

TUTELA RESSARCITÓRIA E OUTRAS RESPOSTAS DO SISTEMA DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPEIA PERANTE O INCUMPRIMENTO DOS ESTADOS* **

Lúisa Verdelho Alves

1. No ordenamento jurídico comunitário, a introdução do princípio da responsabilidade do Estado ficou a dever-se à acção pretoriana do Tribunal de Justiça. O Tratado constitutivo da Comunidade Europeia (CE) prevê um meio jurisdicional de controlo do cumprimento dos Estados-membros – a acção por incumprimento (artigo 226.º e seguintes) –, mas não se pronuncia de forma expressa sobre as consequências ressarcitórias da violação do direito comunitário. Um silêncio que contrasta com a previsão da responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia no artigo 288.º. Não obstante, no acórdão *Francovich*, o Tribunal declarou que “o princípio da responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados aos particulares por violações do direito comunitário que lhe sejam imputáveis é inerente ao sistema do Tratado”¹.

A afirmação da responsabilidade do Estado, sustentada na exigência de uma protecção jurídica plena e eficaz dos particulares, é o corolário de uma jurisprudência que, desde cedo, procurou colmatar as deficiências dos meios previstos para prevenir e sancionar o incumprimento dos Estados, através do reforço da protecção jurídica dos particulares nos tribunais nacionais. Uma estratégia que se anunciava já nas pala-

* A autora agradece ao Dr. Raul Guichard a generosa disponibilidade para ler o texto que agora se publica, que muito beneficiou das suas oportunas e valiosas observações.

** A investigação em que se baseia este trabalho foi concluída em Setembro de 2007.

¹ Acórdão de 19 de Novembro de 1991, processos apensos C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I-5357.

vras lapidares do acórdão *Van Gend en Loos*: “a vigilância dos particulares interessados na salvaguarda dos seus direitos implica um controlo eficaz que vem juntar-se ao que os artigos 169.º e 170.º (artigos 226.º e 227.º depois da renumeração efectuada pelo Tratado de Amesterdão) confiam à diligência da Comissão e dos Estados-membros”².

Neste contexto, afigura-se-nos particularmente importante situar a tutela ressarcitória entre as diferentes respostas que o sistema de justiça da Comunidade Europeia prevê em caso de incumprimento dos Estados-membros. Interessa, então, averiguar se o acesso à tutela ressarcitória é afectado pela existência de meios processuais alternativos – junto dos tribunais comunitários ou dos tribunais nacionais – aptos a garantir a aplicação efectiva do direito comunitário.

A questão já foi considerada pelo Tribunal de Justiça na sua jurisprudência. E as soluções encontradas, algumas muito recentes, sem terem ainda atingido um grau de sedimentação que as permita considerar definitivas, merecem desde já algumas reflexões críticas. Começaremos por analisar a jurisprudência sobre a articulação do meio jurídico para efectivação da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário com a acção dirigida à declaração do incumprimento pelo Tribunal de Justiça (I), para depois nos interrogarmos sobre lugar da acção ressarcitória no conjunto dos remédios disponíveis junto dos tribunais nacionais (II).

I. Acção sobre responsabilidade por violação do direito comunitário e acção por incumprimento

2. É na jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à acção por incumprimento que encontramos a primeira referência à protecção jurisdicional do direito à reparação dos danos resultantes da violação do direito comunitário pelos Estados-membros. Em 16 de Dezembro de 1960, no acórdão *Humblet*³, proferido numa acção por incumprimento no âmbito do Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), entretanto extinta⁴, o Tribunal afirmou que os Estados-mem-

² Acórdão de 5 de Fevereiro de 1963, processo 26/62, Recueil, p. 3. A tradução é nossa.

³ Processo 6/60, Colect., 1960, p. 1129.

⁴ O Tratado CECA, assinado em Paris em 1951, estabelecia um período de vigência de cinquenta anos. Já os outros tratados fundadores das Comunidades Europeias – o Tratado CEE (actual CE) e o Tratado CEEA – determinam uma vigência ilimitada.

broos são obrigados a reparar os efeitos ilícitos do seu comportamento. A responsabilidade do Estado era fundamentada no artigo 86.º do Tratado CECA, disposição que enuncia uma obrigação de cooperação leal dos Estados-membros. Este princípio também encontra consagração positiva no Tratado CE (artigo 10.º), mas seria preciso esperar trinta anos para que o Tribunal se pronunciasse de forma clara e inequívoca sobre a responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário no quadro do Tratado CE.

Em 1991, no acórdão *Francovich*, o Tribunal declarou que o direito comunitário impõe o princípio segundo o qual os Estados-membros são obrigados a reparar os prejuízos causados aos particulares pelas violações do direito comunitário que lhe sejam imputáveis⁵.

3. Durante o período que mediou entre o acórdão *Humblot* e o acórdão *Francovich* o debate doutrinário em torno da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário acompanhou a discussão relativa aos efeitos dos acórdãos do Tribunal de Justiça proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento⁶.

Era sugerido que a obrigação de execução dos acórdãos que declaram o incumprimento, impendente sobre os Estados-membros, exige não só a cessação da violação do direito comunitário mas também a reparação dos prejuízos causados. E, na verdade, alguns elementos retirados da jurisprudência do Tribunal de Justiça, contribuíam para suportar este entendimento. Com efeito, ao precisar o conteúdo da obrigação de execução que impende sobre os Estados-membros, o Tribunal esclarece, com algum distanciamento em relação ao sentido literal do artigo que disciplina os efeitos dos acórdãos proferidos numa acção por

⁵ Acórdão de 19 de Novembro de 1991, processos apensos C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I-5357, n.º 37.

⁶ Para uma discussão mais alargada sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos efeitos dos acórdãos proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento v., entre outros, D. de Bellecize – *L'article 169 du Traité de Rome et l'efficacité du contrôle communautaire sur les manquements des États membres*. RTDE, 1977, pp. 173-213; R. Kovar – *La contribution de la Cour de Justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 15-122, em especial p. 79 e segs. e, entre nós, M J Rangel de Mesquita – *Efeitos dos Acórdãos do Tribunal das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento*. Coimbra: almedina, 1997.

incumprimento (artigo 228.º, ex-artigo 171.º), que o objectivo é a “realização do pleno efeito do direito comunitário”⁷ e “a eliminação efectiva dos incumprimentos e das suas consequências passadas e futuras”⁸. E, sobre o alcance subjectivo da obrigação de execução dos acórdãos proferidos ao abrigo do 226.º (ex-artigo 169.º), o Tribunal declara que esta se impõe aos próprios tribunais do Estados-membros que cometeram a infracção⁹. Ainda mais sugestiva é a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à admissibilidade da acção por incumprimento nos casos em que o Estado-membro repõe a legalidade posteriormente ao prazo fixado no parecer fundamentado da Comissão. É que o Tribunal fundamenta o interesse na prossecução da acção, nestes casos em que o incumprimento já foi sanado, no pressuposto de que o acórdão proferido ao abrigo do artigo 226.º do Tratado CE pode constituir a “base da responsabilidade em que um Estado-membro pode incorrer pelo seu incumprimento, face, designadamente, aos particulares”¹⁰.

A evocação dos efeitos acórdãos que declaram o incumprimento como base argumentativa para justificar a responsabilidade do Estado defrontava-se, porém, com algumas objecções de peso.

Desde logo, a construção a que aludimos não encontra aplicação fora das hipóteses em que a declaração de incumprimento se reporta à violação de uma disposição dotada de efeito directo. É o próprio Tribunal que o esclarece no acórdão *Waterkeyn*¹¹ ao afirmar: “os direitos dos particulares decorrem não deste acórdão (tratava-se de uma acção por incumprimento) mas das próprias disposições do direito comunitário com efeito directo na ordem jurídica interna”. Mas, nesse caso, dificilmente se pode sustentar que a obrigação de indemnização se fundamenta no acórdão que declara o incumprimento.

Também não podem ser esquecidos os inconvenientes, do ponto de

⁷ Acórdão de 13 de Julho de 1972, Comissão c. Itália, processo 48/71, Recueil, 1972, p. 534, considerando n.º 7.

⁸ Acórdão de 12 de Julho de 1973, Comissão c. República Federal da Alemanha, processo 70/72, Recueil, 1973, p. 829, considerando n.º 13.

⁹ Neste sentido, v. acórdão de 14 de Dezembro de 1982, *Procureur de la République c. Waterkeyn*, Processos apensos 314 a 316 e 83/82, Recueil, 1982, p. 4337.

¹⁰ Entre outros, v. acórdão de 20 de Fevereiro de 1986, Comissão c. Itália, processo 309/84, Colect., 1986, p. 599, considerando n.º 18; acórdão de 21 de Junho de 2001, Comissão c. Luxemburgo, processo C-119/00, Colect., p. 1-4795, n.º 17.

¹¹ *Supra*, nota 9, considerando n.º 16.

vista da efectividade da protecção jurídica dos particulares, da fundamentação no artigo 228.º do direito à reparação dos prejuízos causados pela violação do direito comunitário. Na verdade, a posição processual dos particulares na acção por incumprimento não aconselha a que se subordine o direito a obter reparação à verificação judicial do incumprimento. Lembre-se que só a Comissão (artigo 226.º) e os Estados-membros (artigo 227.º) têm acesso ao Tribunal de Justiça quando se trata de fiscalizar o cumprimento dos Estados. E aos particulares que hajam solicitado a intervenção da Comissão nem sequer é reconhecida legitimidade processual activa para, ao abrigo dos artigos 230.º e 231.º do Tratado CE, contestarem o silêncio ou a decisão da Comissão de não processar o Estado alegadamente infractor¹².

4. Eram estes os termos do debate doutrinário quando, em 1991, o Tribunal firmou o princípio da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário. As reflexões precedentes em torno dos eventuais efeitos reparatórios dos acórdãos proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento obrigam, agora, a formular a pergunta que consiste em saber se a acção para efectivação de responsabilidade do Estado se pode fundamentar numa violação do direito comunitário que não foi ainda declarada pelo Tribunal de Justiça.

Para responder a esta pergunta vamos atentar, em primeiro lugar, à fundamentação do princípio da responsabilidade, para depois nos debruçarmos sobre as condições da responsabilidade.

Na fundamentação do acórdão *Francovich*, o Tribunal de Justiça começa por acentuar a especificidade da ordem jurídica comunitária, recordando os acórdãos *Van Gend en Loos*¹³ e *Costa/ENEL*¹⁴ e a argumentação neles expendida: o Tratado CEE criou uma nova ordem jurídica cujos sujeitos são não apenas os Estados-membros mas também os seus nacionais; o direito comunitário, ao mesmo tempo que cria encargos para os particulares é também destinado a instituir direitos que se incluem no seu património jurídico; esses direitos nascem não apenas

¹² Posição defendida pelo Tribunal de Justiça numa jurisprudência constante que se iniciou em 1966 (acórdão de 1 de Março de 1966, *Lütticke*, processo 48/65, Recueil, p. 28) e também acolhida pelo Tribunal de Primeira Instância (Despacho de 29 de Novembro de 1994, processos T-479/93 e T-559/93, Colect., p. II-1116).

¹³ Acórdão de 5 de Fevereiro de 1963, processo 26/62, Recueil, p. 3.

¹⁴ Acórdão de 15 de Julho de 1964, processo 6/64, Recueil, p. 1141.

quando se faz uma atribuição explícita nos Tratados, mas também em virtude das obrigações que o Tratado impõe de forma definida quer aos particulares, quer aos Estados-membros e às instituições comunitárias.

Depois apela a dois princípios da ordem jurídica comunitária desenvolvidos pela sua jurisprudência anterior com base numa interpretação teleológica do Tratado: o princípio da eficácia do direito comunitário e o princípio da protecção jurisdicional eficaz e efectiva dos direitos que a ordem jurídica comunitária confere aos particulares; reafirmando, uma vez mais, que incumbe aos órgãos jurisdicionais nacionais assegurar o pleno efeito das disposições do direito comunitário e proteger os direitos dos particulares.

A estes argumentos, o Tribunal acrescenta que “a obrigação de os Estados repararem estes prejuízos tem igualmente o seu fundamento no artigo 5.º do Tratado”.

Da jurisprudência anterior relativa à responsabilidade dos Estados inadimplentes apenas é mencionado o acórdão *Humblet*.

Sobressai desta argumentação a ausência de qualquer referência aos artigos 169.º a 171.º do Tratado CE. Omissão que se reveste da maior importância porquanto permite antecipar que a obrigação de indemnização se constitui independentemente da prévia constatação do incumprimento. Ainda mais revelador era o facto de o Tribunal não mencionar, entre os pressupostos da responsabilidade, a exigência da prévia condenação do Estado inadimplente. Mas, a imprecisão e vaguidade da pronúncia do Tribunal no concernente às condições da responsabilidade, e, sobretudo, a especificidade das circunstâncias factuais que deram origem ao acórdão *Francoovich*, que, como se sabe, partia de uma violação do direito comunitário que já fora objecto de uma declaração de incumprimento, não permitiam ainda a completa dilucidação desta questão¹⁵.

5. O acórdão *Brasserie*¹⁶ dissipou as dúvidas que ainda podiam subsistir quanto à autonomia do direito à reparação em relação à de-

¹⁵ Recorde-se que os factos estiveram na origem do acórdão em exame se prendem com a não transposição da Directiva 80/987 pela Itália, incumprimento que já havia sido declarado num acórdão proferido no âmbito de um processo por incumprimento. Cfr. Acórdão de 2 de Fevereiro de 1989, Comissão c. Itália, processo C-22/87.

¹⁶ Acórdão de 5 de Março de 1996, *Brasserie du Pêcheur/Factortame* III, processos apensos C-46/93 e C-48/93, Colect., p. I-1029.

claração da violação do direito comunitário no âmbito do processo por incumprimento. Interrogado pelo órgão jurisdicional nacional sobre se o dever de indemnizar pode ficar limitado aos prejuízos sofridos após pronúncia de um acórdão do Tribunal de Justiça que reconhece a existência de um incumprimento, o Tribunal declarou que tal corresponderia a pôr em causa o direito à reparação reconhecido pela ordem jurídica comunitária. E adiantou que o princípio da efectividade do direito comunitário impede que se subordine o direito à reparação à exigência de uma declaração prévia de incumprimento¹⁷.

O mesmo acórdão trouxe ainda um contributo decisivo para a clarificação do relevo da declaração judicial do incumprimento no regime da responsabilidade do Estado construído pelo Tribunal de Justiça.

O Tribunal voltou a pronunciar-se sobre o fundamento da responsabilidade do Estado, reafirmando de forma ainda mais explícita que a protecção ressarcitória dos particulares perante os Estados inadimplentes é uma exigência do princípio da protecção jurisdicional efectiva. E, na definição das condições da responsabilidade, deixou claro que a constituição de uma obrigação indemnizatória a cargo do Estado exige que estejam reunidas três condições, a saber: que a regra de direito comunitário violada tenha por objecto conferir direitos, que a violação seja suficientemente caracterizada e que exista um nexo de causalidade entre essa violação e o prejuízo sofrido pelos particulares. Ora, é precisamente na determinação dos critérios que permitem afirmar a existência de uma “violação suficientemente caracterizada” do direito comunitário, condição que introduz o elemento da culpa no regime da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário, que o Tribunal se refere aos efeitos dos acórdãos proferidos no âmbito de uma acção de incumprimento.

Importa, então, averiguar em que medida é que a prévia constatação do incumprimento interfere com a verificação da “violação suficientemente caracterizada”. Para esse efeito temos de distinguir, à luz da jurisprudência do Tribunal, os casos em que os Estados-membros gozam de poderes discricionários, daqueles em que a sua margem de apreciação é reduzida ou inexistente.

Quando um Estado não dispõe de poderes discricionários, a simples violação do direito comunitário constitui uma violação suficientemente

¹⁷ *Idem*, considerando n.º 95.

caracterizada susceptível de constituí-lo na obrigação de indemnizar os lesados¹⁸.

Já nos casos em que se reconhece que o Estado-membro tem alguma margem de apreciação na aplicação do direito comunitário, “o critério decisivo para considerar que existe uma violação do direito comunitário suficientemente caracterizada é o da violação (...) manifesta e grave dos limites que se impõem ao seu poder de apreciação”¹⁹. Esta fórmula é acompanhada de um enunciado exemplificativo dos elementos que evidenciam a gravidade da violação: “o grau de clareza e de precisão da regra violada, o âmbito que a margem de apreciação que a regra violada deixa às autoridades nacionais e comunitárias, o carácter intencional do incumprimento verificado ou do prejuízo causado, o carácter desculpável ou não de um eventual erro de direito, o facto de as atitudes adoptadas terem podido contribuir para a omissão, a adopção ou a manutenção de medidas ou práticas nacionais contrárias ao direito comunitário”²⁰.

A imprecisão destes critérios poderia levar-nos a crer que o Tribunal de Justiça confere uma ampla margem de apreciação aos tribunais nacionais, dado que é a eles que incumbe a aplicação do princípio da responsabilidade do Estado. Mas o Tribunal introduziu limites à liberdade de apreciação dos tribunais nacionais ao declarar que a violação será sempre suficientemente caracterizada “quando perdurou, apesar de ter sido proferido um acórdão em que se reconhecia o incumprimento imputado ou um acórdão num reenvio prejudicial, ou apesar de existir uma jurisprudência bem assente do Tribunal de Justiça na matéria, dos quais resulte o carácter ilícito do comportamento em causa”²¹. Nestes casos, o Tribunal de Justiça estabelece presunções de culpa.

Concluimos com a convicção de que a existência de uma condenação prévia do Estado em sede de processo por incumprimento pode ser determinante para a apreciação da culpa, mas não é pressuposto da

¹⁸ Acórdão de 23 de Maio de 1996, *Hedley Lomas*, processo C-5/94, Colect., p. I-2553, considerando n.º 28 e acórdão de 28 de Novembro de 1995, *Dillenkofer*, processos apensos C-178, 179 e 188-190/94, Colect., p. I-4845, considerando n.º 25.

¹⁹ Acórdão *Brasserie du Pêcheur/ Factortame III*, *supra* citado, considerando n.º 55

²⁰ *Idem*, considerando n.º 56

²¹ *Ibidem*, considerando n.º 57. O sublinhado é nosso.

responsabilidade, nem afecta a autonomia deste meio processual²²⁻²³.

II. Acção sobre responsabilidade por violação do direito comunitário e outros meios processuais nacionais

6. A jurisprudência que se inicia no acórdão *Van Gend en Loos*²⁴ reconhece o particular como sujeito da ordem jurídica comunitária e impõe aos tribunais nacionais, por aplicação do princípio da cooperação enunciado no artigo 10.º do Tratado CE, a obrigação de assegurar a protecção jurídica que decorre do efeito directo do direito comunitário.

Com base nesta jurisprudência, o sujeito lesado pode evitar ou limitar o prejuízo adveniente da violação do direito comunitário pelos Estados-membros, através do recurso a meios de defesa que se efectivam por intermédio dos tribunais nacionais. Por exemplo, invocando contra as autoridades nacionais um direito reconhecido por uma norma com efeito directo, ou impugnado o acto causador do dano, alegando a incompatibilidade com o direito comunitário, sem esquecer a possibilidade de recurso a meios cautelares, também assegurada pela jurisprudência comunitária²⁵.

²² *Ibidem*, considerando n.º 93.

²³ No plano oposto, o Tribunal de Justiça também já teve ocasião de esclarecer que a admissibilidade da acção por incumprimento não fica prejudicada pelo facto de não resultar dano da violação do direito comunitário, ou, caso ele exista, o Estado-membro não o conteste e reconheça o direito dos particulares a obter reparação. A questão foi suscitada por alguns Estados-membros, que tentaram evitar a declaração de incumprimento, alegando a falta de interesse em agir da Comissão nesses casos. Neste sentido, v. acórdão de 22 de Junho de 1993, Comissão c. Dinamarca, processo C-243/89, Colect., p. I-3353; acórdão de 18 de Dezembro de 1997, Comissão c. Bélgica, processo C-263/93, Colect., p. I-7453 e acórdão de 10 de Abril de 2003, Comissão c. Alemanha, processo C-20/01, Colect., p. I-3609.

²⁴ Acórdão de 5 de Fevereiro de 1963, processo 26/62, *supra* nota 2.

²⁵ Os marcos jurisprudenciais determinantes para definir o alcance da obrigação que o direito comunitário impõe aos tribunais nacionais no que respeita à tutela cautelar são os acórdãos de 19 de Maio de 1989, *Factortame*, processo C-213/89, Colect., pág. I-2433; de 21 de Fevereiro de 1991, *Zuckerfabrik*, processos apensos C-143/88 e C-92/89, Colect., p. I-415 e de 9 de Novembro de 1995, *Atlanta*, processo C-465/93, Colect., 1995, p. I-3761. Da abundante literatura sobre esta jurisprudência, destacamos: Denys Simon e Ami Barav – *Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire factortame*. RMC, págs. 591-597; Eleanor Sharpston – *Interim and Substantive Relief in Claims under Community Law*. London:

Interessa então averiguar como se configura o acesso à tutela indemnizatória, no caso de violação de normas dotadas de efeito directo, quando o particular tem outros meios de fazer valer os direitos que a ordem jurídica comunitária lhe confere.

7. A primeira reflexão que o tema suscita remete para a definição do âmbito material do direito comunitário, e para a questão conexas da delimitação da competência do próprio Tribunal de Justiça. Trata-se afinal de saber se o problema da articulação dos meios processuais nacionais, aptos a garantir a protecção dos direitos fundados na ordem jurídica comunitária, releva do âmbito de competências da Comunidade Europeia.

O acórdão *Rewe*²⁶ formula o princípio geral nesta matéria, que consiste em reconhecer a autonomia processual e institucional dos Estados-membros. Assim, e acompanhando a formulação adoptada pelo Tribunal na jurisprudência mais recente, na ausência de regulamentação comunitária na matéria, compete ao ordenamento jurídico interno de cada Estado-membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e definir as modalidades processuais dos meios judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que, para os particulares, decorrem do efeito directo do direito comunitário. Todavia, essas modalidades não podem ser menos favoráveis do que as respeitantes a meios judiciais semelhantes de natureza interna (princípio da equivalência ou da não discriminação), nem tornar impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade)²⁷.

Butterworths, 1993 e Eduardo García de Enterría - *La suspensión cautelar inmediata de una ley nacional por el tribunal de justicia de las Comunidades Europeas*. RIE, 1990, págs. 875-884; *Las medidas cautelares que puede adoptar el juez nacional contra el derecho comunitario: la sentencia Zuckerfabrik del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 1991*, in *La protección jurídica del ciudadano*, estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez, I. Madrid: Civitas, 1993, págs. 105-120; *Un passo capital en el derecho constitucional británico: el poder de los jueces para enjuiciar en abstracto y con alcance general las leyes del Parlamento por su contradicción con el derecho comunitario (sentencia "Equal Opportunities Commission" de la Camara de los Lordes de 3 de Março de 1994)*. RIE, 1994, págs.721-743.

²⁶ Acórdão de 16 de Dezembro de 1976, *Rewe*, processo 33/76, Recueil, p. 813, considerando n.º 5.

²⁷ V., entre outros, acórdão de 15 de Setembro de 1998, *Edis*, processo C-231/96, Colect., p. I-4951, n.º 19 e 34 e de 9 de Fevereiro de 1999, *Dilexport*, processo C-343/96,

As dificuldades surgem quando se pretende antecipar o alcance dos princípios que limitam a autonomia processual dos Estados-membros, em especial do princípio da efectividade. Para o Advogado-geral Jacobs, o princípio da efectividade pode ser visto como expressão de um direito a uma tutela judicial efectiva²⁸. Seguindo esta interpretação, podemos dizer que o Tribunal se reserva a competência para apreciar a adequação dos sistemas jurídicos dos Estados-membros ao princípio da efectividade da protecção jurisdicional dos direitos conferidos aos particulares pela ordem jurídica comunitária²⁹. A verdade, porém, é que o Tribunal não segue sempre o mesmo rigor nos diferentes domínios em que o é chamado a aplicar o princípio da efectividade³⁰. Por outro lado, num direito de construção jurisprudencial, a escassez de decisões sobre a conformação das relações da acção de indemnização com os outros remédios nacionais, autorizaria, por si só, a conclusão de que neste momento não é possível determinar com certeza qual ao papel reservado ao direito comunitário.

Apesar de tudo isso, cremos poder sustentar que, na jurisprudência do Tribunal de Justiça, se encontram fortes indícios no sentido da consagração da independência da acção de indemnização em relação aos outros meios de protecção dos particulares. Indícios que se colhem quer da jurisprudência relativa à responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário, quer da jurisprudência relativa aos outros meios de tutela dos direitos conferidos aos particulares pela ordem jurídica comunitária.

8. Dentre os vários acórdãos em que o Tribunal de Justiça se

Colect., p. I-579, n.º 25.

²⁸ V. Conclusões apresentadas em 20 de Março de 2003 no processo C-147/01, *Weber's Wine*, Colect., p. I-11365, considerando n.º 40.

²⁹ Já foi sugerido que a consagração expressa do princípio da subsidiariedade estabelece um novo parâmetro para a intervenção do Tribunal. Sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade à jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário, veja-se o estudo impressivo de Edward Swaine – *Subsidiarity and Self-Interest: Federalism at the European Court of Justice*. *Harvard International Law Journal*, 2000, pp. 1-123.

³⁰ Para uma exposição criteriosa da evolução e das inconsistências da jurisprudência do Tribunal de Justiça nesta matéria, v. Rachael Smith – *Remedies for Breaches of EU Law in National Courts: Legal Variation and Selection*, in Craig e De Búrca (eds.) – *The Evolution of EU Law*. Oxford: University Press, 1999, p. 287 e segs.

pronuncia sobre o princípio da responsabilidade do Estado, em resposta a questões prejudiciais colocadas pelos tribunais nacionais acerca de outros meios de protecção jurídica dos particulares, há dois que assumem uma relevância especial para a esclarecimento das relações entre a acção de indemnização e os outros remédios: o acórdão *Sutton*³¹ e o acórdão *Comateb*³². Nestes acórdãos o Tribunal de Justiça reconheceu o direito dos particulares à propositura de uma acção de indemnização pelos prejuízos decorrentes da violação do direito comunitário imputada ao Estado, não obstante não estarem reunidas as condições exigidas por outros meios processuais.

No acórdão *Comateb*, o Tribunal, confirmando a jurisprudência *Hans Just*³³, declarou que, no âmbito de uma acção de restituição, os Estados-membros podem recusar a restituição de impostos cobrados em violação do direito comunitário, quando se prove que o sujeito passivo responsável pelo seu pagamento repercutiu o encargo sobre terceiros, e que a restituição ao referido operador implica para o mesmo um enriquecimento sem causa. No entanto, o Tribunal reconheceu igualmente que o direito do operador a intentar uma acção de indemnização tendente à reparação dos prejuízos advenientes da cobrança do imposto

³¹ Acórdão de 22 de Abril de 1997, *The Queen c. Secretary of State for Social Security, ex parte Sutton*, Processo C-66/95, Colect., 1997, p. 1-2163.

³² Acórdão de 14 de Janeiro de 1997, *Société Comateb c. Directeur Général des Douanes et des Droits Indirects*, processos apensos C-192-218/95, Colect., 1997, p. 1-165, com comentário de Berrod e Notaro – *Jurisprudence. Arrêt du 14 janvier de 1997, Sté COMATEB e. a. c/ Directeur général des douanes et droits indirects (affaires jointes C-192/95 à C-218/95)*. RTDE, 1998, pp. 138-151.

³³ V. Acórdão de 27 de Fevereiro de 1980, *Hans Just*, processo 68/79, Recueil, p. 501. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça pronuncia-se, pela primeira vez, sobre o relevo do enriquecimento sem causa do requerente na definição dos limites da obrigação de restituição dos encargos cobrados pelo Estado em violação do direito comunitário. Sobre a relação entre a repercussão do imposto e o enriquecimento sem causa, v. acórdão de 2 de Outubro de 2003, *Weber's Wine*, processo C-147/01, Colect., 2003.

Sobre o tema, v., entre outros, Andrea Biondi e Lindsay Johnson – *The Right to Recovery of Charges Levied in Breach of Community Law: No Small Matter*. EPL, 1998, pp. 313-321; Fabrice Belaich – *La répétition de l'indu en droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*. RMCUE, 2000, pp. 100-116; Michael Dougan – *Cutting your Losses in the Enforcement Deficit: A Community Right to the Recovery of Unlawfully Levied Charges?*. CJELS, 1998, pp. 233-267 e J. Martínez-Carrasco Pignatelli – *La devolución de lo indebido tributario en el Derecho Comunitario*. Oviedo : Septem Ed., 2003.

indevido é independente da questão da repercussão do encargo³⁴.

No acórdão *Sutton*, o Tribunal decidiu que o artigo 6.º da directiva 79/7 CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, relativa ao princípio da igualdade entre homens e mulheres em matéria de segurança social, que obriga os Estados-membros a introduzir na sua ordem jurídica as medidas necessárias para permitir que qualquer pessoa que se considere lesada pela não aplicação do princípio da igualdade de tratamento possa invocar jurisdicionalmente os seus direitos, não impõe aos Estados-membros o pagamento de juros sobre quantias pagas a título de retroactivos de prestações de segurança social, quando o atraso no pagamento for devido a uma discriminação proibida pela directiva. Mas o Tribunal acrescentou que o Estado-membro tem a obrigação de reparar os prejuízos causados pela violação do direito comunitário, nos termos da jurisprudência que se iniciou no acórdão *Francovich*³⁵.

O Tribunal de Justiça parece assim reconhecer que as acções de indemnização têm uma natureza específica e que estão sujeitas a condições diferentes e independentes dos outros remédios. Numa palavra, parece reconhecer a autonomia da acção de indemnização³⁶.

9. Vejamos agora o que nos diz a jurisprudência relativa à responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário a propósito do problema que nos ocupa.

O acórdão *Francovich* não considera a questão da articulação da acção de indemnização com outros instrumentos processuais nacionais. Apenas nos diz que “a possibilidade de reparação é particularmente indispensável quando, como no caso dos autos, o pleno efeito das normas comunitárias está subordinado à condição de uma acção por parte do Estado e, por conseguinte, os particulares não podem na falta de tal acção invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais os direitos que lhe são reconhecidos pelo direito comunitário”³⁷.

³⁴ Acórdão *Comateb*, *supra* nota 32, considerando n.º 27 a 34; no mesmo sentido, mas a propósito da restituição de taxas cobradas por empresas públicas em violação do direito comunitário, v. acórdão de 17 de Julho de 1997, *GT-Link*, processo C-242/95, Colect., 1997, p. I-4449, n.º 60.

³⁵ Acórdão *Sutton*, *supra* nota 31, considerando n.º 35

³⁶ Já neste sentido, v. as conclusões do Advogado-geral Jacobs, apresentadas em 26 de Julho de 1997, no processo C-188/95, Colect., 1997, p. I-6783, considerando n.º 81.

³⁷ Acórdão de 19 de Novembro de 1991, processos apensos C-6/90 e C-9/90, *supra* nota

E talvez tenha sido este considerando a fonte de inspiração da tese defendida pelos governos da Alemanha, Holanda e Irlanda, nas observações apresentadas no processo *Brasserie*, segundo a qual, o Tribunal de Justiça, ao consagrar o princípio da responsabilidade do Estado, apenas teria pretendido colmatar uma lacuna do sistema de protecção jurisdicional comunitário. A *ratio* do reconhecimento da responsabilidade do Estado limitaria, assim, a via da tutela ressarcitória às hipóteses em que a inexistência de efeito directo - em virtude do carácter insuficientemente preciso e incondicional da norma violada, ou, no caso das Directivas, em virtude de se estar perante uma relação entre dois particulares - impede o particular de aceder a outros instrumentos de tutela.

Mas o Tribunal rejeitou esta argumentação e declarou que “a possibilidade que os particulares têm de invocar normas do Tratado, directamente aplicáveis, perante os órgãos jurisdicionais nacionais, só constitui uma garantia mínima e não chega para assegurar por si só a aplicação plena e completa do Tratado”³⁸.

Donde se conclui que a possibilidade de acesso a outros meios de tutela não exclui, por si só, a tutela ressarcitória³⁹.

10. Mas este acórdão *Brasserie*, para além de esclarecer que podem coexistir diferentes formas de tutela, traz também importantes indicações quanto à forma como estas se articulam.

A questão de saber se o acesso à protecção ressarcitória pode ficar subordinado ao esgotamento pelo lesado de outros meios processuais nacionais tinha sido colocado pelo Advogado-geral Tesouro⁴⁰, nas con-

5, considerando n.º 34.

³⁸ *Idem*, considerando n.º 20.

³⁹ Assim, também, Georgios Anagnostaras – *State Liability and Alternative Courses of Action: How Independent can an Autonomous Remedy Be?*, *Yearbook of European Law*, 2001-2002, p. 355-383, em especial p. 361

⁴⁰ O problema já tinha sido equacionado anteriormente, e pela primeira vez, pelo Advogado-geral Léger, nas conclusões que apresentou, em 20 de Junho de 1995, no processo *Hedley Lomas* (C-5/94, Colect., 1996, p. I-2553, n.º 193-201), que, no entanto, considerou que se tratava de uma questão de direito interno que não cabia ao Tribunal de Justiça responder. Léger admitiu, porém, que o direito comunitário se pode opor a que a ordem jurídica de um Estado-membro subordine a admissibilidade da acção de indemnização ao esgotamento das outras vias de recurso quando essa regra tenha por efeito tornar impossível na prática, ou excessivamente difícil, o exercício da acção de indemnização.

clusões que apresentou, nos seguintes termos: “quando o prejuízo puder ser evitado pelo sujeito lesado com o recurso a meios jurisdicionais de ordem interna, é lícito interrogarmo-nos sobre se a falta de utilização desses meios interrompe a causalidade necessária entre a violação e o dano sofrido”⁴¹

Todavia, a abordagem seguida pelo Tribunal de Justiça não coincide com a orientação proposta por Tesouro. Com efeito, na *ratio decidendi* do acórdão pode ler-se: “(...) Importa esclarecer que, para determinar o prejuízo indemnizável, o juiz nacional pode verificar se a pessoa lesada foi razoavelmente diligente para evitar o prejuízo ou limitá-lo e se, designadamente, utilizou em tempo útil todas as vias de direito que estavam à sua disposição”.

Com efeito, à luz de um princípio geral comum aos sistemas jurídicos dos Estados-membros, a pessoa lesada, correndo o risco de dever suportar ela própria o prejuízo, deve provar uma diligência razoável para limitar a extensão do prejuízo (acórdão de 19 de Maio de 1992, Mulder e o./ Conselho e Comissão, C-104/89 e C-37/90; Colect., p. I-3061, n.º 33)⁴².

Em nosso entender, o Tribunal refere-se nestes considerandos à relevância da contribuição do lesado para o seu dano na delimitação do conteúdo da obrigação de indemnização.

A diferente configuração jurídica do relevo do concurso da conduta “culposa” do lesado proposta pelo Tribunal de Justiça e pelo seu Advogado-geral merece ser sublinhada⁴³, pelos indícios que encerra quanto à opção do Tribunal de Justiça pela autonomia da acção de indemnização. Na concepção de Tesouro, a omissão de recurso a outros meios jurí-

⁴¹ Conclusões proferidas em 28 de Novembro de 1995, processos apensos C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur/Factortame III*, Colect., 1996, p. I-1029, n.º 100.

⁴² Acórdão *Brasserie du Pêcheur/Factortame III*, *supra* nota 16, considerandos n.º 84 e n.º 85.

⁴³ Uma convicção que nem todos partilham. Ainda recentemente o Advogado-geral Mengozzi invocou o acórdão *Brasserie* em apoio de uma abordagem interpretativa que parece retomar a orientação proposta por Tesouro, ao sustentar que “um comportamento negligente da vítima do acto ilícito que tenha concorrido para causar o prejuízo por esta sofrido pode, em certas condições, romper o nexo de causalidade entre o acto ilegal e o prejuízo”.

V. Conclusões do Advogado-Geral Mengozzi apresentadas, em 11 de Janeiro de 2007, no processo C-282/05P, *Holcim e. Comissão*, ainda não publicado, considerando n.º 115.

dicos nacionais por parte do lesado pode afectar a própria verificação das condições materiais da responsabilidade, conduzindo – ele próprio o admite – à subsidiariedade da acção de indemnização nas hipóteses de danos derivados de violações do direito comunitário. Enquanto na concepção acolhida pelo Tribunal de Justiça, a co-responsabilidade do lesado interfere apenas com a determinação do *quantum* indemnizatório, sem afectar a autonomia da acção de indemnização.

Não podemos deixar de manifestar a nossa preferência pela abordagem do Tribunal de Justiça, que corresponde à orientação hoje acolhida em vários ordenamentos europeus⁴⁴, e é, portanto, inteiramente consistente com a invocação de um princípio geral do direito comum aos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros.

11. Já a referência à jurisprudência sobre responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia, para justificar a previsão do relevo da conduta do lesado, designadamente a omissão de utilização de outros meios jurídicos, na definição da extensão da obrigação de indemnização adveniente da violação do direito comunitário pelos Estados-membros, é susceptível de conduzir a alguns equívocos. É que a posição que o Tribunal de Justiça assumiu nesse quadrante não coincide inteiramente com a solução que propõe, no acórdão *Brasserie*, em relação à responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário

É verdade que a jurisprudência proferida no âmbito da acção de indemnização por responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia atende à conduta do lesado para determinar o montante dos danos indemnizáveis. Mas entre as medidas que se exigem ao lesado, actuando com ordinária diligência, para evitar ou minorar o dano, não se inclui o recurso a outros meios de tutela jurisdicional.

Na hipótese sobre que versa o acórdão *Mulder*⁴⁵, que o Tribunal invoca na fundamentação do acórdão *Brasserie*, o comportamento devido do lesado consiste na adopção de medidas materiais de contenção do dano. Estava em causa a aplicação pelas autoridades nacionais de regulamentação comunitária no domínio da política agrícola comum,

⁴⁴ V. Cees Van Dam – *European Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 334 e segs. e J. C. Brandão Proença – *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 1997.

⁴⁵ Acórdão de 19 de Maio de 1992, *Mulder* c. Conselho e Comissão, processos C-104/89 e C-37/90, Colect., p. I-3061.

que introduzia limitações à produção de leite tomando por referência a produção do ano transacto, sem atender à situação especial dos produtores que tinham assumido, ao abrigo de um regulamento anterior, um compromisso de não comercialização por um período determinado. No Tribunal de Justiça, os produtores afectados pediram a indemnização dos prejuízos sofridos durante o período em que não lhes foi permitido retomar a produção de leite. O Tribunal reconhece estarem reunidos os pressupostos da responsabilidade da Comunidade Europeia, mas, na determinação da extensão do prejuízo a reparar, considera que devem ser deduzidos os rendimentos decorrentes de actividades de substituição que os lesados teriam podido realizar, e que lhes competia desenvolver para limitarem a extensão do seu prejuízo.

Um exame atento da jurisprudência comunitária mostra que, entre as condutas do lesado relevantes para a definição da extensão da obrigação de indemnização devida pela Comunidade Europeia, figura ainda a reacção tardia do lesado às medidas propostas pela Comunidade para conter as consequências danosas do acto ilícito⁴⁶. Por outro lado, a possibilidade de a Comunidade Europeia, autora do dano, alegar a “culpa” do lesado é afastada em relação a comportamentos que impliquem “um risco comercial anormal”⁴⁷.

⁴⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Março de 2000, Parlamento Europeu c. *Bieber*, processo C-284/98P, Colect., p. I-1527. O Tribunal de Justiça anula um acórdão do Tribunal de Primeira Instância, na parte que não atende ao princípio geral reconhecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo o qual, “em matéria de responsabilidade extracontratual, a pessoa lesada deve fazer prova de uma diligência razoável para limitar a extensão do prejuízo”. Tratava-se, *in casu*, da reparação dos prejuízos decorrentes da não reintegração de um funcionário em situação de licença sem vencimento, no seu termo, na primeira vaga do lugar para que possuía as aptidões requeridas. Para o cálculo do prejuízo sofrido (perda de rendimentos profissionais), o Tribunal atende à falta de diligência do lesado, que, quando finalmente lhe foi proposta a reintegração, com efeitos imediatos, demorou mais de duas semanas a responder à oferta de lugar, e não considera o período que decorreu entre a oferta de lugar e a sua aceitação.

⁴⁷ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 24 de Outubro de 2000, *Fresh Marine Company SA* c. Comissão, processo T-178/98, Colect., 2000, p. II-3331. A situação que deu origem ao acórdão prende-se com a aplicação pela Comissão de medidas *antidumping* e de compensação em relação às importações de salmão de viveiro originário da Noruega. No tribunal comunitário, a requerente pede uma indemnização correspondente aos lucros cessantes ligados à suspensão das suas exportações para a Comunidade, bem como os custos de restabelecimento da sua posição no mercado

Ora a resposta do Tribunal de Justiça aos tribunais nacionais no acórdão *Brasserie*, ao referir-se à utilização pelo lesado de “todas as vias de direito”, excede manifestamente estas situações, e ultrapassa até as hipóteses de não apresentação tempestiva do pedido de tutela indemnizatória, para se reportar ao problema mais abrangente das relações entre os vários meios processuais. E sobre esta questão, a jurisprudência proferida no quadro da responsabilidade da Comunidade Europeia não afirma, nem sequer sugere, que a não utilização pelo lesado de outros meios processuais, sejam eles nacionais ou comunitários, pode relevar para efeito de determinação do *quantum* indemnizatório – ela afecta, isso sim, em determinadas circunstâncias, o próprio direito à propositura da acção de indemnização. Senão vejamos.

No que respeita à articulação da acção de indemnização por responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia com os meios jurisdicionais nacionais, jurisprudência bem assente faz depender a admissibilidade da acção de indemnização do esgotamento das vias de recurso internas⁴⁸, se estas assegurarem de modo eficaz a protecção dos particulares – o acesso imediato ao remédio ressarcitório fica assim dependente da ineficácia reparadora dos meios jurisdicionais nacionais⁴⁹.

comunitário. A Comissão argumenta que a requerente não fez prova de diligência razoável para limitar o alcance do prejuízo, dado que poderia, mediante a constituição de uma garantia bancária, prosseguir as suas exportações para a Comunidade a preços inalterados. O Tribunal considera que “a inexistência de tentativa por parte da demandante para exportar os seus produtos para a CE durante o período considerado não pode ser olhada como uma falta à sua obrigação de fazer prova da diligência necessária para limitar a extensão do dano”. Na fundamentação que sustenta esta decisão pode ler-se:

“Mesmo admitindo que a demandante tivesse prestado essa garantia, é forçoso concluir que teria suportado um risco comercial anormal, ao exceder o risco inerente ao exercício de qualquer actividade comercial. (...) Com efeito, se, uma vez constituída essa garantia bancária, a demandante tivesse, como sugere a Comissão, decidido exportar para a Comunidade a preços inalterados, sem repercutir o montante dos direitos provisórios sobre o preço pedido aos seus clientes comunitários, ficaria exposta ao risco de dever suportar sozinha os encargos destes direitos no caso de estes virem a ser definitivamente cobrados” (considerando n.º 124).

⁴⁸ Acórdão de 26 de Fevereiro de 1986, *Krohn c. Comissão*, processo 175/84, Colect., p. 753, considerando n.º 27.

⁴⁹ Por exemplo, quando a acção de indemnização por responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia é o único meio que se abre aos requerentes (foi este o fundamento da admissibilidade da acção de indemnização nos seguintes casos: acórdão de 24 de Outubro de 1973, *Merkur*, processo 43/72, Recueil, p. 1055; acórdão de 15 de

Já no que concerne à relação com outros meios jurisdicionais comunitários (recurso de anulação e acção de omissão), não obstante a afirmação da autonomia da acção de indemnização, encontramos também na jurisprudência comunitária algumas hipóteses em que a existência de um remédio alternativo pode afectar a possibilidade de recurso à acção ressarcitória⁵⁰.

Como se pode ver, no quadro da responsabilidade da Comunidade Europeia, o Tribunal tem entendido que a não utilização de outros meios jurídicos pode influir na admissibilidade da acção ressarcitória e não apenas na repartição do dano entre o lesado e o lesante. Mantemos, portanto, que, não obstante a referência feita à jurisprudência sobre responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia, o acórdão *Brasserie* não decalcou propriamente a solução aí consagrada⁵¹.

Dezembro de 1977, *Dietz*, processo 126/76, Recueil, p. 2440; acórdão de 4 de Outubro de 1979, *Ireks-Arkady*, processo 238/78, Recueil, p. 2955; acórdão de 4 de Outubro de 1979, *Durmontier Frères*, processo 64/76, Recueil, p. 3091; acórdão de 4 de Outubro de 1979, *Interquell Stärke-Chemie*, processos apensos 261 e 262/78, Recueil, p. 3045; acórdão de 12 de Abril de 1984, *Unifrex*, processo 281/82, Recueil, p. 1975; acórdão de 29 de Setembro de 1987, *De Boer Buizen*, processo 81/86, Colect., p. 3677), ou quando a protecção acordada pelos instrumentos de tutela nacionais não permite a reparação integral do dano (v., neste sentido, acórdão de 21 de Maio de 1976, *Roquette Frères c. Comissão*, processo 26/74, Recueil, p. 677. Estava em causa a percepção pelas autoridades nacionais de montantes compensatórios monetários. O Tribunal declarou a acção admissível em relação aos danos que excediam a restituição.)

⁵⁰ É o que acontece naqueles casos em que o pedido indemnizatório tem por objecto o reembolso de uma quantia paga em execução de uma decisão que não foi tempestivamente impugnada. V. acórdão *Krohn*, já citado, considerando n.º 33; acórdão de 9 de Maio de 2000, *Nunez c. Comissão*, processo T-10/99, considerando n.º 48 e acórdão de 8 de Maio de 2001, *Cravelis c. Parlamento*, processo T-182/99, considerando n.º 46.

⁵¹ Afastamo-nos, neste ponto, da interpretação proposta por Eeckhout, nos termos da qual, seguindo as suas palavras: "*the relationship between the liability remedy and other national remedies is the same as the relationship between the non-contractual liability of the Community (art. 178 and 215,2) and actions for annulment (art 173 of the Treaty), where the Court has also stated that the action for damages is autonomous*".

Eeckhout esquece-se que, no quadro da responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia, o Tribunal admite em certos casos a subsidiariedade da acção de indemnização em relação ao recurso de anulação. E não dá, em nosso entender, a devida atenção ao facto de o Tribunal de Justiça se ter afastado da solução proposta por Tesouro. Essa sim, conduzia a um resultado comparável ao da jurisprudência relativa à responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia.

V. Piet Eeckhout – *Liability of Member States in Damages and the Community System of*

12. Há, no entanto, razões, não expressas no acórdão, que podem ter pesado na opção dos juízes do Luxemburgo. Oliver adverte que o acolhimento da solução proposta por Tesouro pode funcionar como um incentivo para a alteração das regras nacionais de *locus standi* do recurso contencioso de anulação. Na verdade, se o Tribunal consentir que os direitos nacionais façam depender o direito à reparação da prévia interposição de recurso contencioso, o legislador pode sentir-se tentado a alterar as regras relativas à admissibilidade dos recursos contenciosos, para minorar as consequências financeiras do princípio da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário. Como melhor o explicam as suas palavras, “uma acção de indemnização não pode ser considerada inadmissível com fundamento no argumento de que os particulares deviam recorrer à acção de anulação se o ordenamento jurídico nacional não prevê tal acção”⁵².

Não seria, de resto, a primeira vez que a intervenção do Tribunal de Justiça provocava ajustamentos no direito nacional. A doutrina relata que, na sequência da jurisprudência *Hans Just*⁵³ – onde se declara que o direito comunitário não exige a repetição do indevido em condições que possam originar o enriquecimento sem causa dos titulares do direito à restituição –, a França e a Itália e a Áustria alteraram a sua legislação⁵⁴.

Terão estas ponderações pesado na decisão do Tribunal de Justi-

Remedies, in J. Beatson e T. Tridimas (eds.) – *New Directions in European Public Law*. Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 63 e segs.

⁵² Peter Oliver – *State Liability in Damages following Factortame III*, in J. Beatson e T. Tridimas (eds.) – *New Directions in European Public Law*, *op. cit.*, pp. 49-61, em especial p. 57.

⁵³ Acórdão de 27 de Fevereiro de 1980, processo 68/79, Colect. p. 501.

⁵⁴ A referência ao Direito Francês e Inglês encontra-se em Rachael Smith – *Remedies for Breaches of EU Law in National Courts: Legal Variation and Selection*, art. cit., p. 298. O caso austríaco é relatado pelo Advogado-geral Jacobs: Depois da adesão da Áustria à UE, o Tribunal de Justiça foi interrogado sobre a compatibilidade de certos impostos regionais e locais com o direito comunitário. Antes da prolação do acórdão do Tribunal de Justiça, mas num momento em que a data deste tinha sido anunciada e já se conhecia a opinião do Advogado-geral, todos os Länder austríacos alteraram os seus códigos de impostos regionais no sentido de não reconhecer ao sujeito passivo o direito a ser reembolsado em caso de repercussão do imposto sobre terceiros. Na exposição de motivos apresentada ao órgão legislativo regional de Viena é feita referência ao processo em curso no Tribunal de Justiça e às graves consequências financeiras que poderiam resultar de uma decisão de incompatibilidade do direito nacional com o direito comunitário. V. as conclusões apresentadas no processo C-147/01, Colect., 2003, p. I-11365.

ça? Não o podemos saber. Mas a verdade é que a solução vertida no acórdão *Brasserie* parece afastar-se, não só da abordagem proposta por Tesouro, como também da orientação seguida no contexto da acção de indemnização para efectivação da responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia.

13. Na jurisprudência posterior, o problema do relevo do comportamento do lesado, mais especificamente a omissão de recurso a outros meios jurídicos aptos a evitar a produção do dano ou a impedir o seu agravamento, no regime da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário, voltou a colocar-se em dois processos em que o Tribunal de Justiça é chamado a apreciar a interferência das regras do Tratado CE relativas às liberdades fundamentais na liberdade de conformação do legislador nacional em matéria de tributação directa.

No processo que deu origem ao acórdão *Metallgesellschaft*⁵⁵, o Tribunal foi instado a pronunciar-se sobre a compatibilidade com o direito comunitário da legislação fiscal do Reino Unido que distinguia, para efeito de tributação do rendimento das pessoas colectivas, as sociedades filiais domiciliadas nesse Estado-membro de sociedades-mãe com sede no território nacional, daquelas cuja sociedade-mãe tem sede noutro Estado-membro, reservando às primeiras a possibilidade de beneficiarem de um regime de tributação de grupo que lhes permitia escapar à obrigação de pagar antecipadamente o imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas. Algumas das sociedades afectadas por esta legislação reclamaram nos tribunais nacionais o pagamento dos juros que teria gerado a soma tornada indisponível em virtude da exigibilidade prematura do imposto, alegando que a restrição da opção pela tributação dos rendimentos do grupo às filiais de sociedades-mãe domiciliadas no Reino Unido constituía uma discriminação ilícita, contrária às regras do Tratado CE – o que o Tribunal de Justiça viria a confirmar.

No pedido de decisão prejudicial apresentado ao Tribunal de Justiça, entre outras questões, o *High Court of Justice* pergunta se um Estado-membro pode alegar a falta de diligência processual do lesado com vista a excluir ou reduzir o direito à reparação. É que, no processo principal, o Reino Unido tinha alegado poder opor à acção de indemnização

⁵⁵ Acórdão de 8 de Março de 2001, processos apensos C-397/98 e C-410/98, Colect., p. I-1727, com anotação de Giancarlo Scalese, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001, pp. 978-984.

a falta de diligência demonstrada pelas demandantes, ao não requererem, desde o início, que lhes fosse concedido o benefício do regime de tributação do grupo, o que lhes teria permitido contestar a recusa da administração fiscal e invocar o primado e o efeito directo do direito comunitário, provocando a apresentação de um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça.

O Tribunal não abandona a posição de princípio assumida no acórdão *Brasserie* e reitera que “os pedidos como os do processo principal estão sujeitos a regras processuais nacionais, que podem, em particular, impor que as demandantes no processo principal actuem com uma diligência razoável a fim de evitar o prejuízo ou limitar a sua extensão”⁵⁶, mas limita consideravelmente o seu alcance, afastando a sua aplicação no processo, com a seguinte justificação:

“O exercício dos direitos que as disposições directamente aplicáveis do direito comunitário conferem aos particulares tornar-se-ia impossível ou excessivamente difícil se os seus pedidos de restituição ou os seus pedidos de reparação baseados em violação do direito comunitário fossem rejeitados ou reduzidos com o único fundamento de que os particulares não tinham requerido a concessão do benefício fiscal que a lei nacional lhes recusava, com vista a contestar a recusa da administração fiscal pelas vias de direito previstas para o efeito, invocando o primado e o efeito directo do direito comunitário.”⁵⁷

Um entendimento que o Tribunal já confirmou. Num caso recente, mas de recorte semelhante ao que acabámos de analisar, envolvendo, uma vez mais, o desrespeito dos limites que o direito comunitário estabelece em relação à utilização do critério do domicílio pelo legislador fiscal nacional, o *High Court of Justice* voltou a interrogar o Tribunal de Justiça sobre se deve ser levada em conta, para determinar os prejuízos a compensar, a questão de saber se as pessoas lesadas fizeram prova de diligência razoável no sentido de evitar os prejuízos que sofreram, designadamente intentando acções judiciais. O Tribunal de Justiça, apoiando-se nos acórdãos *Brasserie* e *Metallgesellschaft*, deixou claro que o princípio da efectividade impede que o órgão jurisdicional nacional reduza ou rejeite um pedido de indemnização com o fundamento de

⁵⁶ Acórdão de 8 de Março de 2001, processos apensos C-397/98 e C-410/98, já citado, considerando n.º 102.

⁵⁷ *Idem*, considerando n.º 106.

que a demandante não requereu à administração fiscal o benefício de um regime de tributação, fundado directamente no direito comunitário, quando se verifique que a aplicação da legislação nacional teria, de qualquer forma, levado ao indeferimento da sua pretensão pela administração fiscal do Estado-membro em causa⁵⁸.

No que vai para lá da conclusão óbvia de que o Tribunal confirmou a posição de princípio de que o negligente comportamento processual do lesado pode influir na determinação do *quantum* ressarcível, estes dois acórdãos têm suscitado interpretações divergentes.

Caranta considera que, no acórdão *Metallgesellschaft*, o Tribunal de Justiça excluiu a possibilidade de negar ou diminuir o ressarcimento devido pela violação do direito comunitário com fundamento na não apresentação tempestiva do recurso de anulação⁵⁹. E invoca até esta jurisprudência na crítica que faz a uma decisão do Conselho de Estado Italiano, que rejeita o pedido ressarcitório com fundamento na não utilização pelo lesado dos meios de tutela tendentes à restauração do direito violado, colocando algumas dúvidas sobre a sua compatibilidade com o direito comunitário⁶⁰.

Esta leitura da jurisprudência do Tribunal de Justiça suscita-nos algumas reservas.

É verdade que o Tribunal declarou que o direito comunitário se opõe a que um órgão jurisdicional nacional rejeite ou reduza o pedido de reparação com o único fundamento de que o sujeito lesado não utilizou as vias de direito à sua disposição para contestar as decisões da administração, invocando o primado e o efeito directo das disposições comunitárias. Mas fê-lo apenas em relação às hipóteses em que o dano deriva da aplicação de legislação nacional contrária ao direito comunitário. Fora destes casos, e mais especificamente em relação aos danos que se possam imputar directamente às administrações nacionais, parece-nos excessivo considerar que a jurisprudência comunitária impede que o direito nacional estabeleça uma hierarquia entre a tutela anulató-

⁵⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Março de 2007, *Thin Cap Group Litigation*, processo C-524/04, em especial os considerandos n.º 124-128. Estava em causa a legislação fiscal do Reino Unido que restringia a dedutibilidade dos pagamentos de juros efectuados por filiais britânicas a sociedades-mãe não residentes.

⁵⁹ Roberto Caranta – *Attività amministrativa ed illecito aquiliano. La responsabilità della P.A. dopo la L. 21 Luglio 2000, N. 205*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 71.

⁶⁰ *Idem*, p. 70.

ria e a tutela ressarcitória.

Em nosso entender, a sugestão interpretativa do acórdão vai apenas no sentido de que as regras nacionais devem ser apreciadas pelos tribunais nacionais em obediência ao princípio fundamental do direito comunitário da protecção judicial efectiva dos direitos fundados na ordem jurídica comunitária. E que, nas hipóteses em que a violação do direito comunitário parte do legislador nacional, a conduta omissiva do lesado, que não invoca contra as autoridades nacionais um direito reconhecido por uma norma com efeito directo, não exclui o dever de indemnizar por parte do Estado.

O certo é que estes acórdãos deixam ainda muitas perguntas sem resposta sobre o âmbito de relevância da conduta “culposa” do lesado no regime da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário.

14. O contributo da jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça em matéria fiscal, para a dilucidação da relação da acção de indemnização com os outros meios processuais nacionais, não se esgota nas precisões referentes à incidência da conduta do lesado na determinação da extensão da obrigação de indemnização consequente à violação do direito comunitário. Encontramos também, nesta série de acórdãos, desenvolvimentos interessantes acerca da articulação dos meios ressarcitórios com os meios restitutórios.

Como se sabe, muito antes de o Tribunal de Justiça declarar que os Estados-membros são obrigados a reparar os prejuízos causados aos particulares pelas violações do direito comunitário que lhes sejam imputáveis, a jurisprudência comunitária reconhecia já o direito a obter o reembolso das importâncias cobradas pelos Estados-membros em violação do direito comunitário, considerando-o a consequência e o complemento dos direitos conferidos aos particulares pelas disposições comunitárias⁶¹. Todavia, se, em relação à via restitutória, o Tribunal tem entendido que todas as questões acessórias ligadas à restituição de importâncias indevidamente cobradas, como por exemplo o pagamento de

⁶¹ Acórdão de 9 de Novembro de 1983, San Giorgio, processo 199/82, Recueil, p. 3595, n.º 2; de 2 de Novembro de 1988, Barra, processo 309/85, Colect., p. 355, n.º 17; de 9 de Novembro de 1999, Dilexport, processo C-343/96, Colect., p. 1-579, n.º 23 e de 21 de Setembro de 2000, Michailidis, processos C- 441/98 e 442/98, Colect., p. 1-7145, n.º 30.

juros, devem ser decididas mediante a aplicação do direito nacional⁶², já no que se refere à acção de indemnização por violação do direito comunitário pelos Estados-membros, a jurisprudência comunitária não deixou de precisar as condições em que se constitui o dever de indemnizar⁶³.

Não surpreende, portanto, que, no processo *Metallgesellschaft*⁶⁴, a segunda questão suscitada pelo órgão jurisdicional *a quo* tenha sido a de saber se o prejuízo de tesouraria resultante da antecipação da exigibilidade do imposto devia ser reclamado no quadro de uma acção de restituição de impostos cobrados em violação do direito comunitário, ou através de uma acção de indemnização do prejuízo resultante da violação do direito comunitário.

O Tribunal de Justiça era, assim, instado a pronunciar-se sobre a natureza das vias de recurso de que os particulares devem dispor para garantir a salvaguarda dos direitos fundados no direito comunitário.

Nas conclusões que apresentou, o Advogado-geral Fennelly opinou que era mais correcto tratar o pedido dos demandantes como de restituição do que como um pedido de indemnização⁶⁵. Mas o Tribunal de Justiça considerou que não lhe competia qualificar juridicamente as petições apresentadas pelas requerentes no processo principal, antes pertencendo às ditas requerentes, sob o controlo do tribunal *a quo*, precisar a natureza e o fundamento da sua acção⁶⁶. Em face disso, analisou separadamente as duas hipóteses – acção de restituição ou acção de indemnização – colocadas pelo órgão jurisdicional nacional, tendo concluído que, em ambos os casos, o Tratado exige que as requerentes beneficiem de uma via de acção judicial efectiva para reclamar o reembolso ou a reparação da perda financeira que sofreram em benefício das autoridades do Estado-membro em causa⁶⁷.

⁶² V. Acórdãos de 15 de Setembro de 1998, *Ansaldo*, processos apensos C-279/96, C-280/96 e C-281/96, Colect., P. I-5025, considerando n.º 12; *Metallgesellschaft*, considerando n.º 85, e de 10 de Setembro de 2002, *Prisco e Caser*, processos apensos C-216799 e C-222/99, Colect., P. I-6761, considerando n.º 70.

⁶³ V. *supra*, n.º 5.

⁶⁴ Acórdão de 8 de Março de 2001, processos apensos C-397/98 e C-410/98, Colect., p. I-1727.

⁶⁵ Conclusões apresentadas, em 12 de Setembro de 2000, processos apensos C-397/98 e C-410/98, Colect., 2001. p. I-1727, considerando n.º 52.

⁶⁶ *Idem*, considerando n.º 81.

⁶⁷ *Ibidem*, considerando n.º 96.

A orientação que se extrai deste acórdão pode sintetizar-se da seguinte forma: a competência dos órgãos jurisdicionais nacionais para decidir, ao abrigo do direito nacional, sobre a qualificação dos pedidos dos recorrentes, sofre a limitação que decorre do princípio da efectividade: a qualificação do pedido não pode criar obstáculos ao acesso dos particulares a uma via de acção efectiva.

Não terá parecido tão clara a questão aos tribunais ingleses que, uma vez mais a propósito da violação do direito comunitário pelo legislador fiscal, voltaram a perguntar ao Tribunal de Justiça se as acções intentadas para sanar essa incompatibilidade deviam ser apreciadas à luz dos princípios estabelecidos na jurisprudência comunitária sobre repetição do indevido ou sobre responsabilidade do Estado⁶⁸.

Tal como ocorrera no caso *Metallgesellschaft*, também nestes processos as requerentes sustentavam que o seu pedido tinha por objecto uma restituição, ao passo que o Reino Unido alegava que estava em causa a responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário. Não são, aliás, difíceis de descortinar as razões do desacordo. Basta considerar que, em face do estado de desenvolvimento da jurisprudência relativa à interpretação das disposições de direito comunitário violadas, dificilmente se poderia sustentar estarem reunidos os pressupostos da responsabilidade do Estado, em especial o que respeita à exigência de uma violação suficientemente caracterizada. Com efeito, só jurisprudência muito recente veio clarificar as exigências decorrentes das liberdades de circulação no domínio da fiscalidade directa, e os factos que estiveram na origem destes processos reportavam-se a um período em que o Tribunal de Justiça ainda não se tinha pronunciado sobre a questão. Ora, nos termos do acórdão *Brasserie*, para determinar se existe uma violação suficientemente caracterizada há que atender, designadamente, ao grau de clareza e de precisão da regra violada e ao carácter desculpável ou não de um eventual erro de direito⁶⁹. Uma acção ressarcitória estava, pois, condenada ao insucesso, por aplicação dos critérios definidos pelo próprio Tribunal de Justiça.

Na resposta que dá aos tribunais nacionais, o Tribunal abandona a contenção que manifestara no acórdão *Metallgesellschaft*. Agora, o

⁶⁸ Acórdãos do Tribunal de Justiça de 12 de Dezembro de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, processo C-446/04, e de 13 de Março de 2007, *Thin Cap Group Litigation*, processo C-524/04, ainda não publicado.

⁶⁹ Acórdão *Brasserie*, *supra*, nota 16, considerando, n.º 56.

Tribunal não hesita em aplicar o princípio da efectividade, identificando os efeitos lesivos da violação do direito comunitário que não podem ser reparados, com base no direito comunitário, através de um meio restitutório⁷⁰. Em perfeita sintonia com a opinião expendida pelo Advogado-geral Geelhoed, que considerara que a via da acção restitutória se deve aplicar a todas as consequências directas da cobrança ilícita do imposto⁷¹, o Tribunal declarou que “quando um Estado-membro cobra impostos em violação do direito comunitário, os particulares têm direito ao reembolso não só do imposto indevidamente cobrado mas também dos montantes pagos a esse Estado ou por ele retidos, directamente relacionados com esse imposto”⁷². Fora destes casos, o único meio de protecção que se abre aos requerentes é o da acção de indemnização por responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário.

15. Como advertimos no início, as decisões jurisprudenciais sobre a articulação dos meios jurídicos aptos a garantir a protecção dos direitos dos particulares fundados na ordem jurídica comunitária são escassas, não permitindo ainda definir as coordenadas exactas do lugar da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário no sistema de protecção jurisdiccional comunitário.

Mas as decisões comentadas mostram claramente que o direito comunitário interfere com a escolha da forma de tutela adequada à salvaguarda dos direitos dos particulares fundados na ordem jurídica comunitária e deixam entrever a possibilidade de influências profundas sobre o modelo de contencioso acolhido pelos diferentes Estados-membros.

⁷⁰ Acórdãos do Tribunal de Justiça de 12 de Dezembro de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, processo C-446/04, considerando n.º 207, e de 13 de Março de 2007, *Thin Cap Group Litigation*, processo C-524/04, considerando n.º 113.

⁷¹ O Advogado-geral Geelhoed proferiu as conclusões nos dois processos em análise. V., conclusões apresentadas em 6 de Abril de 2006, processo C- 446/04, considerando n.º 132.

⁷² *Supra*, nota 70, considerandos n.º 205 e n.º 112, respectivamente.