/93 e C-48/93, para as quais remeteram as partes no processo principal).

53. Esta questão excepcional exige desenvolvimentos substanciais que apresentaremos da seguinte forma:

- I — A protecção jurisdiccional efectiva do particular que invoca o direito comunitário conduz ao reconhecimento de um direito a indemnização
- II — O acórdão Francovich não é apenas uma forma de obviar ao efeito directo imperfeito
- III — O fundamento da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário
- IV — As exigências do direito comunitário relativas à acção por responsabilidade contra o Estado por violação do direito comunitário não variam em função do órgão do Estado a quem o prejuízo seja imputável
- V — A diversidade do regime do artigo 215.º do Tratado
- VI — O regime do artigo 215.º do Tratado não é transponível para a responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário: o exemplo do processo Bourgoin
- VII — A definição de exigências mínimas relativas à efectivação da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário
  - A — O facto gerador do prejuízo: a violação do direito comunitário
  - B — O acórdão de incumprimento é uma condição da acção por responsabilidade contra o Estado por violação do direito comunitário?
  - C — O prejuízo
  - D — O nexo de causalidade
  - E — A excepção de existência de outro meio de tutela jurisdiccional
- VIII — Conclusão

I — *A protecção jurisdiccional efectiva do particular que invoca o direito comunitário conduz ao reconhecimento de um direito a indemnização*

nitário produzam a plenitude dos seus efeitos de modo uniforme em todos os Estados-Membros, a partir do momento da sua entrada em vigor e durante todo o seu período de vigência.

54. É do conhecimento geral que o Tribunal não se limitou apenas a enunciar os princípios do efeito directo e do primado, mas vela por que a sua aplicação seja efectiva. Daqui resulta que a fiscalização do respeito e da boa aplicação do direito comunitário não esteja apenas confiada à Comissão, que dispõe da arma da acção por incumprimento. Está também nas mãos do particular, nos termos famosos do acórdão de 5 de Fevereiro de 1963, Van Gend en Loos<sup>36</sup>: «A vigilância dos particulares, interessados na salvaguarda dos seus direitos, cria um controlo eficaz que acresce ao controlo que os artigos 169.º e 170.º confiam à diligência da Comissão e dos Estados-Membros»<sup>37</sup>. A protecção jurídica que decorre, para o particular, do efeito directo das disposições do direito comunitário é garantida pelo juiz nacional, em aplicação do princípio de cooperação enunciado no artigo 5.º do Tratado CEE<sup>38</sup>. Nos termos do acórdão de 9 de Março de 1978, Simmenthal<sup>39</sup>,

... (a aplicabilidade directa) vale igualmente para o juiz que, no exercício das suas competências, tem, enquanto órgão de um Estado-Membro, por missão proteger os direitos conferidos aos particulares pelo direito comunitário»<sup>40</sup>.

«A aplicabilidade directa, assim perspectivada, implica que as normas de direito comu-

55. Como garantir uma protecção jurisdiccional efectiva do particular que invoca o direito comunitário num contexto de «autonomia processual dos Estados-Membros» em que a designação dos tribunais competentes e a determinação das modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a protecção dos direitos atribuídos aos particulares através do efeito directo do direito comunitário é da competência dos Estados-Membros, na ausência de qualquer harmo-

36 — 26/62, Colect. 1962-1964, p. 205.

37 — P. 212.

38 — Acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Rewe (33/76, Colect., p. 813, n.º 5), e Comet (45/76, Colect., p. 835, n.º 12).

39 — 106/77, Recueil, p. 629. V. também o acórdão de 10 de Julho de 1980, Ariete (811/79, Recueil, p. 2545, n.º 5).

40 — N.ºs 14 e 16.

nização das normas processuais<sup>41</sup>? Como conciliar o respeito da autonomia processual com a uniformidade de aplicação das normas comunitárias com efeito directo?

56. O Tribunal recordou ainda recentemente que compete ao direito nacional definir as modalidades processuais adequadas para garantir os direitos de defesa, «sem prejuízo do respeito pelo direito comunitário e nomeadamente pelos seus princípios fundamentais...»<sup>42</sup>. Com base no princípio da cooperação enunciado no artigo 5.º do Tratado, o Tribunal elaborou um padrão mínimo de protecção jurisdicional do particular que invoca o direito comunitário, através de uma jurisprudência cada vez mais vasta e na qual F. Grévisse e J. C. Bonichot viram as «premissas de uma verdadeira ética jurisdicional

comunitária»<sup>43</sup>. A partir de 1981, no acórdão de 7 de Julho de 1981, Rewe<sup>44</sup>, o Tribunal refere um «sistema de protecção jurisdicional» que permite garantir a efectividade do direito comunitário.

57. Em matéria de repetição do indevido, o Tribunal, ao mesmo tempo que recordava as competências dos Estados-Membros em matéria processual, fixou exigências, impondo o *princípio da equivalência* (ou da não discriminação)<sup>45</sup> (as normas processuais nacionais não devem colocar o particular numa posição mais difícil quando invoca o direito comunitário do que quando invoca o direito nacional) e o *princípio da efectividade*<sup>46</sup> (as normas processuais internas não devem tornar impossível na prática o exercício dos direitos que os particulares retiram do direito comunitário), princípios esses que o Tribunal exige que sejam respeitados sempre que o direito comunitário esteja em jogo num tribunal interno. Resulta deste segundo princípio que a «... protecção jurisdicional, quando se trate de direitos que o particular retira de disposições comunitárias, deve atingir, de qualquer forma, um nível adequado, incumbindo ao Tribunal de Justiça o controlo desse nível»<sup>47</sup>.

41 — Acórdãos Rewe e Comet (já referidos na nota 38, n.º 5 e n.º 13, respectivamente). Existe uma harmonização do direito processual em certos domínios muito precisos. Citemos a Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70); o Regulamento (CEE) n.º 1430/79 do Conselho, de 2 de Julho de 1979, relativo ao reembolso ou à dispensa de pagamento dos direitos de importação ou de exportação (JO L 175, p. 1; EE 02 F6 p. 36); o Regulamento (CEE) n.º 1697/79 do Conselho, de 24 de Julho de 1979, relativo à cobrança *a posteriori* dos direitos de importação ou dos direitos de exportação que não tenham sido exigidos ao devedor por mercadorias declaradas para um regime aduaneiro que implica a obrigação de pagamento dos referidos direitos (JO L 197, p. 1; EE 02 F6 p. 54); a Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos (JO L 395, p. 33) — que impõe, nomeadamente, que as pessoas lesadas por uma violação disponham de uma acção de indemnização; a Directiva 90/313/CEE do Conselho, de 7 de Junho de 1990, relativa à liberdade de acesso à informação em matéria de ambiente (JO L 158, p. 56); ou a Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 76, p. 14).

42 — Acórdão de 10 de Novembro de 1993, Otto (C-60/92, Colect., p. I-5683, n.º 14).

43 — «Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres», *Mélanges Boulouis*, 1991, p. 297.

44 — 158/80, Recueil, p. 1805, n.º 44.

45 — Acórdão de 12 de Junho de 1980, Express Dairy Foods (130/79, Recueil, p. 1887, n.º 12). V. também os acórdãos de 7 de Julho de 1981, Rewe (já referido, n.º 44); de 10 de Abril de 1984, Von Colson e Kamann (14/83, Recueil, p. 1891); e Harz (79/83, Recueil, p. 1921). Este princípio é também designado por «requirement of comparability»: Tash, A. P. — «Remedies for European Community Law Claims in Member State Courts: Toward a European Standard», *Columbia Journal of Transnational Law*, 1993, vol. 1, 31, pp. 377, 387.

46 — V., nomeadamente, o acórdão de 5 de Março de 1980, Ferwerda (265/78, Recueil, p. 617, n.º 10).

47 — Tesouro, G. — «La sanction des infractions au droit communautaire», *Rapports pour le XV<sup>e</sup> Congrès FIDE*, Lisboa 1992, Relatório geral, pp. 423, 455.

58. F. Grévisse e J. C. Bonichot sublinharam que «... a procura do 'efeito útil do efeito directo' do direito comunitário implica que os tribunais nacionais estejam aptos a garantir aos particulares um respeito efectivo dos direitos que retiram do direito comunitário. Isto leva o Tribunal de Justiça a apontar, à medida que vão surgindo, as lacunas ou as insuficiências das normas nacionais destinadas a garantir a protecção dos particulares»<sup>48</sup>. O Tribunal teve, assim, múltiplas ocasiões para afirmar ou consagrar um certo número de princípios sem os quais não existe protecção jurisdiccional efectiva do particular que invoque o direito comunitário.

59. A lista destes princípios é hoje longa e rica.

60. O direito comunitário aplica-se imediatamente sem que haja necessidade de esperar o resultado de recursos internos, mesmo constitucionais<sup>49</sup>. O particular que invoca o direito comunitário deve poder beneficiar de um recurso jurisdiccional efectivo. O Tribunal identificou no «direito ao juiz»<sup>50</sup> um princípio geral de direito que se encontra na base das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e que foi consagrado pelos artigos 6.º e 13.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do

Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950<sup>51</sup>.

61. Na mesma linha, o Tribunal considerou que o juiz nacional deve ter o poder de garantir a protecção provisória necessária aos direitos que um particular obtém do direito comunitário, mesmo se não tiver esse poder no seu direito interno:

«... a plena eficácia do direito comunitário seria... afectada se uma regra do direito nacional pudesse impedir o juiz a que é submetido um litígio regulado pelo direito comunitário de conceder medidas provisórias para garantir a plena eficácia da decisão jurisdiccional a tomar sobre a existência dos direitos invocados com base no direito comunitário»<sup>52</sup>.

62. No acórdão de 21 de Fevereiro de 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest<sup>53</sup>, o Tribunal decidiu que o artigo 189.º do Tratado CEE não se opõe a que um tribunal nacional suspenda a execução de um acto administrativo adoptado com base num regulamento comunitário cuja validade é contestada no Tribunal de Justiça. Assim, a protecção jurisdiccional do particular

48 — *Op. cit.*, p. 301.

49 — Acórdãos Simmenthal, já referido, e de 27 de Junho de 1991, Mecanarte (C-348/89, Colect., p. I-3277).

50 — V. as conclusões do advogado-geral M. Darmon referentes ao acórdão de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., pp. 1651, 1654, n.º 3).

51 — Acórdão Johnston (*ibidem*, n.º 18).

52 — Acórdão de 19 de Junho de 1990, Factortame e o. I (C-213/89, Colect., p. I-2433, n.º 21). Cite-se aqui a observação de Tash, A. P., *op. cit.*, p. 397: «... the Factortame cases go far further than Von Colson because the Court actually specified the new remedies that the national courts must provide» (... o processo Factortame vai mais longe do que o processo Von Colson, porque o Tribunal especificou, de facto, as novas soluções que devem ser dadas pelos tribunais nacionais).

53 — C-143/88 e C-92/89, Colect., p. I-415.

que invoca o direito comunitário vai tão longe que pode permitir ao juiz nacional suspender provisoriamente a aplicação do direito comunitário<sup>54</sup>. Este acórdão «... places the protection of the individual in the foreground, even in front of the question of priority» (... coloca a protecção do indivíduo em primeiro plano, até antes da questão do primado)<sup>55</sup>. Além disso, este processo recorda, em nosso entender, o princípio de um direito à acção por responsabilidade em benefício do particular que invoca o direito comunitário. De facto, só é possível a suspensão da execução do acto nacional se o recorrente, entre outras condições, correr o risco de sofrer um prejuízo grave e *irreparável*<sup>56</sup>. Não é — já — a prova de que ele dispõe, além disso, de uma acção de indemnização? Saliente-se que a possibilidade de ordenar medidas provisórias não torna inútil a acção de indemnização: «Haverá frequentemente casos — por exemplo, regulamentações que entrarão em vigor com prazo de pré-aviso curto e com efeito imediato — em que o mais activo dos litigantes no mais co-operante dos tribunais não estará em condições de obter medidas provisórias antes de ter sofrido alguns prejuízos»<sup>57</sup>.

63. De acordo com a mesma lógica, o Tribunal considerou que o direito comunitário se opõe a que as autoridades competentes de um Estado-Membro invoquem as normas processuais nacionais relativas aos prazos, no âmbito de uma acção intentada contra elas nos órgãos jurisdicionais nacionais por um particular que invoca as disposições de uma directiva que o Estado-Membro em causa

ainda não transpôs correctamente para a sua ordem jurídica<sup>58</sup>.

64. Pode acrescentar-se ao conjunto destes direitos que o Tribunal consagrou recentemente o princípio do efeito directo vertical das disposições claras, precisas e incondicionais das directivas não transpostas<sup>59</sup>, o da obrigação imposta a todas as autoridades dos Estados-Membros, incluindo as autoridades judiciais, de adoptarem todas as medidas que permitam atingir o resultado previsto pelas directivas e, nomeadamente, de interpretarem o direito nacional à luz do texto e dos objectivos das directivas<sup>60</sup>, independentemente do facto de o prazo para transposição ter decorrido ou não<sup>61</sup>, ou de as suas disposições terem ou não efeito directo<sup>62</sup>.

65. Em matéria de responsabilidade civil de um empregador por violação do princípio da não discriminação entre homens e mulheres em razão do sexo, o Tribunal pretende que tal acção garanta uma «protecção jurisdiccional efectiva e eficaz» da vítima. Deste modo, o Tribunal observou que a Directiva 76/207<sup>63</sup> «... não subordina de modo nenhum a responsabilidade do autor de uma

54 — V. Schermers, H. G. — *Common Market Law Review*, 1992, vol. 29, pp. 133, 136.

55 — *Ibidem*, p. 137.

56 — N.º 33 do acórdão.

57 — Observações dos recorrentes n.ºs 1 a 36 e 38 a 97 no processo C-48/93, já referido na nota 35 (n.º 6.6).

58 — Acórdão de 25 de Julho de 1991, Emmott (C-208/90, Colect., p. I-4269).

59 — Acórdãos de 19 de Janeiro de 1982, Becker (8/81, Recueil, p. 53), e de 26 de Fevereiro de 1986, Marshall I (152/84, Colect., p. 723).

60 — Acórdãos Von Colson e Kamann (já referido na nota 45); de 8 de Outubro de 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Colect., p. 3969, n.º 12); de 4 de Fevereiro de 1988, Murphy e o. (157/86, Colect., p. 673); e de 13 de Novembro de 1990, Marleasing (C-106/89, Colect., p. I-4135, n.º 8).

61 — Acórdão Kolpinghuis Nijmegen (já referido na nota anterior, n.º 15).

62 — V., a este respeito, as conclusões do advogado-geral M. Darnon referentes ao acórdão de 8 de Novembro de 1990, Dekker (C-177/88, Colect., pp. I-3941, I-3956, n.º 15).

63 — Já referida na nota 41.

discriminação à prova de culpa ou à ausência de qualquer causa de exclusão da responsabilidade»<sup>64</sup>. O Tribunal concluiu daí que «... a violação da proibição de discriminação deve ser suficiente para desencadear, só por si, a responsabilidade total do seu autor...»<sup>65</sup>.

66. Finalmente, no acórdão de 2 de Agosto de 1993, Marshall II<sup>66</sup> — que será de novo abordado —, o Tribunal fixou critérios mínimos que permitem evitar que o direito à indemnização, reconhecido por uma directiva comunitária, possa ser sujeito a restrições tais que privem de qualquer efeito o princípio do dever de indemnizar.

67. É neste movimento jurisprudencial, que lança as bases de uma protecção jurisdicional «efectiva e eficaz»<sup>67</sup>, que se inscreve o direito, para o particular que invoca o direito comunitário, de intentar uma acção por responsabilidade contra o Estado que tenha violado esse direito.

68. Tal como exige que se não aplique uma lei nacional contrária ao direito comunitário, o princípio do primado do direito comunitário impõe que o particular possa obter a reparação do prejuízo causado pela aplicação dessa lei no passado.

69. A acção por responsabilidade contra o Estado por violação do direito comunitário é o complemento indispensável do princípio enunciado no já referido acórdão Simmenthal, da inaplicabilidade da lei interna contrária ao direito comunitário. Reparar as consequências da aplicação dessa lei no passado, é anular os efeitos dessa aplicação, é, finalmente, tornar essa lei inaplicável no passado ou retirar as consequências dessa inaplicabilidade para o passado.

70. Da mesma forma que o particular está protegido pela possibilidade dada ao juiz ou à administração de não aplicar a lei, ele deve também estar protegido pelo ressarcimento do prejuízo que lhe tenha causado a aplicação da lei que deveria ter permanecido letra morta.

71. Há já muito tempo que o Tribunal admite que «... um acórdão proferido pelo Tribunal nos termos do disposto nos artigos 169.º e 171.º do Tratado pode ter um interesse material para estabelecer a base da responsabilidade em que um Estado-Membro pode eventualmente incorrer, por incumprimento, relativamente a outros Estados-Membros, à Comunidade ou a *particulares*»<sup>68</sup>, o que torna a acção por incumprimento admissível mesmo que o Estado-Membro demandado tenha

64 — Acórdão Dekker (já referido na nota 62, n.º 22).

65 — *Ibidem*, n.º 25.

66 — C-271/91, Colect., p. I-4367.

67 — *Ibidem*, n.º 24.

68 — Acórdão de 7 de Fevereiro de 1973, Comissão/Itália (39/72, Colect., p. 39, n.º 11; sublinhado nosso). V. igualmente os acórdãos de 20 de Fevereiro de 1986, Comissão/Itália (309/84, Colect., p. 599, n.º 18); de 5 de Junho de 1986, Comissão/Itália (103/84, Colect., p. 1759); de 17 de Junho de 1987, Comissão/Itália (154/85, Colect., p. 2717); de 24 de Março de 1988, Comissão/Grécia (240/86, Colect., p. 1835); de 18 de Janeiro de 1990, Comissão/Grécia (C-287/87, Colect., p. I-125); de 19 de Março de 1991, Comissão/Bélgica (C-249/88, Colect., p. I-1275); e de 30 de Maio de 1991, Comissão/Alemanha (C-361/88, Colect., p. I-2567, n.º 31).

adoptado, entre o parecer fundamentado e a propositura da acção, as medidas necessárias para pôr fim ao incumprimento <sup>69</sup>.

72. No acórdão de 22 de Janeiro de 1976, Russo <sup>70</sup>, o Tribunal afirmou, sem precisar o fundamento dessa obrigação, que, no caso de ter sido causado um prejuízo a um produtor agrícola devido a uma violação do direito comunitário, compete ao Estado responsável «... assumir, perante a pessoa lesada, as consequências no âmbito das disposições do direito nacional relativas à responsabilidade do Estado» <sup>71</sup>. A norma violada era aqui o Regulamento n.º 120/67/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1967, que estabelece a organização comum de mercado no sector dos cereais <sup>72</sup>, *directamente aplicável*.

73. Já no acórdão de 16 de Dezembro de 1960, Humblet <sup>73</sup>, o Tribunal inferiu do artigo 46.º do Tratado CECA, análogo ao artigo 5.º do Tratado, a obrigação «... tanto de anular o acto em causa como de reparar os efeitos ilícitos que produziu».

74. Foi precisamente com base no duplo fundamento do artigo 5.º do Tratado <sup>74</sup>, por um lado, e da obrigação imposta aos órgãos

jurisdicionais nacionais de garantir, por força do efeito directo e do primado do direito comunitário, o pleno efeito das normas comunitárias, em conformidade com os princípios definidos nos acórdãos Simmenthal, já referido, e Factortame e o. I <sup>75</sup>, por outro lado, que o Tribunal afirmou, no acórdão Francovich, o princípio da responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados a particulares por violações do direito comunitário. Este «... direito a obter reparação... (fundamente) directamente no direito comunitário» <sup>76</sup>. Não se veja nesta expressão um direito automático à indemnização, qualquer que seja a importância da violação do direito comunitário. Veja-se, antes, o reconhecimento de um direito a intentar uma acção de indemnização <sup>77</sup>.

II — O acórdão Francovich não é apenas uma forma de obviar ao efeito directo imperfeito

75. Como o Tribunal já observou por várias vezes: «... a faculdade concedida aos administrados de invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais as disposições directamente aplicáveis do Tratado apenas constitui uma garantia mínima e não basta, só por si, para assegurar a plena e integral aplicação do Tratado» <sup>78</sup>. O acórdão Francovich constitui uma ilustração disso.

69 — Observe-se que, ao referir a Comunidade, o Tribunal de Justiça parece admitir que esta possa intentar uma acção por responsabilidade contra um Estado autor de uma infracção ao Tratado.

70 — 60/75, Colect., p. 9.

71 — N.º 9. V. também o acórdão de 9 de Julho de 1985, Bozzetti (179/84, Recueil, p. 2301, n.º 17): «... compete ao ordenamento jurídico de cada Estado-Membro indicar o órgão jurisdicional competente para conhecer dos litígios que põem em causa direitos individuais, derivados do ordenamento jurídico comunitário... sendo os Estados-Membros os responsáveis por garantir, em cada caso, uma protecção efectiva desses direitos.»

72 — JO 1967, 117, p. 2269.

73 — 6/60, Colect. 1954-1961, p. 545.

74 — N.º 36 do acórdão Francovich.

75 — Já referido na nota 52, n.º 32.

76 — N.º 41 do acórdão Francovich.

77 — V., sobre este ponto, Barav, A. — «Onnipotent courts», em *Mélanges Schermers*, 1994, vol. 2, pp. 265, 288.

78 — Acórdão de 26 de Fevereiro de 1991, Comissão/Itália (C-120/88, Colect., p. I-621, n.º 10). V. também os acórdãos de 15 de Outubro de 1986, Comissão/Itália (168/85, Colect., p. 2945, n.º 11); de 26 de Fevereiro de 1991, Comissão/Espanha (C-119/89, Colect., p. I-641, n.º 9); e Comissão/Grécia (C-159/89, Colect., p. I-691, n.º 10). V. também as conclusões do advogado-geral W. Van Gerven referentes ao acórdão de 13 de Abril de 1994, Banks (C-128/92, Colect., pp. I-1209, I-1212, n.º 44).

76. Esta decisão permite que um particular intente uma acção por responsabilidade contra o Estado, na hipótese de, devido ao carácter insuficientemente preciso e incondicional das disposições da directiva, *não poder invocá-la directamente perante o tribunal nacional*. A não transposição e a ausência de efeito directo das disposições da directiva não transposta impedem que ao particular seja reconhecido judicialmente um direito que a *directiva lhe reconhece*.

77. A acção por responsabilidade contra o Estado surge então como uma forma de obviar a um *efeito directo imperfeito*. Ao reconhecer ao particular um direito a indemnização, o Tribunal de Justiça confere, em certa medida, efeito directo às disposições controvertidas na medida em que o particular se pode basear na sua não transposição para obter uma indemnização<sup>79</sup>. O credor não dispõe de uma acção para pagamento contra o devedor do direito criado pela directiva, porque esse devedor é indeterminado. Na qualidade de vítima de um prejuízo, dispõe de uma acção por responsabilidade contra o Estado, acção que se baseia na falta de transposição. Como se vê, a acção por responsabilidade supre a ausência de transposição e de efeito directo. Como salientou G. Wivenes<sup>80</sup>, «ao erigir o facto de o Estado não ter adoptado medidas nacionais de transposição da directiva em acto na origem do prejuízo sofrido pelo destinatário dos direitos que o ordenamento jurídico

comunitário pretendia que fossem conferidos, o Tribunal de Justiça substitui pelo Estado, na sua qualidade de devedor de uma 'execução por equivalente', o particular que, em caso de transposição da directiva para o direito nacional, teria sido o devedor de uma 'execução específica'».

78. Deste modo, a efectivação da responsabilidade do Estado no caso concreto de não transposição da directiva não constitui apenas uma *sanção eficaz* ou um meio de pressão ou de incitamento à transposição. Permite que o destinatário do direito criado pela directiva beneficie indirectamente desse direito, de forma imediata, apesar da não transposição. A aplicação efectiva dos direitos reconhecidos aos particulares por uma directiva deixou de estar totalmente dependente da transposição.

79. Na falta de transposição, o particular não tem outra forma de fazer valer os direitos que retira da directiva a não ser solicitar a interpretação do seu direito nacional em conformidade com esta — na medida do possível<sup>81</sup> — quando, nos Estados-Membros em que tenha sido transposta, a directiva constitui, através do acto nacional de transposição, uma norma de efeito directo invocável directamente pelos particulares. No acórdão de 14 de Julho de 1994, Faccini Dori<sup>82</sup>, o Tribunal sublinhou que a acção por responsabilidade permitida pelo acórdão Francovich se aplica precisamente «no caso de o resultado

79 — V., neste sentido, Van Gerven, W. — «Non-contractual Liability of Member States, Community Institution and Individuals for Breaches of Community Law with a View to a Common Law for Europe», *Maastricht Journal*, 1, 1994, pp. 6, 21.

80 — Relatório luxemburguês para o XV Congresso FIDE, Lisboa 1992, «La sanction des infractions au droit communautaire», pp. 277, 296.

81 — V. os acórdãos Marleasing e Dekker (já referidos nas notas 60 e 62).

82 — C-91/92, *Collect.*, p. I-3325.

prescrito pela directiva não poder ser atingido por via de interpretação...»<sup>83</sup>. O efeito de substituição da acção por responsabilidade — que obvia à ausência de efeito directo da directiva ou à impossibilidade de a invocar por via de interpretação — é particularmente nítido quando, como no processo Francovich, o direito reconhecido pela directiva se refere a uma importância em dinheiro. O ressarcimento do prejuízo pode coincidir exactamente com os direitos gerados por uma transposição correcta da directiva.

80. Esta análise mostra como «The principles of direct and indirect effects were simply expedients designed to secure the enforcement of Community law precisely because States had failed to fulfill their obligations»<sup>84</sup> (os princípios dos efeitos directo e indirecto eram meros expedientes para garantir a aplicação do direito comunitário precisamente porque os Estados não tinham cumprido as suas obrigações) e como o acórdão Francovich se inscreve no movimento jurisprudencial que visa a aplicação efectiva das directivas para que, quando estas criem direitos para os particulares, estes possam conhecer e invocar esses direitos.

81. Já no acórdão de 25 de Julho de 1991, Emmott<sup>85</sup>, o Tribunal salientou que um Estado-Membro não pode paralisar o pleno efeito de uma directiva que não transpõe dentro do prazo, invocando prazos de prescrição nacionais.

83 — N.º 27.

84 — Steiner, J. — «From direct effects to Francovich: shifting means of enforcement of Community Law», (18) *ELR*, Fevereiro 1993, pp. 3, 10.

85 — Já referido na nota 58.

82. É, conseqüentemente, claro que o acórdão Francovich colmata uma lacuna na protecção dos particulares que pretendem invocar disposições de uma directiva não transposta.

83. Deve, deste modo, concluir-se que o princípio da responsabilidade só se aplica à violação de disposições não directamente aplicáveis, uma vez que é, então, o único meio de atingir o resultado previsto pela directiva que o Estado se recusa a transpor e, portanto, um complemento da jurisprudence do Tribunal de Justiça sobre a aplicabilidade directa das disposições do direito comunitário, como foi defendido pela República da Alemanha<sup>86</sup>, pela Irlanda<sup>87</sup> e pelo Reino dos Países Baixos<sup>88</sup> nas respectivas observações escritas? Não há nenhuma «necessidade» de direito à indemnização face a disposições directamente aplicáveis, como é defendido pelo Governo alemão?

84. Será que, em presença de uma norma comunitária de efeito directo, o particular já dispõe de tal protecção jurisdicional, de tais vias de direito, que a acção por responsabilidade é supérflua? Se as disposições da directiva tivessem efeito directo, não é verdade que A. Francovich teria beneficiado de uma acção para pagamento na qualidade de credor do Estado italiano, tornando inútil uma acção de indemnização?

86 — N.ºs 2 e 3. «O direito à indemnização só tem, conseqüentemente, um papel subsidiário relativamente aos direitos de defesa e de acção».

87 — N.º 7.

88 — N.º 8.

85. Já observámos: o efeito directo não é mais do que uma garantia mínima que não assegura necessariamente uma protecção completa do particular que invoca o direito comunitário<sup>89</sup>.

86. Se o princípio da responsabilidade do Estado vale para um direito desprovido de efeito directo conferido por uma directiva, vale *a fortiori* para um direito subjectivo conferido por disposições com efeito directo<sup>90</sup>. Isto é tanto assim que, muito antes do acórdão Francovich, órgãos jurisdicionais nacionais condenaram o seu Estado-Membro por violação de uma disposição comunitária com efeito directo. Mencione-se a culpa de serviço considerada contra o Estado francês devido a atrasos anormais na execução de controlos aduaneiros efectuados em condições contrárias ao artigo 30.º do Tratado<sup>91</sup>.

87. Por outro lado, a acção de indemnização exercida por um particular ou uma empresa contra outro particular ou outra empresa por violação de uma norma comunitária com efeito directo horizontal é largamente admitida. Na decisão da House of Lords, Garden Cottage Food Ltd/Milk Marketing Board<sup>92</sup>, foi decidido que uma violação do artigo 86.º do Tratado CEE podia ser qualificada, em

direito inglês, como violação de um «statutory duty» (obrigação imposta por lei) e dar lugar a uma indemnização. De igual modo, a prova da existência de um acordo contrário ao artigo 85.º do Tratado CEE pode ser suficiente para responsabilizar os seus autores com base na responsabilidade extracontratual<sup>93</sup>.

88. O particular que intenta contra o Estado uma acção de indemnização com base na violação de uma norma comunitária com efeito directo pode, por definição, invocar a atribuição de direitos em seu benefício e o carácter identificável do conteúdo desses direitos. Satisfaz assim as duas primeiras condições de efectivação da responsabilidade, tal como são enunciadas no acórdão Francovich<sup>94</sup>. A acção de indemnização é um corolário do próprio efeito directo.

89. Aliás, no acórdão de 12 de Julho de 1990, Foster e o.<sup>95</sup>, o Tribunal já reconheceu que um particular podia intentar uma acção de indemnização contra um Estado-Membro pelo facto de este ter violado uma disposição com efeito directo de uma directiva.

90. Em seguida, é significativo que, para justificar a obrigação de indemnização do

89 — *Supra*, n.º 75.

90 — V. as conclusões do advogado-geral W. Van Gerven referentes ao acórdão Banks (já referidas na nota 78, n.º 43).

91 — Sentença de 15.4.1986 do tribunal administrativo de Dijon, Société vinicole Berard, *Recueil Lebon*, p. 311.

92 — House of Lords (1983) 2 *All England Reports* 770, 3, *CMLR*, 1983, 43. V. também Pecnard, C.; Ruiz, E. — «Les sanctions civiles du droit communautaire de la concurrence par le juge national: les exemples anglais et français», *RDAL*, n.º 3, 1993, p. 637.

93 — V. o acórdão da cour d'appel de Paris de 19 de Maio de 1993, Labinal/Mors e Westland Aerospace, *Journal du droit international*, 1993, p. 957.

94 — N.º 40.

95 — C-188/89, *Colect.*, p. I-3313, n.º 22.

Estado que viola o direito comunitário, o Tribunal tenha citado acórdãos que aplicam o princípio segundo o qual o tribunal nacional tem a obrigação de garantir a protecção efectiva dos direitos *directamente aplicáveis* que o particular retira do direito comunitário (com excepção do acórdão *Factortame* e o. I, já referido) <sup>96</sup>.

91. No acórdão *Zuckerfabrik Süderdithmarschen e Zuckerfabrik Soest*, já referido, o Tribunal declarou que uma decisão nacional baseada num regulamento comunitário cuja validade é contestada neste Tribunal devia poder ser provisoriamente suspensa sempre que a sua execução imediata causasse um *prejuízo irreparável* ou dificilmente reparável.

92. Além disso, demonstrou-se <sup>97</sup> que, com base no efeito directo do artigo 93.º, n.º 3, do Tratado CEE, o Tribunal exige que os órgãos jurisdicionais nacionais reparem o prejuízo sofrido pelos concorrentes do beneficiário do auxílio concedido prematuramente, efectuando, se necessário, a responsabilidade do Estado.

93. Finalmente, o sistema completo das vias judiciais de que dispõe o particular que

invoca o direito comunitário inclui a acção por responsabilidade contra as instituições comunitárias, nos termos do artigo 215.º do Tratado CEE. Não se compreende como se poderia recusar esta acção por responsabilidade ao particular que invoca o direito comunitário, pela única razão de o autor do prejuízo ser um Estado-Membro. A. Barav observou, a propósito da Comunidade, que «um sistema de meios contenciosos seria lacunoso e incompleto se não instituísse uma acção de indemnização devido ao prejuízo causado pela actividade administrativa» <sup>98</sup>. Numa comunidade baseada no princípio da administração indirecta pelos Estados-Membros, em que as competências destes e as da Comunidade estão tão estreitamente imbricadas que é por vezes difícil saber a quem imputar o prejuízo <sup>99</sup>, pode-se isentar os Estados-Membros de toda a responsabilidade? A resposta a esta questão é ainda mais clara se se mencionarem os casos em que a Comunidade e um Estado-Membro *concorreram* para a produção do prejuízo e em que o Tribunal previu uma acção por responsabilidade do Estado-Membro nos órgãos jurisdicionais nacionais <sup>100</sup>.

94. Conclui-se daqui que a acção por responsabilidade contra o Estado não é apenas uma forma de obviar a um efeito directo

<sup>98</sup> — «'Injustice normative' et fondement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne», *CDE*, 1977, n.º 1, p. 439.

<sup>99</sup> — V. Huglo, J. G. — «Cour de justice, responsabilité extracontractuelle», *Jurisclasseur Europe*, fascículo 370, n.º 82 a 90.

<sup>100</sup> — Acórdão de 14 de Julho de 1967, *Kampffmeyer* e o./Comissão (5/66, 7/66, 13/66 a 24/66, Colect. 1965-1968, p. 637).

<sup>96</sup> — V. Curtin, D. — «State liability under Community Law: A New remedy for Private Parties» (1992) *ILJ*, vol. 21, pp. 74, 78.

<sup>97</sup> — Van Gerven, W., *op. cit.* na nota 79, p. 23.

imperfeito. Não se limita à hipótese prevista no acórdão Francovich. É uma componente indispensável da protecção jurisdicional do particular que invoca o direito comunitário, a partir do momento em que a norma ou a decisão que causou o prejuízo é susceptível de criar direitos para os particulares<sup>101</sup>. Foi por este motivo que o acórdão Francovich fez do princípio da responsabilidade um princípio geral do direito comunitário. O advérbio «particularmente», no n.º 34, recorda que o Tribunal não excluiu a existência desta responsabilidade noutros casos que não fossem o da falta de transposição de uma directiva. Compete ao Tribunal definir os contornos deste princípio da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário.

tário apresentam um fundamento jurídico diferente.

- a) Os regimes aplicáveis nos Estados-Membros são heterogêneos e não permitem identificar princípios gerais comuns
- b) O fundamento da responsabilidade do Estado legislador em direito interno não está relacionado com o da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário

### III — O fundamento da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário

95. A responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário tem o mesmo fundamento jurídico que a responsabilidade do Estado legislador? Esta inspirou largamente o regime do artigo 215.º do Tratado, que seguiu os direitos nacionais mais protectores do lesado nesta matéria. Após ter apresentado a responsabilidade do Estado legislador nos Estados-Membros, demonstraremos que a responsabilidade do Estado legislador e a do Estado por violação do direito comuni-

96. a) É indiscutível que a responsabilidade do Estado legislador só deve poder ser posta em causa a título absolutamente excepcional. A liberdade do legislador não deve ser entravada pela perspectiva de acções de indemnização. Além disso, não deve ser limitada unicamente pelo facto de a consideração do interesse geral lesar interesses privados<sup>102</sup>. A «capacidade de exprimir a soberania popular»<sup>103</sup> justifica a imunidade do legislador relativamente às regras gerais da responsabilidade<sup>104</sup>.

101 — N.º 40 do acórdão Francovich. Quando a questão da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário foi colocada ao Tribunal no processo Enichem Base e o., o Tribunal não teve que responder, uma vez que as normas comunitárias em causa não tinham conferido nenhum direito aos particulares (acórdão de 13 de Julho de 1989, 380/87, Colect., p. 2491).

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

103 — *Ibidem*, n.º 2, p. 1230, das conclusões do advogado-geral F. Capotorti.

104 — V. igualmente a citação do professor E. Laferrière feita pelo comissário do Governo Laroque nas suas conclusões nos processos Société Rothmans International France e Sociéte Arizona Tobacco Products (*AJDA* 1992, p. 210): «A lei é um acto de soberania e é característica da soberania impor-se a todos sem que se possa reclamar qualquer compensação. Só o legislador pode apreciar, segundo a natureza e a gravidade do prejuízo, as necessidades e os recursos do Estado, se deve conceder essa compensação. Os órgãos jurisdicionais não podem decidir em seu lugar».

97. Como o Tribunal declarou no acórdão HNL e o./Conselho e Comissão<sup>105</sup>, os princípios que, nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, regem a responsabilidade dos poderes públicos pelos prejuízos causados aos particulares por actos normativos «variam consideravelmente consoante os Estados-Membros»<sup>106</sup>.

98. Certos Estados-Membros não admitem a responsabilidade do Estado legislador. É o caso da Itália, da Alemanha<sup>107</sup>, da Bélgica<sup>108</sup> e, parece, da Irlanda<sup>109</sup> e do Luxemburgo<sup>110</sup>. Esta é igualmente a solução por que optam os tribunais britânicos<sup>111</sup>, pelo menos quando não está em causa o direito comunitário.

105 — Já referido na nota 102.

106 — N.º 5.

107 — V. o acórdão de 12 de Março de 1987 do BGH, *Juristen Zeitung*, 1987, p. 1024. V. também o BGHZ 100, p. 136, e o BGHZ 102, p. 350. Por força da Schutznormtheorie, a responsabilidade do Estado pressupõe a violação de uma obrigação de serviço relativamente a pessoas ou grupos de pessoas determinadas. Uma obrigação deste tipo não incumbe ao legislador que serve o interesse geral.

108 — «Até agora, na Bélgica, a responsabilidade do poder público devido à sua função legislativa releva sobretudo da análise teórica e doutrinária.» No entanto, após a criação da Cour d'arbitrage, «existem já na legislação suficientes pontos de apoio para construir, por via pretoriana, um regime próprio de responsabilidade legislativa»; Leroy, M. — «La responsabilité des pouvoirs publics», Actas do colóquio interuniversitário organizado em 14 e 15 de Março de 1991 pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lovaina e pela Faculdade de Direito da Universidade Livre de Bruxelas, pp. 300, 334. V. a sentença do tribunal de première instance de Bruxelles de 9 de Fevereiro de 1990, Michel e o./Office national des pensions de l'État (R. G. 54 636, inédito).

109 — Schoeckweiler; Wivenes; Godard — «Le régime de la responsabilité extracontractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne», *RTDE*, Janeiro-Março 1990, pp. 27, 41.

110 — Acórdão da Cour d'appel de 1 de Abril de 1987, Poos/Grand-Duché, Pasirisie luxembourgeoise, n.º L/1987, p. 68, onde se lê: «A ideia de que o acto legislativo é por excelência uma emanção do Estado poder soberano e por isso insusceptível de implicar o pagamento de indemnizações, e de que é característica da soberania, absoluta na sua essência, ser discricionária e irresponsável, não parece estar em vias de ser seriamente posta em causa na prática judicial» (p. 69).

111 — A efectivação da responsabilidade do Estado pressupõe a prova de um «misfeasance in public office», o que é inconcebível no caso do legislador.

99. Pelo contrário, esta responsabilidade foi consagrada noutros Estados-Membros, apesar de a sua efectivação ter sempre sido submetida a condições restritivas. É o caso de Espanha<sup>112</sup>, da França<sup>113</sup>, da Grécia<sup>114</sup>, da Dinamarca<sup>115</sup>, de Portugal<sup>116</sup> e dos Países Baixos<sup>117</sup>.

100. Conclui-se daqui que, em matéria de responsabilidade do Estado legislador, não existem princípios gerais *realmente comuns* aos Estados-Membros. Os princípios acolhidos pelo Tribunal de Justiça no âmbito do artigo 215.º do Tratado foram, de facto, os adoptados pelos direitos internos mais protectores do particular lesado pela actuação do legislador.

101. b) A responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário e a responsabilidade do Estado legislador em direito interno não têm o mesmo fundamento.

112 — V. os artigos 9.º, n.º 3, e 106.º, n.º 2, da Constituição de 27 de Dezembro de 1976; a Lei n.º 30, de 16 de Dezembro de 1992, relativa ao regime jurídico das administrações públicas e do processo administrativo (artigo 139.º, n.º 1), bem como os acórdãos do Supremo Tribunal de 15 de Julho de 1987, 25 de Setembro de 1987 e 19 de Novembro de 1987.

113 — A partir do acórdão do Conseil d'État de 14 de Janeiro de 1938, Société anonyme des produits laitiers «La Fleurette», *Recueil Lebon*, p. 25, D. 1938.3.41.

114 — Artigo 105.º da lei de introdução ao Código Civil.

115 — Observações do Governo dinamarquês, n.º 3.

116 — Artigo 21.º, n.º 1, da Constituição de 2 de Abril de 1976 (artigo 22.º após a revisão de 30 de Setembro de 1982).

117 — V. o acórdão do Hoge Raad, de 11 de Outubro de 1992, Van Hiltten, NJ/AB 1992, 62, e a decisão do Arrondissementsrechtbank de Haia de 18 de Julho de 1984, Roussel Laboratoria e o./Estado neerlandês (Mimidoc n.º QP/01013-P1).

102. A primeira baseia-se precisamente numa ilegalidade: a violação de uma norma de hierarquia superior e, portanto, a violação do princípio do primado. reparação efectiva dos prejuízos daí resultantes»<sup>119</sup>.

103. Por força desse princípio, as normas comunitárias com efeito directo têm como efeito «... não apenas tornar automaticamente inaplicável, devido ao facto da sua entrada em vigor, qualquer norma de direito interno que lhes seja contrária, mas também... impedir a formação válida de novos actos legislativos nacionais na medida em que fossem incompatíveis com normas comunitárias»<sup>118</sup>.

104. O respeito pelo primado não impõe apenas que não seja aplicada uma lei contrária ao direito comunitário. Exige também o ressarcimento dos prejuízos provocados pela aplicação anterior da lei.

105. O artigo 5.º obriga os Estados-Membros a adoptarem todas as medidas necessárias para garantir a execução das obrigações que lhes incumbem por força do Tratado. «... entre essas obrigações encontra-se a de apagar as consequências ilícitas de uma violação do direito comunitário quer directamente quer, na falta disso, assegurando a

106. Já não é possível invocar o carácter soberano ou inatacável da lei: esta pode dar lugar a uma acção por responsabilidade por não estar em conformidade com o direito comunitário que cada Estado-Membro se comprometeu a respeitar — e a fazer respeitar — ao aderir à Comunidade. Ao ratificar os Tratados originais, os Estados-Membros limitaram a sua liberdade de acção no âmbito de aplicação do direito comunitário. É isto que explica que uma acção por responsabilidade do Estado por omissão do legislador seja perfeitamente admissível quando a responsabilidade do Estado se baseie na violação do direito comunitário, como demonstra o acórdão Francovich, sendo esta acção dificilmente imaginável em direito interno<sup>120</sup>.

107. Como Lord Bridge demonstrou na decisão proferida após o acórdão do Tribunal de Justiça Factortame e o. II<sup>121</sup>, ao ratificarem o Tratado de Roma (ou, no caso do Reino Unido, ao adoptar o European Communities Act 1972), os Estados-Membros aceitaram que fossem impostos limites à soberania legislativa dos seus Parlamen-

119 — Cour administrative d'appel de Paris, 1.7.1992, Dangeville, *AJDA*, 1992, p. 768.

120 — V., por exemplo, o acórdão do Conseil d'État francês de 29 de Novembro de 1968, Tallagrand, *Recueil Lebon*, p. 607.

121 — Acórdão de 25 de Julho de 1991 (C-221/89, Colect., p. I-3905).

118 — Acórdão Simmenthal (já referido, n.º 17).

através do princípio do primado do direito comunitário<sup>122</sup>.

108. Como se vê, a responsabilidade do Estado não se baseia aqui no carácter excepcional do prejuízo sofrido pelo lesado (como é o caso em certos direitos internos), mas na *inobservância do primado* do direito comunitário sobre as disposições nacionais contrárias.

109. O respeito do princípio do primado impõe-se a todos os órgãos, autoridades e tribunais dos Estados-Membros.

122 — «If the supremacy within the European Community of Community law over the national law of Member States was not always inherent in the EEC Treaty... it was certainly well established in the jurisprudence of the European Court of Justice long before the United Kingdom joined the Community. Thus, whatever limitation of its sovereignty Parliament accepted when it enacted the European Communities Act 1972 was entirely voluntary. Under the terms of the Act of 1972 it has always been clear that it is a duty of a United Kingdom court, when delivering final judgment, to override any rule of national law found to be in conflict with any directly enforceable rule of Community law. Similarly, when decisions of the European Court of Justice have exposed areas of United Kingdom statute law which failed to implement Council directives, Parliament has always loyally accepted the obligation to make appropriate and prompt amendments. Thus there is nothing in any way novel in according supremacy to rules of Community law in those areas to which they apply and to insist that, in the protection of rights under Community law, national courts must not be inhibited by rules of national law from granting interim relief in appropriate cases is no more than a logical recognition of that supremacy» (*The Weekly Law Reports*, 2 de Novembro de 1990, pp. 857 e 858). (Se o primado, na Comunidade Europeia, do direito comunitário sobre o direito nacional dos Estados-Membros nem sempre esteve inerente ao Tratado CEE... estava certamente bem assente na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias muito antes da adesão do Reino Unido à Comunidade. Assim, foi inteiramente voluntária qualquer limitação da sua soberania que o Parlamento tenha accedido quando adoptou o European Communities Act 1972. Por força deste Act de 1972, foi sempre claro que era obrigação de um tribunal do Reino Unido, ao proferir uma sentença final, não aplicar qualquer norma do direito nacional incompatível com qualquer norma de direito comunitário com efeito directo. De igual modo, quando as decisões do Tribunal de Justiça europeu apontaram sectores da legislação do Reino Unido que não davam cumprimento a directivas do Conselho, o Parlamento aceitou sempre lealmente a obrigação de efectuar, com celeridade, as necessárias alterações. Assim, não é de modo nenhum novidade dar primado às normas do direito comunitário nas áreas em que se aplicam, e insistir que, na protecção dos direitos nos termos do direito comunitário, os tribunais nacionais não devem ser impedidos por normas do direito nacional de conceder protecção provisória nos casos adequados, mais não é do que o reconhecimento lógico desse primado).

110. Não vemos, portanto, razão para o direito à indemnização, em tais circunstâncias, ser sujeito a restrições impostas pelo direito nacional quando o Parlamento exerce as suas competências de forma autónoma relativamente ao direito comunitário.

111. Ao fim e ao cabo, a responsabilidade do Estado legislador em direito interno e a do Estado legislador por violação do direito comunitário têm um fundamento radicalmente diferente, e não é certo que os Estados-Membros possam sujeitar o direito à indemnização em caso de violação do direito comunitário pelo Estado às restrições gerais impostas pelo direito nacional para a sua actividade. Apesar de existirem pontos comuns, haveria, em nosso entender, alguma falta de lógica em *alinhar* o regime da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário pelo do artigo 215.º do Tratado, que se inspira no regime restritivo da responsabilidade do Estado legislador em direito interno.

#### IV — *As exigências do direito comunitário relativas à acção por responsabilidade contra o Estado por violação do direito comunitário não variam em função do órgão do Estado a quem o prejuízo seja imputável*

112. O acórdão Francovich enuncia o princípio de um direito a uma acção por responsabilidade contra o Estado considerado globalmente, sem precisar o autor do prejuízo. Não é um determinado órgão do Estado, mas o Estado-Membro, enquanto tal, que deve indemnizar.

113. Não podemos deixar de fazer uma comparação com a jurisprudência do Tribunal relativa ao artigo 169.º do Tratado CE. O incumprimento é caracterizado, qualquer que seja o órgão do Estado a que se impute esse incumprimento, «... mesmo que se trate de uma instituição constitucionalmente independente»<sup>123</sup>.

114. A responsabilidade do Estado no seu todo resulta da violação do direito comunitário, quer o prejuízo se deva ao legislador ou à acção da administração — ou mesmo a uma jurisprudência incompatível com o Tratado<sup>124</sup>. A uniformidade da aplicação do direito comunitário, «... exigência fundamental da ordem jurídica comunitária»<sup>125</sup>, tem este preço: a existência da acção de indemnização não pode depender das normas internas de repartição das competências entre o legislador, a administração e a autoridade judicial.

115. Consequentemente, não é possível *excluir, a priori*, a responsabilidade do Estado legislador. Também não é possível, quando esteja em jogo uma violação do direito comunitário, submeter o Estado legislador a um regime de responsabilidade mais restritivo ou mais severo que o do Estado administrador e que não respeite as exigências

impostas pelo direito comunitário. Se, para escapar a uma acção por responsabilidade, bastasse que um Estado-Membro fizesse adoptar um acto pelo seu Parlamento, seria vã a definição de um padrão comunitário quanto ao regime desta acção<sup>126</sup>.

116. Dado que, quando se verifica uma violação do direito comunitário, o dever de indemnizar que incumbe a um Estado-Membro é uma questão de direito comunitário, a existência desse dever e as exigências do direito comunitário quanto à acção de indemnização não poderão estar subordinadas a questões de repartição de competências entre os poderes legislativo, regulamentar, administrativo e judicial, *que relevam, por definição, do direito interno*.

117. As mais recentes decisões dos órgãos jurisdicionais administrativos franceses demonstram de forma muito nítida que, em caso de violação do direito comunitário, apenas é responsável o Estado, independentemente do órgão desse Estado a quem o prejuízo seja imputável.

118. Num primeiro tempo, os órgãos jurisdicionais administrativos encontraram meios que permitiram evitar efectivar a responsabi-

123 — Acórdão de 15 de Maio de 1970, Comissão/Bélgica (77/69, Colect. 1969-1970, p. 335, n.º 15). V. também o acórdão de 26 de Fevereiro de 1976, Comissão/Itália (52/75, Colect., p. 131, n.º 14).

124 — A responsabilidade do Estado por uma jurisprudência interna contrária ao direito comunitário não deixa de colar delicados problemas de ordem constitucional. V. Szyszczak, E. — «European Community Law: New Remedies, New Directions?», (1992) *MLR*, n.º 55, pp. 690, 696.

125 — Acórdão Zuckerfabrik Süderdithmarschen e Zuckerfabrik Soest (já referido, n.º 26).

126 — Já em 1960, o Tribunal declarava no acórdão Humblet, já referido, que, «... se o Tribunal de Justiça declarar num acórdão que um acto legislativo ou administrativo emanado das autoridades de um Estado-Membro é incompatível com o direito comunitário, esse Estado fica obrigado, por força do artigo 86.º do Tratado CECA, a revogar o acto em causa e a reparar os efeitos ilícitos que ele possa ter produzido» (Colect. 1954-1961, p. 545; sublinhado nosso).

lidade do Estado *legislador* por violação do direito comunitário.

119. No acórdão de 28 de Fevereiro de 1992, *Société Rothmans International France e Société Arizona Tobacco Products* <sup>127</sup>, o *Conseil d'État* francês evitou consagrar o princípio da responsabilidade do Estado legislador por não transposição de uma directiva. Inferiu a responsabilidade do Estado de uma falta cometida pela autoridade administrativa na aplicação de uma lei interna contrária ao direito comunitário.

120. O ministro da Economia e das Finanças tinha adoptado decisões regulamentares de fixação dos produtos do tabaco, utilizando uma competência facultativa que lhe era reconhecida pela Lei de 24 de Maio de 1976, relativa à adaptação do monopólio dos tabacos manufacturados; no entanto, devia ter-se colocado fora do âmbito de aplicação dessa lei, que não era compatível com a directiva.

121. Dito de outra forma, foi o acto administrativo e não a própria lei que foi considerado facto gerador do prejuízo, o que permitia encarar a responsabilidade do Estado devido à actuação da sua administração, que deve, no exercício do seu poder regulamentar, respeitar o primado do direito comunitário.

127 — V. nota 104, *supra*.

rio. A aplicação da lei incompatível com o direito comunitário deve ser afastada não apenas pelo juiz mas também pela autoridade administrativa.

122. Em vez de se colocar na óptica da responsabilidade do legislador — e das condições restritivas da sua efectivação — o juiz nacional colocou-se na óptica da responsabilidade do Estado administrador que comete uma falta que dá origem a uma indemnização, quando, dispondo de um certo poder de apreciação, adopta decisões ou actos incompatíveis com o direito comunitário.

123. Numa segunda fase, num acórdão de 1 de Julho de 1992, *Société Dangeville* <sup>128</sup>, a *cour administrative d'appel* de Paris reconheceu a responsabilidade *do Estado* considerado globalmente, sem especificar o órgão desse Estado a quem podia ser imputada a violação do direito comunitário <sup>129</sup>.

124. O simples facto de, na sua redacção anterior a 1 de Janeiro de 1979, o artigo 256.º do *code général des impôts* francês ser

128 — *Droit fiscal*, 1992, n.º 1665, p. 1420.

129 — V., quanto a este ponto, a observação do comissário do Governo Bernault nas suas conclusões referentes ao acórdão *Dangeville*: «A atitude do Estado legislador, pela sua omissão, a atitude do Estado enquanto administrador, que recusou aplicar a directiva... a atitude, por fim, do Estado enquanto juiz do imposto, que afastou a invocação da directiva como inoperante, parecem-nos constituir um facto único decorrente da não transposição da directiva...», *Droit fiscal*, 1992, n.º 1665, pp. 1420, 1431.

incompatível com as disposições da Sexta Directiva, e, devido a isso, não terem sido isentas de IVA, como deveriam ter sido, operações de seguro, é suficiente para implicar a responsabilidade do Estado.

comunitário. Em qualquer caso, as exigências deste último são idênticas: o direito comunitário só conhece um responsável (o Estado), tal como uma acção por incumprimento só conhece um réu (o Estado).

125. A cour administrative d'appel de Paris não se baseou na ilegalidade do aviso de liquidação do imposto ou da decisão do director dos serviços fiscais. Não identificou um acto administrativo ilegal face ao direito comunitário e que se interpusesse entre a lei incompatível e o prejuízo invocado. Isso ter-lhe-ia permitido colocar-se na óptica da responsabilidade culposa devido à acção da administração. Colocou-se na óptica da responsabilidade do Estado, enquanto tal, e admitiu que este podia ser posto em causa por *omissão*, isto é, por não ter transposto correctamente a directiva. Vê-se aqui até que ponto a responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário está afastada da responsabilidade do Estado legislador em direito interno: a omissão do legislador pode levar à efectivação da responsabilidade do Estado no primeiro caso, mas não no segundo <sup>130</sup>.

126. Concluímos daqui que uma distinção entre o regime da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário imputável ao legislador e o regime da responsabilidade do Estado por violação desse direito imputável à administração ou a outro órgão do Estado seria *albeia* ao direito

127. Em contrapartida, justificar-se-ia uma diferença de regime entre a responsabilidade incorrida pelo Estado por actos de alcance geral que violam o direito comunitário e a incorrida por este devido a actos individuais que violam esse direito, uma vez que o direito comunitário conhece esta distinção. No âmbito das nossas conclusões, só examinaremos o primeiro caso.

#### V — *A diversidade do regime do artigo 215.º do Tratado*

128. As exigências do direito comunitário em matéria de responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário não podem ser determinadas sem que seja definido o lugar dessa responsabilidade perante o regime do artigo 215.º do Tratado.

129. A responsabilidade extracontratual da Comunidade é um conjunto marcado pela *diversidade*: a aplicação do artigo 215.º do Tratado está sujeita a condições extremamente díspares. No acórdão de 28 de Maio

130 — Acórdão do Conseil d'État de 11 de Janeiro de 1838, Duchâtelet, *Recueil Lebon*, p. 7.

de 1970, Richez-Parise e o./Comissão<sup>131</sup>, o Tribunal admitiu que apenas o fornecimento de informações incorrectas constitui falta de serviço susceptível de efectivar a responsabilidade da Comunidade. Em matéria de contratos públicos, a violação do dever de procurar informações necessárias para garantir uma gestão económica dos recursos comunitários expõe a Comunidade a uma violação do artigo 215.º do Tratado<sup>132</sup>. A mera quebra do dever de confidencialidade e a falta de informação sobre os riscos que se correm podem levar à aplicação deste artigo<sup>133</sup>, sem que seja necessário fazer prova de uma violação de uma norma jurídica superior. Pelo contrário, no acórdão de 5 de Dezembro de 1979, Amylum e Tunnel Refineries/Conselho e Comissão<sup>134</sup>, o Tribunal subordina a aplicação do artigo 215.º do Tratado à prova de que a violação da norma comunitária se encontra no limite do arbitrário. O Tribunal decidiu que a responsabilidade da Comunidade devido à sua actividade normativa só pode ser efectivada «... a título excepcional, nos casos em que a instituição em causa tenha violado, de modo manifesto e grave, os limites do exercício dos seus poderes»<sup>135</sup>, quando essa actividade normativa se caracteriza pelo exercício de um amplo poder discricionário.

130. É preciso ter presente esta diversidade quando se examina a responsabilidade da Comunidade por actos normativos, que é apenas um dos aspectos dessa responsabilidade.

131. A responsabilidade da Comunidade por actos normativos que implicam opções de política económica é admitida desde o acórdão de 2 de Dezembro de 1971, Zuckerfabrik Schöppenstedt/Conselho<sup>136</sup>.

132. Quando o prejuízo resulta da aplicação de um acto normativo que implica opções de política económica, a invalidade do acto não basta para efectivar a responsabilidade da Comunidade. Esta só existe se resultar de uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica superior que proteja os particulares. Mais especificamente, quando a Comunidade dispõe de um amplo poder de apreciação, só pode haver responsabilidade «... se a instituição em causa tiver ignorado, de modo manifesto e grave, os limites que se impõem ao exercício dos seus poderes»<sup>137</sup>, o que equivale a reconhecer à instituição em causa «uma certa margem de erro»<sup>138</sup>.

133. A doutrina<sup>139</sup> vê aqui, geralmente, a aplicação da «Schutznormtheorie» alemã baseada, nomeadamente, no artigo 34.º da Lei Fundamental. O particular que sofreu

131 — 19/69, 20/69, 25/69 e 30/69, Colect. 1969-1970, p. 359, n.º 38.

132 — Acórdão de 25 de Maio de 1993, SGEEM e Etroy/BEI (C-370/89, Colect., p. I-2583).

133 — Acórdão de 7 de Novembro de 1985, Adams/Comissão (145/83, Recueil, p. 3539, n.º 44).

134 — 116/77 e 124/77, Recueil, p. 3497, n.º 19. V., no entanto, o acórdão de 18 de Maio de 1993, Comissão/Stahlwerke Peine-Salzgitter (C-220/91 P, Colect., p. I-2393, n.º 51).

135 — N.º 13.

136 — 5/71, Colect., p. 375.

137 — 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 12). V., em último lugar, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Fevereiro de 1995, Campo Ebro e o./Conselho (T-472/93, Colect., p. II-421, n.º 41 a 43).

138 — Conclusões do advogado-geral W. Van Gerven referentes ao acórdão Mulder e o./Conselho e Comissão, referido na nota anterior (Colect. 1992, p. I-3094, n.º 15).

139 — V. Van Gerven, W., *op. cit.* na nota 79, p. 27.

um prejuízo só pode obter uma indemnização se pertencer precisamente ao grupo que a norma jurídica superior violada pretende proteger.

134. Esta jurisprudência foi «... elaborada a maior parte das vezes a respeito de regulamentos do Conselho que exprimem de algum modo a actividade *legislativa* da Comunidade»<sup>140</sup>. Deve ser aprovada quando o acto impugnado pertence a um domínio da política económica — como a política agrícola comum — em que a instituição comunitária que a adoptou tem que acompanhar a evolução complexa de um mercado.

135. Consideramos que as condições de efectivação da responsabilidade da Comunidade não devem ser tão restritivas quando o prejuízo tenha por origem um acto regulamentar que não implique opções de política económica ou quando um regulamento de aplicação da Comissão tenha sido adoptado em violação do disposto no regulamento de base do Conselho. A jurisprudência do Tribunal é muito severa, como demonstra o

processo Sofrimport/Comissão<sup>141</sup>, mesmo que, nesse caso, tenha sido admitida a responsabilidade da Comunidade.

136. Segundo A. Barav e G. Vandersanden, «... contra actos não normativos ou que, apesar de regulamentares, não implicam opções de política económica, os critérios constitutivos da culpa deveriam ser menos exigentes»<sup>142</sup>. Nas suas conclusões referentes ao acórdão de 13 de Março de 1992, Vreugdenhil/Comissão<sup>143</sup>, o advogado-geral M. Darmon sublinhava, no mesmo sentido, que:

«... esta exigência de um comportamento quase arbitrário justifica-se quando a instituição comunitária dispõe, como em matéria de política económica, de um largo poder de apreciação, mas não é pertinente quando as condições para o exercício do poder reconhecido à instituição estão clara e precisamente definidas. Em tal caso, e em nosso critério, afigura-se que qualquer violação da norma em causa será susceptível de acarretar a responsabilidade da Comunidade».

137. Como se vê, a responsabilidade da Comunidade devido à sua actividade normativa confronta-se com condições rigorosas que não têm suficientemente em conta as diferentes formas dessa actividade.

140 — Primeiras conclusões do advogado-geral M. Darmon referentes ao acórdão de 8 de Abril de 1992, Cato/Comissão (C-55/90, Colect., pp. I-2533, I-2545, n.º 39).

141 — Acórdão de 26 de Junho de 1990 (C-152/88, Colect., p. I-2477).

142 — *Contentieux communautaire*, 1977, p. 336.

143 — C-282/90, Colect., pp. I-1937, I-1947, n.º 51.

VI — O regime do artigo 215.º do Tratado não é transponível para a responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário: o exemplo do processo Bourgoin

138. Apesar de o acórdão Francovich não citar o artigo 215.º do Tratado, surge, à primeira vista, como evidente um alinhamento do regime da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário pelo da responsabilidade da Comunidade devido à sua actividade normativa. Como pode o Estado-Membro, que pode agir concorrentemente com a Comunidade ou por delegação desta, estar sujeito a um regime de responsabilidade mais severo do que o aplicado à Comunidade? Como pode a violação de uma mesma norma dar lugar a dois regimes de acção por responsabilidade diferentes? Foi nesta base que o juiz Parker construiu o seu raciocínio<sup>144</sup> no processo Bourgoin/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food<sup>145</sup>, de que indicamos a seguir os principais traços factuais e jurídicos.

139. Fora intentada por exportadores franceses de perus, contra o ministro da Agricultura do Reino Unido, uma acção por responsabilidade, por este ter instituído um sistema de licenças para a importação de aves e por ter decidido revogar as licenças gerais de importação anteriormente concedidas. A Court of Appeal admitiu unanimemente que um particular podia intentar uma acção de indemnização «in private law» por violação do direito comunitário pelo Estado, se este

tivesse cometido «misfeasance in public office». A opinião maioritária considerou que a violação, por um ministro, de uma disposição do Tratado com efeito directo constituía uma infracção de direito público que só podia dar lugar a um «judicial review» e que não dava direito a indemnização. Com efeito, a decisão da administração foi equiparada à adopção de legislação delegada<sup>146</sup>.

140. A exigência de uma protecção jurisdiccional efectiva do particular que invoca o direito comunitário aplica-se às *normas relativas à prova*. Decorre do acórdão de 9 de Novembro de 1983, San Giorgio<sup>147</sup>, que, se estas tiverem como efeito tornar «impossível na prática ou excessivamente difícil»<sup>148</sup> a obtenção de um direito decorrente do direito comunitário, são incompatíveis com este último. Ora, precisamente, como podia a sociedade recorrente provar a existência de um desvio de poder<sup>149</sup> resultante «... ou da intenção deliberada de prejudicar os interesses do recorrente, ou da consciência de agir ilegalmente no momento da adopção das medidas»<sup>150</sup>?

146 — Bourgoin, 29 de Julho de 1985, (1986) 1 *CMLR*, pp. 267, 308, n.º 115.

147 — 199/82, Recueil, p. 3595.

148 — N.º 14. V. também o acórdão de 24 de Março de 1988, Comissão/Itália (104/86, Collect., p. 1799, n.º 7).

149 — «Abuse of power».

150 — Simon, D.; Barav, A. — «La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire», *RMC*, n.º 305, Março de 1987, pp. 165, 172.

144 — V. nomeadamente (1986) 1 *CMLR*, p. 303, n.º 101.

145 — (1986) 1 *QB* 716, (1986) 1 *CMLR*, pp. 267, 303.

141. Consequentemente, exigências como as colocadas pelos órgãos jurisdicionais britânicos parecem-nos contrárias ao princípio da efectividade, tal como está definido no n.º 43 do acórdão Francovich. Elas tornam «impossível na prática ou excessivamente difícil a obtenção da indemnização».

142. A objecção de que seria «inconcebível» que o Tribunal considerasse contrário ao princípio da efectividade tal regime de responsabilidade — inspirado no artigo 215.º do Tratado —, sendo que ele próprio o aplica à Comunidade <sup>151</sup>, parece-nos refutável.

143. Em primeiro lugar, as duas responsabilidades não têm o mesmo fundamento. Os Estados-Membros estão sujeitos a uma hierarquia de normas que a Comunidade não conhece.

144. Em segundo lugar, e mais fundamental, consideramos que o regime do artigo 215.º do Tratado se deve inspirar nas normas aplicáveis à responsabilidade do Estado em direito interno. É esta a letra — e igualmente o espírito — desse texto. Ao invés, o regime do artigo 215.º do Tratado não pode influenciar as normas aplicáveis em direito interno em caso de responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário, a não ser que tenha como efeito *melhorar* a protecção do particular que invoca o direito comunitário. Recorde-se que se trata de fixar um

padrão mínimo de *protecção* desse particular. Devemos aqui retirar o ensinamento do acórdão Zuckerfabrik Süderdithmarschen e Zuckerfabrik Soest, já referido, que tinha transposto para a suspensão de execução de um acto nacional, adoptado em aplicação de um texto comunitário cuja validade fora contestada perante o Tribunal de Justiça, as condições de aplicação do artigo 185.º do Tratado CEE. Sabe-se que esta transposição, em certas hipóteses, tornou mais difícil decretar a suspensão da execução em direito interno <sup>152</sup>.

145. Em terceiro lugar, existiria um certo paradoxo em pretender alinhar a responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário por um regime do artigo 215.º do Tratado *considerado insatisfatório*, demasiado rigoroso e insuficientemente protector do direito a um recurso jurisdicional efectivo <sup>153</sup>, pelo menos no que se refere à condição de violação do direito comunitário. Quanto a este ponto, pensamos que este regime se poderia inspirar na responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário e não o inverso. Explicaremos a seguir <sup>154</sup>.

146. Finalmente, não é despiciendo notar que a acção por responsabilidade por violação de uma norma comunitária com efeito

151 — Barav, A., *op. cit.* na nota 77, p. 297.

152 — V. Dänzer-Vanotti, W. — «Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften beschränkt vorläufigen Rechtsschutz», *BB* 15, 30.5.1991, p. 1015.

153 — V., por exemplo, Green, N.; Barav, A. — «National Damages for Breach in the National Courts of Community Law», (1986) *YEL* 6, pp. 55, 117.

154 — N.º 172.

directo dirigida contra um particular ou uma empresa não está sujeita a condições de aplicação restritivas, análogas à do artigo 215.º do Tratado. No processo Dekker<sup>155</sup>, a culpa do empregador é constituída pela própria violação da norma comunitária, isto é, pelo acto discriminatório.

VII — *A definição de exigências mínimas relativas à efectivação da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário*

147. Embora o princípio do direito à indemnização do particular que invoca o direito comunitário contra o seu Estado tenha o seu fundamento no próprio direito comunitário, as condições de fundo e de forma de concretização deste direito à indemnização relevam do direito nacional<sup>156</sup>. O acórdão Francovich distingue claramente o princípio da responsabilidade do Estado «inerente ao sistema do Tratado»<sup>157</sup> e «imposta pelo direito comunitário»<sup>158</sup> das «modalidades processuais»<sup>159</sup> da acção de indemnização<sup>160</sup>.

155 — Acórdão já referido na nota 62.

156 — N.º 42 do acórdão Francovich.

157 — N.º 35.

158 — N.º 38.

159 — N.º 42.

160 — Note-se que, já em 1980, o Tribunal de Justiça chamava a atenção dos juizes nacionais para que não aplicassem em litígios internos normas processuais relativas ao artigo 215.º do Tratado (o prazo de prescrição do artigo 43.º do Estatuto do Tribunal de Justiça) (acórdão de 12 de Junho de 1980, Lippische Hauptgenossenschaft e Westfälische Central-Genossenschaft, 119/79 e 126/79, Recueil, p. 1863, n.º 9).

148. A este respeito, o acórdão Francovich dá um passo importante: a exigência de um padrão mínimo de protecção do particular que intenta uma acção para restituição de um imposto contrário ao direito comunitário não levantou muitos problemas. Nesta matéria, os regimes nacionais aproximam-se uns dos outros. O que não acontece quando está em jogo a responsabilidade do Estado. As normas nacionais são aqui muito divergentes. Apesar de ser facilmente compreensível que a responsabilidade do Estado legislador só possa ser efectivada em condições estritas, é surpreendente verificar que as condições de efectivação da responsabilidade do Estado devido à acção da sua administração são, em alguns Estados-Membros, extremamente rigorosas.

149. A autonomia dos Estados tem como *limite* — tradicionalmente desde o acórdão San Giorgio, já referido, que o acórdão Francovich cita — os princípios da não discriminação e da efectividade. Os direitos nacionais devem prever um recurso que garanta a plena salvaguarda dos direitos que os particulares retiram do direito comunitário<sup>161</sup>.

150. Compete, portanto, ao Tribunal de Justiça definir, como fez em matéria de repetição do indevido ou de suspensão da execução, um padrão mínimo de protecção do particular que intenta uma acção por responsabilidade contra o Estado, por violação do direito comunitário. Já em 1987, A. Barav e D. Simon convidavam o Tribunal a fixar «... as exigências do direito comunitário

161 — Acórdão Francovich, n.º 42.

quanto à protecção dos particulares em matéria de responsabilidade do poder público»<sup>162</sup>.

151. Quais são as condições da responsabilidade extracontratual por violação do direito comunitário? Além das três condições tradicionais da acção por responsabilidade — um facto gerador, um prejuízo e um nexo de causalidade —, mencionaremos a questão de saber se o acórdão por incumprimento é uma condição dessa responsabilidade e a questão da excepção de existência de outro meio de tutela jurisdicional.

A — O facto gerador do prejuízo: a violação do direito comunitário

152. O acórdão Francovich não cita nem a palavra «culpa» nem a palavra «risco». O que é que está incluído na noção de «violação do direito comunitário» aí utilizada?

153. Aquele acórdão não visa nem o artigo 215.º do Tratado nem as condições restritivas exigidas para efectivar a responsabilidade da Comunidade pela sua actividade normativa. J. Temple Lang demonstrou bem a razão disso: «The failure of a state to implement a directive is a concrete, readily identifiable, formal violation of Community law for which no justification is permitted. There is therefore no reason to say that, if a state is liable at all for non-implementation of a directive, it should be liable only when the other requirements for the non-contractual liability of the Community are also fulfilled» (a não transposição de uma directiva por um

Estado é uma violação concreta, rapidamente identificável e formal do direito comunitário para a qual nenhuma justificação é permitida. Não existe, portanto, razão alguma para se dizer que, se um Estado é responsável pela não transposição de uma directiva, só deve ser responsabilizado quando estejam também preenchidas as outras exigências para a responsabilidade extracontratual da Comunidade)<sup>163</sup>, sendo a falta de transposição descrita como «... a simple failure to fulfill a precise non-discretionary commitment clearly imposed by Article 189 of the EEC Treaty» (um simples incumprimento de um compromisso preciso e não discricionário claramente imposto pelo artigo 189.º do Tratado CEE)<sup>164</sup>.

154. É certo que os Estados-Membros não podem optar entre transpor ou não transpor. Na hipótese do acórdão Francovich, os Estados-Membros dispunham, no entanto, de uma «... ampla margem de apreciação quanto à organização, funcionamento e financiamento das instituições de garantia»<sup>165</sup>, sendo disso testemunho a recusa do Tribunal em reconhecer efeito directo às disposições da Directiva 80/987/CEE<sup>166</sup> relativas à identidade do devedor da garantia<sup>167</sup>.

155. Mas, dispondo o Estado-Membro dessa ampla margem de apreciação (declarada dois anos mais tarde no acórdão Wagner

163 — «New Legal Effects Resulting from the Failure of States to Fulfill Obligations under European Community Law: The Francovich Judgment», *Fordham International Law Journal*, 1992-1993, n.º 16-1, pp. 1, 18.

164 — *Ibidem*.

165 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1993, Wagner Miret (C-334/92, *Colect.*, p. I-6911, n.º 17).

166 — 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. 219).

167 — N.º 26 do acórdão Francovich.

162 — *Op. cit.* na nota 150, p. 174.

Mirer <sup>168</sup>), o Tribunal não considerou que houvesse nem culpa grave nem violação grave e manifesta de uma norma jurídica superior.

156. Obrigado a transpor, o Estado-Membro está vinculado por uma obrigação de *resultado*: o simples facto de não ter atingido este último é suficiente para implicar a responsabilidade do Estado.

157. Assim, sempre que o legislador interno não disponha de nenhum poder de apreciação, sempre que esteja vinculado por disposições de uma directiva que é obrigado a transpor, não pode ser exigida a prova de uma violação grave e manifesta de uma norma jurídica superior. A simples violação do princípio do primado dos artigos 189.º e 5.º do Tratado pode ser suficiente para implicar a responsabilidade do Estado, desde que a violação afecte um direito que proteja os particulares <sup>169</sup>. O acórdão Dangeville da cour administrative d'appel de Paris, já referido, é um exemplo da aplicação deste princípio: «... resulta das estipulações do Tratado que institui a CEE, e nomeadamente do seu artigo 5.º, que o Estado francês deve adoptar todas as medidas aptas a garantir a execução das obrigações que lhe incumbem por força

do referido Tratado; ... entre essas obrigações, encontra-se a de apagar as consequências ilícitas de uma violação do direito comunitário quer directamente, quer, na falta disso, assegurando a reparação efectiva dos prejuízos daí resultantes; ... assim sendo, a circunstância de um contribuinte, que alega ter sido tributado com base numa disposição legislativa incompatível com os objectivos de uma directiva comunitária, ter, em primeiro lugar, recorrido, em vão, para o tribunal fiscal, que não admitiu a possibilidade de se invocar utilmente essa incompatibilidade, não impede que o interessado possa solicitar, com base nas obrigações resultantes do Tratado... a reparação do prejuízo que lhe foi causado pela não transposição para direito interno dos objectivos da directiva».

158. No mesmo sentido, a Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defectuosos <sup>170</sup>, que cria direitos em benefício dos particulares, deveria poder dar lugar a uma acção por responsabilidade contra o Estado que a não transpôs.

159. É certo que o acórdão Francovich se referia a uma não transposição total, tendo o Estado italiano invocado a regulamentação interna preexistente para defender, sem êxito, o indeferimento da acção por incumprimento <sup>171</sup>.

168 — Já referido na nota 165.

169 — Nas suas conclusões referentes ao acórdão Francovich, o advogado-geral J. Mischo escreveu que, em caso de não transposição de uma directiva, se está numa situação próxima da da administração encarregada da execução de uma lei (n.º 47).

170 — JO L 210, p. 29; EE 13 F19 p. 8.

171 — Acórdão de 2 de Fevereiro de 1989, Comissão/Itália (22/87, Colect., p. 143).

160. Seria necessária uma abordagem menos rígida da responsabilidade, na hipótese de uma transposição incorrecta ou ligeiramente errada de um texto comunitário complexo ou de uma má interpretação, feita de boa fé, das exigências desse texto. Deve também haver lugar para os erros desculpáveis: o Estado-Membro não pode ser considerado responsável pelas insuficiências ou falta de clareza dos textos comunitários, de que apenas são responsáveis o Conselho ou a Comissão, limitando-se o Estado-Membro a executá-los<sup>172</sup>. Não estamos aqui no âmbito do incumprimento que só muito excepcionalmente pode ser «desculpado». Destinada a garantir o respeito pela legalidade comunitária, esta acção tem um carácter objectivo. É admissível mesmo se o comportamento incriminado não tiver causado prejuízo, nem tiver exercido uma influência nefasta no funcionamento do Mercado Comum<sup>173</sup>. Em contrapartida, a acção por responsabilidade tem um carácter subjectivo que impõe que se tenha em conta tanto a gravidade do erro como a importância do prejuízo.

161. Quais são as exigências do direito comunitário fora do caso de não transposição de uma directiva? A responsabilidade do Estado pode resultar de uma inacção (manutenção de normas ilegais ou não adopção de actos indispensáveis à aplicação do direito comunitário). Pode igualmente resultar de infracções activas, como a adopção de uma regulamentação contrária ao direito comunitário.

162. É fácil demonstrar o que a noção de «violação do direito comunitário» *não pode abranger*. Exigir a prova de dolo ou de «misfeasance in public office» parece contrário ao princípio da efectividade. Pelo contrário, a culpa mais ligeira ou a negligência mais desculpável não devem ser suficientes para implicar a responsabilidade do Estado. A evolução rápida e complexa do direito comunitário proíbe tanta severidade. Haveria aí uma violação do princípio da segurança jurídica.

163. É mais delicado delimitar o que *abrange* a noção de «violação do direito comunitário».

164. Uma culpa grave, definida como a violação de uma disposição clara do direito comunitário (ou de uma disposição já interpretada pelo Tribunal de Justiça) ou como uma violação reiterada — ou persistente, apesar de um acórdão de incumprimento —, deveria, sem dúvida, implicar a responsabilidade do Estado. Corresponde a este tipo de culpa, em nosso entender, o facto de um Estado-Membro recusar conceder licenças de exportação de animais vivos com o argumento de que o matadouro de destino não respeita as exigências comunitárias quando: 1) esse Estado não esteja em condições de fazer prova de tal violação do direito comunitário e se baseie num *risco* de maus tratamentos<sup>174</sup>; 2) a Comissão tenha informado esse Estado, há já vários meses, de que essas

172 — V., a este respeito, o acórdão de 27 de Setembro de 1988, Asteris e o. (106/87 a 120/87, Collect., p. 5515, n.º 18).

173 — Acórdão de 11 de Abril de 1978, Comissão/Países Baixos (95/77, Recueil, p. 863, n.º 13).

174 — N.º 7 da decisão de reenvio. Parece, além disso, que a British Meat and Livestock Commission recebera garantias de que o matadouro em causa estava aprovado e respeitava a directiva comunitária.

medidas de represália eram contrárias ao direito comunitário <sup>175</sup>.

165. De igual modo, pensamos que, quando um Estado-Membro adopta, numa matéria que se inclui claramente no âmbito de aplicação do Tratado, uma lei que impõe expressamente uma condição de nacionalidade para o estabelecimento no seu território, sem que possa ser apresentada nenhuma justificação baseada no direito comunitário, esse Estado incorre em responsabilidade que deve poder ser facilmente efectivada.

166. O direito comunitário não se opõe a uma regulamentação ou a uma jurisprudência internas que admitam a responsabilidade do Estado por mera culpa, sendo o importante que a acção por responsabilidade contra o Estado, por violação do direito comunitário, esteja sujeita às mesmas condições que a acção da mesma natureza de direito interno.

167. Foi possível declarar o Estado francês responsável pelo prejuízo sofrido por uma pessoa que procurava emprego, residente na Bélgica e a trabalhar em França, por culpa da administração francesa, que fornecera informações incorrectas quanto às condições de

indemnização do seu desemprego <sup>176</sup>. Note-se que a responsabilidade do Estado foi admitida apesar de a disposição do Regulamento (CEE) n.º 1408/71 <sup>177</sup>, cuja aplicação estava em causa, ter sido *ulteriormente* submetida por outro órgão jurisdicional, ao Tribunal de Justiça, para interpretação.

168. A apreciação dessa culpa é também função do poder de apreciação e da margem de manobra de que dispõe o Estado no domínio que regulamenta.

169. Este é, de facto, em nosso entender, o principal ensinamento do acórdão Francovich: *a natureza da culpa exigida para implicar a responsabilidade do Estado depende da natureza da obrigação comunitária imposta ao referido Estado e da natureza da violação cometida* <sup>178</sup>. Se o Estado-Membro violou o direito comunitário numa matéria em que tem competência vinculada, a sua responsabilidade deve poder ser mais facilmente efectivada do que quando actue num domínio em que dispõe de um amplo poder de apreciação.

170. Um acórdão recente da Cour de cassation francesa mostra como o regime da responsabilidade do Estado deve ser modulado

176 — Acórdão do Conseil d'État francês de 20.1.1988, Aubin, *Recueil Lebon*, p. 20.

177 — Regulamento do Conselho, de 14 de Junho de 1971, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade (JO L 149, p. 2; EE 05 F1 p. 98).

178 — V. o n.º 38 do acórdão Francovich.

175 — Resulta da discussão na audiência que a Comissão deu a conhecer a sua posição ao Governo do Reino Unido no mês de Julho de 1992.

em função da importância do poder de apreciação de que dispõe a administração.

171. Foi assim que, no domínio da responsabilidade do Estado devido ao funcionamento deficiente do serviço público da justiça, a Cour de cassation francesa<sup>179</sup> discerniu, numa circular de 10 de Outubro de 1980 do Ministério da Justiça, que ordenava ao Ministério Público que intentasse acções penais contra as sociedades que tinham difundido publicidade de bebidas alcoólicas importadas em violação dos artigos L 17.º e L 18.º do código da distribuição de bebidas, uma *culpa grave* susceptível de implicar a responsabilidade do Estado, uma vez que a regulamentação francesa relativa à publicidade dos álcoois tinha sido declarada discriminatória e contrária ao artigo 30.º do Tratado pelo Tribunal de Justiça<sup>180</sup>.

172. Como se vê, *no que se refere à condição de violação do direito comunitário*, não é o regime da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário que se deve alinhar pelo artigo 215.º do Tratado. Tal alinhamento teria como efeito tornar quase impossível a responsabilidade do Estado, como demonstra a decisão Bourgoïn/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food<sup>181</sup>, da Court of Appeal, que se

inspirou na jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de responsabilidade extracontratual. Pelo contrário, propomos o inverso. Tal como em matéria de responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário, as condições de efectivação da responsabilidade da Comunidade devido à sua actividade normativa deveriam ser, no que se refere à culpa, *mais moduladas consoante o maior ou menor poder de apreciação de que dispõe o legislador comunitário*. A doutrina sugere, há já longo tempo, esta evolução das condições de aplicação desse artigo: «Não é normal que o mesmo sistema de responsabilidade seja aplicado aos regulamentos de base do Conselho e aos regulamentos adoptados pela Comissão por força de uma delegação do Conselho. Se o Conselho não merece a mesma situação de um legislador democraticamente eleito, o mesmo se passa com a Comissão»<sup>182</sup>.

173. Esta é, aliás, uma evolução que o Tribunal já iniciou a propósito da responsabilidade da Comunidade no âmbito do Tratado CECA:

«... para apreciar a natureza da culpa exigida para determinar a responsabilidade da Comunidade, com fundamento quer no artigo 34.º quer no artigo 40.º, que, como foi salientado, não comportam, nem um nem outro, qualquer especificação a este respeito,

179 — Acórdão n.º 419 P da Secção Comercial, United Distillers, John Walker e Tanqueray Gordon/Agent judiciaire du trésor public e ministère de la Justice, de 21 de Fevereiro de 1995, *le Quotidien juridique*, 1995, n.º 27, p. 6.

180 — Acórdãos de 27 de Fevereiro de 1980, Comissão/França (168/78, Recueil, p. 347), e de 10 de Julho de 1980, Comissão/França (152/78, Recueil, p. 2299).

181 — Já referida.

182 — Joliet, R. — *Le contentieux des Communautés européennes*, 1981, p. 270.

convém fazer referência aos sectores e às condições em que a instituição comunitária actua. A este respeito, devem nomeadamente ser tomadas em consideração a complexidade das situações que a instituição deve regular, as dificuldades de aplicação dos diplomas legais e a margem de apreciação de que dispõe a instituição nos termos desses diplomas»<sup>183</sup>.

B — O acórdão de uma acção por incumprimento é uma condição da acção por responsabilidade contra o Estado por violação do direito comunitário?

174. Regida pelo direito nacional, a acção de indemnização do prejuízo sofrido devido a uma actuação do Estado só é compatível com o direito comunitário *se garantir uma protecção efectiva dos interesses do particular que invoca o direito comunitário*.

175. Daqui resulta que esta acção deve respeitar, em primeiro lugar, os princípios da não discriminação e da efectividade que o Tribunal enunciou a propósito da acção para repetição do indevido ou a propósito das medidas provisórias e que retomou no acórdão Francovich<sup>184</sup>. A acção por respon-

sabilidade intentada contra o Estado não deve poder ser excluída pelo facto de se basear precisamente numa violação do direito comunitário.

176. O princípio da efectividade tem aqui uma consequência precisa: *o Estado-Membro em causa não pode subordinar a efectivação da sua responsabilidade à existência de um acórdão que declare o incumprimento*, e isto por várias razões. Colocar esta exigência significaria:

— impedir a acção por responsabilidade, sabendo que o particular só tem um acesso muito indirecto e aleatório à acção por incumprimento, que não controla;

— não ter em conta a grande autoridade dos acórdãos prejudiciais de invalidade ou de interpretação<sup>185</sup> (a sentença de 12 de Novembro de 1985 do tribunal administrativo de Pau, Steinhauser<sup>186</sup>, condenou o Estado francês a indemnizar o prejuízo causado pela aplicação de medidas nacionais contrárias ao direito comunitário, após a sua incompatibilidade ter sido declarada por um acórdão prejudicial de interpretação);

183 — Acórdão de 30 de Janeiro de 1992, Finsider e o./Comissão (C-363/88 e C-364/88, Colcct., p. 1-359, n.º 24).

184 — N.º 43.

185 — A propósito de acórdãos de apreciação da validade, v. o acórdão de 13 de Maio de 1981, International Chemical Corporation (66/80, Recueil, p. 1191, n.º 13).

186 — Não publicado, citado por Simon, D.; Barav, A., *op. cit.* na nota 150, p. 172.

- impedir toda e qualquer indemnização rápida do prejuízo, uma vez que dependeria da prolação do acórdão por incumprimento, e impedir a indemnização dos prejuízos causados antes desse acórdão;
- esquecer que nada impede um juiz nacional de declarar uma decisão ou um acto de *direito interno* contrário ao direito comunitário (o Tribunal de Justiça dispõe do monopólio de apreciação da validade dos actos *comunitários*);
- ignorar o acórdão de 14 de Dezembro de 1982, *Waterkeyn e o.*<sup>187</sup>, segundo o qual os «... direitos em benefício de particulares decorrem das próprias disposições do direito comunitário que têm efeito directo na ordem jurídica dos Estados-Membros...»<sup>188</sup> e não do eventual acórdão proferido numa acção por incumprimento.

177. Finalmente, tornaria impossível a acção de indemnização numa hipótese como a do litúgio no processo principal, sem que houvesse que aprofundar a análise do processo, uma vez que a incompatibilidade com o direito comunitário do acto da administração resultará — se o Tribunal seguir esta tese — de um acórdão proferido num processo prejudicial e não de um acórdão proferido numa acção por incumprimento. Certos órgãos

jurisdicionais internos, que declararam já a responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário, tiveram o cuidado de declarar a existência de um incumprimento que permite determinar a violação do direito comunitário. Não é certo que esses órgãos jurisdicionais tenham feito disso uma condição da responsabilidade do Estado. Em resumo, a existência de um acórdão proferido numa acção por incumprimento não é uma condição necessária para a acção por responsabilidade. Pode ser uma condição *suficiente*. Na aplicação das normas processuais internas, a existência desse acórdão pode ter alguma importância: pensamos, muito especialmente, na determinação do ponto de partida dos prazos de prescrição. Além disso, a existência de um acórdão numa acção por incumprimento deveria permitir mais facilmente efectivar a responsabilidade do Estado. É desta forma que se explica a jurisprudência do Tribunal que declara admissível a acção baseada no artigo 169.º do Tratado, mesmo no caso de o incumprimento ter sido eliminado depois do prazo que a Comissão fixou no parecer fundamentado<sup>189</sup>. Finalmente, o Estado teve tempo para reconsiderar a sua posição durante a fase pré-contenciosa. Tal não é o caso na hipótese de uma decisão do Tribunal de Justiça proferida na sequência de uma questão prejudicial<sup>190</sup>.

### C — O prejuízo

178. Por definição, a lei tem um número muito vasto de destinatários. Por este motivo, o direito comunitário não pode opor-se a que um Estado-Membro exija, para que haja lugar à sua responsabilidade, que o prejuízo seja especial, se refira a um número restrito de vítimas e que seja anormal, por

187 — 314/81, 315/81, 316/81 e 83/82, Recueil, p. 4337.

188 — N.º 15.

189 — V. a jurisprudência citada *supra*, nota 68.

190 — V. nota 60, Van Gerven, *W.*, *op. cit.* na nota 79.

exemplo, ultrapassando os riscos normais inerentes às actividades dos empresários no sector em causa.

179. Em vários direitos internos, a responsabilidade do legislador obedece a regras rigorosas quanto à natureza do prejuízo. Este deve ser anormal e especial <sup>191</sup>.

180. Este rigor encontra-se no direito comunitário relativo à responsabilidade extracontratual.

181. Assim, no acórdão Mulder e o./ Conselho e Comissão, o Tribunal declarou, «... ao omitir completamente... tomar em consideração a situação especial de uma categoria claramente distinta de operadores económicos... o legislador comunitário ignorou, de modo manifesto e grave, os limites do seu poder de apreciação, violando assim de modo suficientemente caracterizado uma regra superior de direito» <sup>192</sup>.

191 — V. a noção de «Sonderopfer» em direito alemão (acórdãos do Bundesgerichtshof de 10.6.1953, BGHZ 6, p. 270, e de 25.4.1960, BGHZ 32, p. 208) e a de prejuízo «anormal e especial» que consta do acórdão do Conseil d'État francês, Société anonyme des produits laitiers «la Fleurette», já referido na nota 113.

192 — Já referido na nota 137, n.º 16.

182. No acórdão de 4 de Outubro de 1979, Dumortier frères e o./Conselho <sup>193</sup>, o Tribunal admitiu a acção de indemnização, declarando que a violação do princípio da não discriminação

«... afectou um grupo restrito e claramente delimitado de operadores económicos» <sup>194</sup>.

183. O prejuízo pode consistir em lucros cessantes ou mesmo numa «perda de oportunidades», mas deve ser certo. Não é indemnizável um prejuízo que assente «... em elementos de natureza essencialmente especulativa» <sup>195</sup>.

184. A que indemnização pode a vítima pretender?

185. Sabe-se, desde o acórdão Marshall II do Tribunal de Justiça <sup>196</sup>, já referido, que um Estado-Membro não pode impor um limite ao montante da indemnização devida à vítima de uma discriminação em razão do sexo, quando o direito comunitário derivado, tal como foi interpretado pelo Tribunal de Justiça, preveja uma reparação integral.

193 — 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 e 45/79, Recueil, p. 3091.

194 — N.º 11.

195 — Kampfmeier e o./Comissão (já referido na nota 100, p. 648).

196 — N.º 34.

186. Em caso de responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário, a indemnização do prejuízo sofrido pela vítima deve ser *integral*. Só o princípio da *restitutio in integrum* permite repor o património da vítima no estado em que se encontraria se o direito comunitário não tivesse sido violado. Nas suas conclusões referentes ao acórdão Dumortier frères e o./Conselho<sup>197</sup>, já referido, o advogado-geral F. Capotorti demonstrou que este princípio era comum aos sistemas jurídicos dos Estados-Membros. O Tribunal consagrou este princípio no âmbito do artigo 215.º do Tratado: «... o montante das indemnizações devidas pela Comunidade deve corresponder aos danos por ela causados»<sup>198</sup>.

#### D — O nexo de causalidade

187. A apreciação do nexo de causalidade compete ao juiz nacional.

188. Levanta um problema delicado sobre o qual a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao artigo 215.º do Tratado fornece algumas indicações. A negligência do demandante é uma causa de isenção ou de limitação da responsabilidade da Comunidade?

189. Nas suas conclusões referentes ao acórdão *Compagnie Continentale France/Conselho*<sup>199</sup>, o advogado-geral A. Trabucchi examinou as consequências da negligência com que o lesado teria actuado: «... a eventual negligência da vítima funciona... como *causa concorrente* e pode também ser encarada como elemento susceptível de *interromper o nexo causal* entre o comportamento delituoso verificado e o prejuízo»<sup>200</sup>.

190. Ao declarar que

«A autora, enquanto exportadora experiente, plenamente informada das condições do mercado, não ignorava e, de qualquer modo, não podia ignorar que essa era a situação (uma evolução dos preços no mercado mundial que provocou uma diminuição dos montantes compensatórios) no momento da celebração dos contratos e as consequências que daí adviriam para os montantes compensatório»,

o Tribunal considerou, no acórdão proferido neste processo, que

«assim sendo, o prejuízo invocado não foi causado pelo comportamento do Conselho»<sup>201</sup>.

197 — N.º 4 das conclusões.

198 — Acórdão Mulder e o./Conselho e Comissão (já referido na nota 137, n.º 34).

199 — Acórdão de 4 de Fevereiro de 1975 (169/73, Colect., p. 59).

200 — Pp. 82, 83 (sublinhado nosso). V. também as conclusões do advogado-geral W. Van Gerven referentes ao acórdão Mulder e o./Conselho e Comissão, já referido na nota 137 (Colect. 1992, p. I-3094, n.º 38).

201 — N.ºs 28 e 32.

Deste modo, o lesado não obtém ganho de causa não porque tenha contribuído para provocar o prejuízo, mas porque não tomou as medidas necessárias para o evitar ou reduzir.

penalizada pela *prescrição* da sua acção. Enquanto age dentro do prazo de prescrição, o seu direito deve ter um conteúdo. O exercício de uma acção de indemnização dentro do prazo deve ser considerado uma «diligência razoável»;

191. O processo *Brasserie du pêcheur*<sup>202</sup>, igualmente submetido à apreciação deste Tribunal, mostra bem a importância da questão de o lesado quebrar o nexo de causalidade em caso de responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário.

— a *culpa* do lesado pode isentar parcial ou totalmente a responsabilidade de autor do legislador, mas o facto de o lesado não ter intentado uma acção por responsabilidade, numa altura em que esta ainda não prescreveu, constitui uma culpa?

192. Faremos aqui quatro observações:

— a apreciação do nexo de causalidade é da competência do juiz nacional;

— não é correcto, em nosso entender, defender que, pela sua inactividade, o lesado contribuiu para a produção do prejuízo. Este é anterior à negligência do lesado. Nasceu independentemente da acção (ou da inacção) deste último.

— é certo que o Tribunal identificou, no acórdão *Mulder e o./Conselho e Comissão*<sup>203</sup>: «... um princípio geral comum aos sistemas jurídicos dos Estados-Membros segundo o qual a pessoa lesada, correndo o risco de dever em caso contrário suportar ela própria o prejuízo, deve provar uma diligência razoável para limitar a extensão do prejuízo»<sup>204</sup>. Em geral, a negligência ou inactividade do lesado é

E — A excepção de existência de outro meio de tutela jurisdiccional

193. Em contrapartida, é decisiva a questão de saber se o direito comunitário poderá impedir que um direito interno exija o esgotamento das outras vias de direito antes de admitir o exercício de uma acção de indemnização, como parece sugerir o acórdão *Wagner Miret*, já referido.

202 — Já referido na nota 35.

203 — Já referido na nota 137.

204 — N.º 33.

194. Quando, intencionalmente ou por negligência, o lesado não tenha feito cessar o prejuízo utilizando para tal as vias de direito existentes, pode ainda assim invocar a responsabilidade do Estado? A acção de indemnização é subsidiária relativamente às acções que permitem fazer cessar os efeitos prejudiciais do acto?

195. As normas aplicadas no direito comum da responsabilidade, na Alemanha<sup>205</sup> e na Dinamarca<sup>206</sup>, vão, parece, neste sentido.

196. Examinemos, antes de mais, a teoria do esgotamento dos direitos em caso de acção directa no Tribunal de Justiça.

197. Relativamente aos outros tipos de acções que podem ser intentadas directamente no Tribunal de Justiça, a *autonomia* da acção de indemnização é praticamente total, com uma excepção de que é preciso definir bem os contornos.

205 — § 839, terceiro parágrafo, do Bürgerliches Gesetzbuch, segundo o qual o lesado não pode recorrer à acção de indemnização quando, dispondo de uma outra via de direito para pôr fim ao prejuízo, ou para o atenuar, não a utilizou, como, por exemplo, um recurso de anulação que permite fazer desaparecer o acto gerador do prejuízo.

206 — Observações do Governo dinamarquês, n.º 3.

198. Resulta do acórdão de 26 de Fevereiro de 1986, Krohn/Comissão<sup>207</sup>, que a excepção de existência de outro meio de tutela jurisdicional só pode ser excepcional. A acção de indemnização é inadmissível na hipótese, extremamente concreta, em que «... se destina ao pagamento de uma soma cujo montante corresponde exactamente aos dos direitos que tinham sido pagos pelo requerente em execução de uma decisão individual e em que, por esse facto, a acção de indemnização visa na realidade a supressão dessa decisão individual»<sup>208</sup>.

199. A partir do momento em que o acto impugnado tem carácter geral e impessoal, a excepção de existência de outro meio de tutela jurisdicional não pode ser invocada.

200. Quanto à articulação entre as acções intentadas nos órgãos jurisdicionais nacionais e a acção de indemnização intentada no Tribunal de Justiça, esta só é inadmissível se o lesado tinha a faculdade de obter nos órgãos jurisdicionais nacionais o total ressarcimento do seu prejuízo<sup>209</sup>.

207 — 175/84, Colect., p. 753.

208 — N.º 33.

209 — V. o acórdão de 12 de Abril de 1984, Unifrex/Comissão e Conselho (281/82, Recueil, p. 1969, n.º 11); as conclusões do advogado-geral M. Darmon referentes ao acórdão Cato/Comissão (já referidas na nota 140, n.º 14); e o acórdão de 30 de Maio de 1989, Roquette frères/Comissão (20/88, Colect., p. 1553, n.º 15). V. também o acórdão Amylum e Tunnel Refineries/Conselho e Comissão (já referido, n.º 14).

201. A questão de saber se um Estado-Membro pode opor ao exercício de uma acção de indemnização contra ele próprio uma excepção de existência de outro meio de tutela jurisdicional é uma questão de direito interno que não compete ao Tribunal de Justiça resolver. O direito comunitário não se opõe a que um direito interno exija o esgotamento das outras vias de direito antes do exercício de uma acção de indemnização, a não ser na medida em que esse princípio tenha como efeito tornar impossível, ou quase impossível, o exercício dessa acção. Finalmente, nenhum princípio de direito comunitário obriga, em nosso entender, a que a referida excepção de existência de outro meio de tutela jurisdicional seja imposta aos Estados-Membros. Não se encontra, portanto, neste direito, nenhuma base jurídica para a instituição de uma hierarquia entre as acções de direito interno.

### VIII — Conclusão

202. Na decisão *Factortame e o. II*<sup>210</sup>, a House of Lords definiu a adopção do European Communities Act de 1972 como «a aceitação voluntária pelo Parlamento de limites impostos à sua soberania legislativa pelo princípio do primado do direito comunitário».

203. Depois desta decisão, os órgãos jurisdicionais britânicos são levados a reexaminar as condições de efectivação da responsabilidade

do Estado quando este é acusado de uma violação do direito comunitário.

204. Parece que, no acórdão de 25 de Junho de 1992, *Kinklees MBL/Wickes*<sup>211</sup>, proferido a propósito do Sunday trading (comércio ao domingo), a House of Lords não excluiu a possibilidade de admitir a responsabilidade do legislador: tendo em conta a formulação geral utilizada nos n.ºs 33 a 37 do acórdão *Francovich*, «... it is in my opinion right that in the present case your Lordships should proceed on the basis that if... the court should hold that section 47 of the Shops Act 1950 is invalid as being in conflict with article 30 of the Treaty, the United Kingdom may be obliged to make good damage caused to individuals by the breach of article 30 for which it is responsible»<sup>212</sup> (é em minha opinião correcto que, no caso em apreço, este Tribunal decida com base em que... se o Tribunal de Justiça declarar a Section 47 do Shops Act 1950 inválida por incompatível com o artigo 30.º do Tratado, o Reino Unido pode ser obrigado a indemnizar os prejuízos causados aos particulares pela violação do artigo 30.º de que é responsável).

205. Esta evolução deveria necessariamente repercutir-se na responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário no presente processo.

206. Se, na linha do acórdão *Bourgoin*, já referido, da Court of Appeal, o juiz comunitário considerar que: 1) uma simples violação do direito comunitário pela administração nacional só pode ser objecto de uma sentença

210 — (1990) 3 WLR, p. 818.

211 — (1992) 3 WLR, p. 170.

212 — (1992) 3 WLR, p. 189, A e B.

declarativa no âmbito do processo de «judicial review»; 2) uma acção de indemnização só é possível se se provar um desvio de poder (abuse of power) na aplicação do direito nacional, então deverá confrontar esta posição com as normas e princípios comunitários seguintes:

- 1) o artigo. 34.º do Tratado tem efeito directo por força do acórdão de 13 de Dezembro de 1983, *Apple and Pear Development Council* <sup>213</sup>;
- 2) uma protecção jurisdicional efectiva, na acepção do direito comunitário, do recorrente não é assegurada por uma sentença declarativa proferida no âmbito de um «judicial review» <sup>214</sup>;
- 3) compete ao juiz nacional verificar se a prova de tais exigências não está fora do alcance do lesado. Apenas uma concepção larga da noção de «misfeasance in public office» permite garantir ao lesado uma protecção efectiva dos seus direitos.

207. Além disso, limitar a estas hipóteses a responsabilidade da administração, equivale a torná-la excepcional. A comparação com os regimes de repetição do indevido — que o

acórdão Francovich qualifica de «matéria análoga» <sup>215</sup> à da responsabilidade — ou de suspensão da execução nos quais a declaração da *ilegalidade* do regime instituído pela administração nacional é suficiente para permitir pôr fim à ilegalidade através do reembolso ou da suspensão provisória do acto ilegal — sem que seja exigida a prova de um elemento intencional — demonstra, em nosso entender, que a acção de indemnização não pode ser reduzida a hipóteses tão raras.

208. Uma última nota. Uma limitação no tempo dos efeitos do acórdão deste Tribunal não nos parece justificada. Informado pela Comissão de que a recusa de concessão das licenças de exportação era contrária ao direito comunitário, o Governo do Reino Unido não podia ignorar que a persistência dessa recusa o podia expor a uma acção de indemnização. Acrescente-se que o Tribunal nunca procede oficiosamente a esta limitação.

209. O Tribunal de Justiça não deixará de atentar na importância do passo que aqui é proposto: «This sort of decentralized enforcement in the national courts, coupled with a European standard of remediation, has all the force of an invisible hand. It will support and advance the integration of Europe regardless of the uncertainties of European politics» <sup>216</sup> (esta forma de aplicação descentralizada nos tribunais nacionais, juntamente com um padrão europeu de tutela judicial, tem toda a força de uma mão invisível. Apoiará e contribuirá para a integração da Europa, independentemente das incertezas da política europeia).

213 — 222/82, Recueil, p. 4083, n.º 37.

214 — V., quanto a este ponto, as conclusões do advogado-geral W. Van Gerven no processo *Banks* (já referidas na nota 78, n.º 44). V. também o voto de vencido do juiz Oliver no processo *Bourgoin*, já referido (nomeadamente os n.ºs 55 e 65).

215 — N.º 43.

216 — *Tash, A. P., op. cit* na nota 45, p. 401.

210. Propomos, conseqüentemente, que o Tribunal declare que:

- «1) a) Um Estado-Membro pode invocar o artigo 36.º do Tratado CE quando uma directiva de harmonização incompleta não mencione os procedimentos de controlo das medidas que institui.
- b) Um Estado-Membro não pode basear-se no artigo 36.º do Tratado para limitar a exportação de animais vivos para outro Estado-Membro que não respeite, no seu território, as disposições da Directiva 74/577/CEE do Conselho, de 18 de Novembro de 1974, relativa ao atordoamento dos animais antes do seu abate.
- 2) Subsidiariamente, o artigo 36.º do Tratado não permite que um Estado-Membro A adopte uma medida de proibição geral e absoluta das exportações de ovinos com vista ao seu abate para um Estado-Membro B, quando não esteja provado que o matadouro de destino no Estado-Membro B não respeita as disposições da directiva.
- 3) Um Estado-Membro deve ressarcir os prejuízos causados a um operador comercial pela não concessão de uma licença de exportação em infracção ao artigo 34.º do Tratado CE. As condições de concretização da acção de indemnização são determinadas pelo direito nacional, sem prejuízo do respeito do princípio da não discriminação e do princípio da efectividade. Em especial, a acção de indemnização não pode ser sujeita a condições que a tornem impossível. O montante da indemnização será fixado pelo órgão jurisdiccional nacional. Não pode ser inferior ao lucro cessante do demandante devido à recusa de concessão das licenças de exportação.»