

A ACÇÃO DE INDEMNIZAÇÃO POR RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DA COMUNIDADE ECONÓMICA EUROPEIA — ÂMBITO, NATUREZA E CONDIÇÕES DE ACESSO DOS PARTICULARES

Pela Dr.^a Maria Luísa Duarte

SUMÁRIO

Nota prévia

1. A acção de indemnização — caracterização sumária
2. A autonomia da acção de indemnização
3. A construção jurisprudencial da natureza subsidiária da acção de indemnização — âmbito e consequências
4. Os pressupostos processuais da acção de indemnização por responsabilidade extracontratual da CEE
 - 4.1. As partes
 - 4.1.1. A parte demandante
 - 4.1.2. A parte demandada
 - 4.2. O pedido
 - 4.3. O prazo
5. Os pressupostos relativos à fundamentação material da acção de indemnização — visão geral sobre os elementos constitutivos do direito à indemnização
 - 5.1. A especificidade da responsabilidade por actividade normativa no quadro da política económica
 - 5.2. O facto gerador da responsabilidade
 - 5.3. O nexo de causalidade
 - 5.4. O dano
6. A responsabilidade da Comunidade por actos dos seus agentes
7. Nota conclusiva

NOTA PRÉVIA

Um dos obstáculos ao acesso bem sucedido dos particulares ao Tribunal de Justiça (TJ) das Comunidades Europeias é, em grande medida, o relativo desconhecimento dos meios contenciosos que facultam esse acesso. Um tal desconhecimento ajuda a manter a imagem deturpada e incorrecta do TJ como instância competente para apreciar qualquer litígio respeitante à aplicação das normas comunitárias ou, no pólo oposto, como instância reservada aos conflitos entre Estados-membros e órgãos comunitários.

Como destinatários das normas comunitárias, os particulares podem sofrer prejuízos na sua esfera jurídica decorrentes da aplicação das normas ou, simplesmente, da inércia dos órgãos comunitários. Os Tratados prevêm a acção de indemnização como meio jurisdicional de efectivação da responsabilidade extracontratual das Comunidades. Raros são os domínios da actividade económica e social imunes à orientação definida através do Direito Comunitário. Os agentes económicos do Mercado Interno, sobretudo as empresas, não podem ignorar um mecanismo contencioso que lhes permita demandar as Comunidades com base nos prejuízos causados pelos actos dos seus órgãos ou pelos comportamentos dos seus agentes.

O objectivo que presidiu à elaboração deste estudo foi o de proceder a uma caracterização sumária e fundamentalmente pragmática da acção de indemnização que permita perceber os contornos desta via processual delineados pelas disposições dos Tratados, pelos regulamentos processuais e ainda pela jurisprudência do TJ.

Por fim, note-se que circunscrevemos esta análise à responsabilidade extracontratual da Comunidade Económica Europeia (CEE), cujos pressupostos processuais e materiais são idênticos no quadro Eurátomo (CEEA) e não diferem muito no âmbito da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA).

1. A acção de indemnização — caracterização sumária

1. A acção com fundamento em responsabilidade extracontratual das Comunidades está prevista no artigo 40.º do Tratado

CECA, nos artigos 151.º e 188.º do Tratado CEEA e nos artigos 178.º e 215.º do Tratado CEE. No que respeita à responsabilidade extracontratual da Comunidade Económica Europeia (1), o artigo 178.º reconhece ao TJ competência para «conhecer dos litígios relativos à reparação dos danos referidos no segundo parágrafo do artigo 215.º». E esta disposição estipula o seguinte:

«Em matéria de responsabilidade extracontratual, a Comunidade deve indemnizar, em conformidade com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-membros, os danos causados pelas Instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções».

2. A atribuição de amplos poderes no domínio económico e social à CEE, prevista, desde logo, no tratado institutivo, exigiu, sob pena de uma perigosa diminuição da protecção jurídica dos direitos e interesses dos particulares, a criação de meios contentiosos de tutela jurisdicional. Um sistema baseado no objectivo da reposição da legalidade por violação imputável à autoridade comunitária ficaria incompleto na ausência de um meio processual adequado à concretização da responsabilidade extracontratual da CEE.

3. O artigo 215.º, parágrafo 2 institui um regime jurídico por via da remissão para «os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-membros».

Em vez de optar por um dos vários modelos nacionais de responsabilidade por facto de autoridade pública, no Tratado preferiu-se a síntese desses diferentes direitos nacionais. Esta solução apresenta duas consequências fundamentais:

- o Juiz comunitário é obrigado a conhecer e a interpretar o direito nacional dos vários Estados-membros para os poder comparar, e extrair desse juízo comparativo os prin-

(1) Nos termos do artigo G do Tratado da União Europeia a designação é alterada para Comunidade Europeia.

- cípios comuns que constituirão o suporte normativo do regime jurídico-processual da acção de indemnização;
- a assinalável diversidade dos princípios gerais dos direitos dos Estados-membros, *maxime* no domínio da responsabilidade por facto de autoridade pública, aliada à especificidade da ordem jurídica comunitária, permitem ao Juiz comunitário uma ampla margem de actuação pretoriana que tem sido efectivamente exercida para construir um *sistema autónomo* de responsabilidade extracontratual da CEE (2). Para o TJ a qualificação de princípio comum não depende do seu acolhimento nos direitos de todos os Estados-membros, mas da sua adequação aos fins e características próprias do ordenamento comunitário, designadamente a finalidade e o âmbito da acção de indemnização. Não admira pois que o princípio da proporcionalidade e o princípio da confiança legítima, consagrados expressamente no direito alemão, constituam uma referência fundamental na conformação material do direito à indemnização na esfera jurídica dos particulares (v. infra).

4. A CEE caracteriza-se por uma actividade predominantemente normativa e de gestão indirecta. Salvo no domínio da concorrência (artigos 85.º e 86.º do T.CEE) e da política de transportes (artigos 74.º e segs.), são as Administrações nacionais que se encarregam da aplicação do Tratado e dos actos comunitários normativos adoptados pelo Conselho ou pela Comissão.

Desta característica fundamental da actuação própria da Comunidade resulta que a responsabilidade extracontratual é essencialmente uma responsabilidade por acto normativo e, sobretudo, verifica-se a necessidade de determinar a imputação subjectiva da responsabilidade (CEE ou Estado-membro?), a eventual existên-

(2) Na expressão de L.J. CONSTANTINESCO, o regime da responsabilidade extracontratual teve de ser elaborado pelo Tribunal de Justiça «a partir de uma omissão voluntária dos redactores, uma espécie de lacuna oficial do tratado», in *Les problèmes résultant de la responsabilité extracontractuelle concomitante de la Communauté et d'un Etat membre*. Bruxelas, 1980, pág. 16.

cia de concurso de responsabilidades e a definição da jurisdição competente (TJ ou tribunais nacionais?).

5. Dada a extrema dificuldade em determinar o significado e o conteúdo dos «*princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-membros*»⁽³⁾, o TJ goza de uma quase ilimitada liberdade de apreciação das acções instauradas ao abrigo do artigo 215.º do T.CEE. Ao longo da sua jurisprudência, com especial relevo para os acórdãos relativos à responsabilidade por acto normativo (ou por omissão de acto normativo) nota-se a constante preocupação de limitar o direito à indemnização, mesmo excluindo-o, de modo a garantir a autonomia de decisão dos órgãos comunitários no domínio das opções de política económica⁽⁴⁾.

Mas esta «instrumentalização» da acção de indemnização, assim condicionada por imperativos alheios ao objectivo fundamental da reposição da legalidade comunitária, lança uma enorme incerteza sobre qualquer pretensão dos particulares, ou mesmo dos Estados-membros, atinente ao ressarcimento de prejuízos causados por acto ou omissão da Comunidade. Mesmo uma análise aturada e exaustiva dos precedentes jurisprudenciais não pode fundar um juízo de prognose seguro sobre a viabilidade da acção de indemnização num determinado caso concreto, porquanto o Juiz comunitário não está impedido de alterar o sentido da sua jurisprudência anterior, sobretudo à luz dos novos imperativos da construção comunitária que emergem da actual etapa da integração económica que é o mercado único europeu.

Assim, a decisão de demandar a Comunidade no quadro da acção de indemnização deve levar em linha de conta o factor de irremediável imponderabilidade que reserva qualquer decisão

(3) Há mesmo quem os designe como «*les introuvables principes généraux communs aux droits des Etats membres*» — v. Francette FINES, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté Économique Européenne*, Paris, LGDJ, 1990, pág. 11.

(4) Para J. Hermann RODEVILLE, o TJ demonstra uma vontade de «proteger a construção da Europa e de melhor permitir aos órgãos comunitários a resolução das dificuldades da Europa e gestação, num período em mutação», in «Um exemple de contentieux économique: le recours en indemnité devant la CJCE», in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1988, pág. 6.

jurisprudencial neste domínio particular do contencioso comunitário (5).

2. A autonomia da acção de indemnização

6. Perante os prejuízos causados por um acto ou por uma omissão dos órgãos comunitários suscita-se o problema das relações entre o contencioso da legalidade e o contencioso da responsabilidade. O artigo 215.º do T.CEE não fornece um critério expresso de enquadramento do problema da autonomia da acção de indemnização face aos outros meios contenciosos. É a jurisprudência do TJ que aponta a solução.

(5) A bibliografia sobre a responsabilidade extracontratual da Comunidade é abundante, pelo que aqui se indicam apenas alguns dos trabalhos mais importantes: Francette FINES, *Étude*, ob. cit. (o estudo mais recente e exaustivo sobre esta matéria); J. Mota de CAMPOS, *Direito Comunitário*, 2.ª ed., Lisboa, vol. II, págs. 582 e segs.; J.C. Moitinho de ALMEIDA, *Direito Comunitário*, Lisboa, 1985, págs. 231 e segs.; do mesmo A., «A responsabilidade civil extracontratual das Comunidades Económicas Europeias», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia*, Coimbra, 1986, págs. 853 e segs.; M.C. BERGÈRES, *Contentieux Communautaire*, Paris, PUF, 1989, págs. 255 e segs.; J. MEGRET (e outros), *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*, Ed. ULB, 1983, vol. 10, Tomo I; A. BARAV, commentaire à l'article 215 al. 2, in Vlad Constantinesco (dir.), *Traité instituant la CEE*, Paris, Economica, 1992; G. VANDERSANDEN/A. BARAV, *Contentieux Communautaire*, Bruxelas, Bruylant, 1977, págs. 316 e segs.; H.G. SCHERMERS/D. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Communities*, 4.ª ed., Kluwer, 1987, págs. 295 e segs.; H.G. SCHERMERS e outros (eds.), *Non-contractual liability of the European Communities*, TMC Asser Institut, 1988; Th. DÉPAUD, *L'action en responsabilité extracontractuelle devant la Cour de Justice des Communautés Européennes*, thèse, Lyon, 1984; R. Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés Européennes, le contentieux*, Liège, 1981, págs. 243 e segs.; E. García de ENTERRIA, «Las competencias y el funcionamiento del TJ de las Comunidades Europeas», in *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, Civitas, 1986, Tomo I, págs. 689 e segs.; G. LYSÉN, *The non-contractual liability of the European Communities*, Uppsala, 1976; J. HERMANN-RODEVILLE, *Un exemple*, ob. cit., págs. 5 e segs.; F. SCHOCKWEILER, «Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté Européenne», in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1990, n.º 1, págs. 27 e segs.; E. WERNER-FUSS, «La responsabilité des Communautés Européennes pour le comportement illégal de leurs organes», in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1981, n.º 1, págs. 11 e segs.

Numa primeira fase, o TJ rejeitou a tese da autonomia da acção de indemnização. No acórdão de 15 de Julho de 1963, caso *Plaumann* (Proc. 25/62, Col. 1963, pág. 197), entendeu que a acção instaurada pela empresa não era admissível, porque se pretendia obter um resultado que poderia ter sido alcançado por via da interposição do recurso de anulação.

Note-se que o problema apresenta inegável relevância prática na perspectiva das condições de admissibilidade da acção: ao ligar a acção de indemnização à prévia instauração de um recurso de anulação ou de um recurso por omissão, o Juiz comunitário transpôs para o contencioso da responsabilidade as exigências restritivas dos artigos 173.º e 175.º do T.CEE no que respeita à legitimidade processual dos particulares, de tal modo que se não era possível a estes pedir a anulação de um acto comunitário, também não podiam requerer o ressarcimento dos prejuízos causados por esse acto.

7. O TJ ultrapassou, contudo, esta jurisprudência de sentido restritivo e perfilha desde 1971 a tese da autonomia da acção de indemnização, apenas com a excepção do recurso paralelo:

- em relação ao recurso de anulação (acórdão de 2 de Dezembro de 1971, Proc. 5/71, caso *Zuckerfabrik*, Col. 1971, pág. 975);
- em relação ao recurso por omissão (acórdão de 28 de Abril de 1971, Proc. 4/69, caso *Luttike III*, Col. 1971, pág. 362).

Esta autonomia não pode, contudo, conduzir a uma utilização abusiva da acção de indemnização como meio de superar exigências atinentes ao contencioso da legalidade, designadamente os prazos; ou seja, se com a instauração da acção de indemnização o requerente só puder atingir um resultado que lhe seria facultado, por exemplo, pelo recurso de anulação, o TJ invoca a excepção do recurso paralelo e declara inadmissível a acção de indemnização.

8. Para uma eficaz tutela jurisdicional dos direitos e interesses dos particulares, a tese da autonomia da acção de indemniza-

ção constitui um valioso instrumento. Com efeito, mesmo que o particular não tenha legitimidade para requerer a anulação do acto, porque este não o tem como destinatário, nem lhe diz directa e individualmente respeito (v. artigo 173.º, parágrafo 2 do T.CEE) (6), tal circunstância não impede o particular de agir ao abrigo dos artigos 178.º e 215.º do T.CEE e instaurar uma acção de indemnização contra a Comunidade, cujo comportamento normativo ou administrativo provocou uma lesão dos seus interesses patrimoniais.

3. A construção jurisprudencial da natureza subsidiária da acção de indemnização — âmbito e consequências

9. A afirmação da autonomia da acção de indemnização por parte do TJ facilita, na verdade, a admissibilidade da acção interposta pelos particulares. Mas a posição do TJ a propósito da relação entre a acção de indemnização e os meios internos ou nacionais de acção fecha, quase por completo, esta porta de acesso dos particulares à jurisdição comunitária.

10. Como já afirmámos, o sistema comunitário baseia-se no princípio da *administração indirecta*: a instituição comunitária adopta o acto normativo ou, simplesmente, tipificador das medidas preconizadas; e as autoridades nacionais dar-lhe-ão execução, através de actos internos, normativos ou de conteúdo individual e concreto.

Esta complementariedade entre a actuação comunitária e a actuação nacional coloca diversas questões:

— qual o tribunal competente para apreciar o pedido de indemnização por prejuízos causados pela aplicação do acto comunitário? O TJ ou os tribunais nacionais?

(6) Ou para recorrer ao TJ e acusar uma das instituições comunitárias de lhe não ter dirigido um acto, do qual seria destinatário ou, pelo menos, que lhe diria directa e individualmente respeito (artigo 175.º do T.CEE).

— perante uma situação de cumulação ou concurso de responsabilidade entre a instituição comunitária e as autoridades nacionais, qual o critério determinante da imputação subjectiva da respectiva medida de responsabilidade?

O problema assim equacionado possibilitava ao TJ duas soluções possíveis:

- a) aceitação automática da sua jurisdição desde que a acção tivesse uma relação com o Direito Comunitário;
- b) aceitação selectiva da sua jurisdição, apenas para a medida de responsabilidade directamente imputável às instituições comunitárias.

A análise da jurisprudência prova que o TJ optou pela segunda alternativa, ancorado no princípio da subsidiariedade da acção de indemnização por responsabilidade extracontratual da CEE.

11. A referida natureza subsidiária da acção de indemnização faz do TJ neste domínio uma jurisdição de *competência residual*. Assim, o TJ só se considera competente quando a acção de responsabilidade movida contra a Comunidade constitua a *única protecção jurisdicional dos interesses dos sujeitos lesados* ⁽⁷⁾. O TJ limita a sua apreciação aos casos em que manifestamente os tribunais nacionais não teriam fundamento para reconhecer o direito à indemnização. Caso contrário, o requerente deve esgotar as vias internas de acção e só depois, se subsistirem prejuízos que não foram ressarcidos por efeito da sentença nacional, poderá recorrer ao TJ ⁽⁸⁾. A exigência do esgotamento das vias contencio-

⁽⁷⁾ V. Conclusões do Advogado-Geral F. CAPOTORTI no caso *Granaria*, de 28.3.1979 (Proc. 101/78, Col. 1979, pág. 1081).

⁽⁸⁾ A Decisão do Conselho de 24 de Outubro de 1988 (Decisão 88/591/CECA, CEE, CEEA) que criou o Tribunal de Primeira Instância só reconhece a este tribunal comunitário competência para conhecer e julgar a acção de reparação de danos naqueles casos em que seja um particular a instaurar a acção e esta tenha por objecto danos causados por uma instituição comunitária por acção ou omissão cuja ilegalidade levou à instauração de um recurso de anulação ou de um recurso por omissão, e apenas no âmbito da aplicação das regras da concorrência às empresas.

sas de direito interno cede, contudo, naquelas situações em que não «asseguem de um modo eficaz a protecção dos particulares interessados e (não) sejam susceptíveis de conduzir à reparação do dano alegado» (acórdão de 26 de Fevereiro de 1986, caso *Khron*, Proc. 175/84, Col. 1986, pág. 753).

Note-se que este entendimento do TJ não contradiz a sua *competência exclusiva* para apreciar a responsabilidade extracontratual da CEE, à luz dos artigos 178.º e 215.º do T.CEE. Ou seja, o TJ é competente, e só ele, para julgar as acções cuja causa de pedir seja constituída por um comportamento exclusivamente imputável às autoridades comunitárias. Se os prejuízos alegados pela parte tiverem sido provocados por uma actuação comunitária e nacional, está reunido o pressuposto fundamental de aplicação do princípio da subsidiariedade à acção de indemnização: a cumulação de responsabilidades entre a comunidade e as autoridades nacionais.

12. Ao contrário do que se verifica noutros meios do contencioso comunitário⁽⁹⁾, na acção de indemnização o TJ delimita de um modo particularmente estrito a competência atribuída pelo artigo 178.º do T.CEE.

Esta interpretação do princípio da repartição de competências entre órgãos jurisdicionais tem subjacente a ideia de que a responsabilidade do Estado-membro é *principal* por confronto com a responsabilidade comunitária que é *subsidiária*; ideia esta que não encontra qualquer base legal expressa no artigo 215.º do T.CEE, nem nos princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-membros. *Mais*: o Juiz comunitário nem sequer procurou fundamentação expressa para este princípio nos acórdãos que o aplicaram⁽¹⁰⁾. Mal se compreende que o TJ tenha aportado a uma solução que no

(9) Como exemplo veja-se a jurisprudência relativa à legitimidade activa e passiva do Parlamento Europeu em sede de recurso de anulação — v. Maria Luísa DUARTE, «O Estatuto do Parlamento Europeu no Contencioso Comunitário», in revista *O Direito*, ano 123.º, 1991, n.º 1, pág. 115.

(10) Neste sentido, Mark L. JONES, «The non-contractual liability of the EEC and the availability of the alternative remedy in the national courts», in *Legal Issues of European Integration*, 1981, n.º 1, pág. 33.

domínio da competência de certos tribunais internacionais, como é o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, radica no princípio da soberania dos Estados e funciona como escudo de protecção dos Estados relativamente à jurisdição internacional.

Mesmo sem revelar a motivação da sua controversa jurisprudência, não custa perceber as verdadeiras razões que movem o TJ. A sua preocupação fundamental é a garantia dos interesses comunitários e, de modo mais comezinho, a protecção das finanças comunitárias ⁽¹¹⁾. O objectivo é impedir as transferências de responsabilidade e, conseqüentemente, evitar que a Comunidade seja obrigada a pagar o que deve (ou pura e simplesmente pode) ser pago pelas autoridades nacionais ⁽¹²⁾.

O pragmatismo deste objectivo contraria frontalmente as legítimas expectativas dos particulares lesados que, confrontados com o princípio da *responsabilidade parcial*, são «recambiados» para os tribunais nacionais ⁽¹³⁾. O TJ defende com uma tripla barreira o erário comunitário:

- só considera admissível a acção de indemnização por responsabilidade exclusiva da Comunidade ⁽¹⁴⁾; no caso de cumulação de responsabilidades, é necessário recorrer em primeiro lugar às jurisdições nacionais;
- exclui a figura da responsabilidade solidária, de tal modo que o orçamento comunitário só responde pela parte dos prejuízos directamente imputáveis a um comportamento

⁽¹¹⁾ Cfr. Guy ISAAC, *Droit communautaire général*, 2.^a ed., Masson, Paris, 1989, pág. 267.

⁽¹²⁾ Veja-se o que afirma o Advogado-Geral F. CAPOTORTI, um membro do próprio TJ, a propósito: «a jurisprudência do Tribunal fez surgir igualmente a necessidade de evitar que as instituições comunitárias sejam obrigadas no quadro de uma acção de indemnização instaurada perante o Tribunal a uma prestação que incumbiria *eventualmente* às autoridades nacionais em execução das normas comunitárias (in Proc. 90/78, Col. 1979, pág. 1199 — o itálico é nosso).

⁽¹³⁾ E com isto o TJ afastou a teoria da responsabilidade *in solidum* que se impõe como princípio geral comum aos direitos dos Estados-membros — cfr. Francette FINES, *Étude*, ob. cit., págs. 157-159.

⁽¹⁴⁾ Para alguns exemplos de responsabilidade comunitária exclusiva e concorrente, v. J. Mota de CAMPOS, *Direito*, ob. cit., págs. 594-600; J.C. Moitinho de ALMEIDA, *Direito*, ob. cit., págs. 258-264.

das instituições comunitárias; assim, no caso de responsabilidade conjunta os lesados são obrigados a demandar primeiro as autoridades nacionais e, depois, a Comunidade; — só de uma forma muito restritiva, o TJ admite a responsabilidade extracontratual da Comunidade, tornando-se verdadeiramente excepcional o reconhecimento de um direito à indemnização na esfera jurídica dos particulares.

13. A afirmação jurisprudencial do princípio da subsidiariedade e da responsabilidade parcial da CEE resulta de um número significativo de acórdãos, onde se destacam as sentenças de 24 de Outubro de 1973, no caso *Merkur* (Proc. 43/72, Col. 1973, pág. 1055) e de 17 de Março de 1976, no caso *Lesieur Cotelle* (Proc. 67 a 87/75, Col. 1976, pág. 391). Mas esta jurisprudência encerra igualmente a seguinte ideia que é fundamental para a tutela dos interesses dos particulares: uma vez que a acção de indemnização integra um sistema geral de tutela jurisdicional, a existência de uma responsabilidade concorrente não pode justificar uma recusa do TJ em apreciar a acção instaurada no caso do recurso aos meios processuais facultados pelo direito nacional ser *impossível* ou *inoperante*.

14. Uma das situações em que o TJ considera que o meio processual nacional seria inoperante é, precisamente, aquela que corresponde à existência de prejuízos causados pela insuficiência ou omissão de um acto comunitário que legitimaria determinada actuação nacional. Isto é, o TJ admite que na ausência de disposição comunitária adequada, um Estado-membro não deve ser responsabilizado por não ter autorizado os organismos nacionais a pagar certa quantia aos operadores económicos ⁽¹⁵⁾.

15. Mas pode acontecer que o direito interno não preveja, ou pelo menos não regule, o meio processual adequado à apreciação do pedido de indemnização ⁽¹⁶⁾. Neste caso, tal como no anterior, o TJ ao considerar admissível a acção de indemnização e ao

⁽¹⁵⁾ Cfr. J.C. Moitinho de ALMEIDA, *Direito*, ob. cit., págs. 262-264.

⁽¹⁶⁾ V. Acórdão de 25.5.1978, caso *H.N.L.*, Proc. 83 e 94/76, Col. 1978, pág. 1209; acórdão de 6.12.1984, caso *Biovilac*, Proc. 59/83, Col. 1984, pág. 4057.

reconhecer, portanto, a sua competência não excepciona minimamente o princípio da responsabilidade parcial. Não se vai impor à Comunidade que assuma a obrigação do ressarcimento total dos prejuízos causados como responsável solidário. A inoperância ou ausência de meio processual interno apenas legitima uma excepção à exigência do esgotamento da vias internas de recurso. Assim, se o particular provar que a prévia actuação junto dos tribunais nacionais é inútil ou impossível, o TJ, sob pena de denegação de justiça, não lhe vai exigir que primeiro demande as autoridades judiciais nacionais.

16. Por outro lado, e como resulta de acórdão de 22 de Setembro de 1988, (Procs. 106 a 120/87, Col. 1988, pág. 5545) uma decisão do TJ sobre a inadmissibilidade de uma acção de indemnização não prejudica, nem pode afectar o direito do particular recorrer posteriormente aos tribunais nacionais.

17. Do que já foi dito, resulta que a estratégia processual da entidade particular afectada por prejuízos derivados de eventual responsabilidade extracontratual da CEE, depende necessariamente da resposta às seguintes questões:

- a) Trata-se de responsabilidade exclusiva da Comunidade ou os prejuízos podem também ser imputáveis às autoridades nacionais?
- b) No caso de responsabilidade conjunta, o direito interno prevê ou não os meios processuais adequados à apreciação jurisdicional de uma acção de indemnização, cuja causa de pedir seja o comportamento das autoridades nacionais?

18. Importa aqui averiguar, de forma sumária, se o direito processual português faculta aos particulares as vias de acção mais adequadas a esta finalidade.

O artigo 22.º da Constituição Portuguesa de 1976 consagra o princípio, aliás generosamente enunciado, da responsabilidade das entidades públicas: o Estado e qualquer entidade pública são responsáveis pelos prejuízos causados a outrém, por acção ou omissão e no exercício das suas funções. Esta disposição acolhe assim

a responsabilidade por facto de lei ⁽¹⁷⁾, e igualmente a responsabilidade da Administração. No que concerne à responsabilidade do decisor legislativo, esta disposição constitucional ainda não foi regulamentada e falta de legislação processual dificulta aos particulares o exercício pleno do direito à indemnização. O Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967 apenas prevê a competência dos tribunais administrativos portugueses para as acções de indemnização instauradas contra o Estado e demais pessoas colectivas no domínio dos actos de gestão pública (artigo 1.º). Por outro lado, o artigo 4.º, alíneas *a*) e *b*) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (D.L. n.º 129/84, de 27 de Abril) exclui do âmbito da jurisdição administrativa os actos praticados no exercício da função política, as normas legislativas e responsabilidade pelos danos decorrentes do exercício da função política e legislativa.

Assim, no caso do particular alegar prejuízos causados pela aplicação (ou não aplicação) de normas comunitárias por parte das autoridades portuguesas é necessário determinar a natureza desta responsabilidade: por actos de gestão pública (Decreto-Lei n.º 48 051, de 1967) ⁽¹⁸⁾ ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Cfr. J.J. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Vol. I, pág. 185; Rui MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, Coimbra, Almedina, 1992, passim.

⁽¹⁸⁾ O artigo 51.º, n.º 1, alínea *h*) reconhece aos tribunais administrativos a competência para três tipos de acções relacionadas com a responsabilidade extracontratual da Administração, pondo fim a uma certa flutuação jurisprudencial por parte do Tribunal dos Conflitos: 1) acções intentadas contra a administração por actos de gestão pública; 2) acções intentadas contra os órgãos e agentes da Administração, a título pessoal; 3) acções de regresso da pessoa colectiva contra os titulares dos seus órgãos ou agentes — cfr. Diogo Freitas do AMARAL, *Direito Administrativo*, Lisboa, 1988, vol. IV, págs. 285-286.

⁽¹⁹⁾ Esta lacuna ao nível do direito processual português configura não só uma *inconstitucionalidade por omissão* (artigo 283.º CRP), mas também uma potencial situação de incumprimento imputável ao Estado Português à luz da jurisprudência *Francovich* (acórdão de 19 de Novembro de 1991, Proc. C-6/90 e 9/90, ainda não publicado), apoiada no artigo 5.º do T.CEE e no princípio da efectividade das normas comunitárias — cfr. Maria Luísa DUARTE, «A harmonização das legislações nacionais no domínio da fiscalidade sobre as sociedades e a recente jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre as directivas e a responsabilidade dos Estados-membros», in *O Fisco*, 1992, n.º 43/44, págs. 21 e segs.

4. Os pressupostos processuais da acção de indemnização por responsabilidade extracontratual da CEE.

4.1. *As partes*

4.1.1. *A parte demandante*

19. O artigo 38.º parágrafo 1.º do Regulamento de Processo do TJ, de 19 de Junho de 1991 ⁽²⁰⁾ determina que a petição inicial deve conter: nome e domicílio do requerente; a designação da parte demandada; o objecto do litígio, e a exposição sumária dos fundamentos do pedido; o pedido; e as provas, se for caso disso. Estes requisitos valem igualmente para a acção de indemnização.

No que respeita à legitimidade processual activa, bem como a forma de apresentar o pedido, o TJ não se revela rigoroso ou excessivamente exigente, de tal modo que a decisão de inadmissibilidade raramente recai sobre estas condições processuais gerais. Como resulta do acórdão de 27 de Julho de 1985, caso *CMC* (Proc. 118/83, Col. 1985, pág. 2325), o TJ entende que «qualquer pessoa que se pretende lesada por tais actos ou comportamentos deve, desde logo, ter a possibilidade de instaurar uma acção com o fim de estabelecer os elementos de uma responsabilidade».

Qualquer pessoa física ou colectiva que alegue um prejuízo pode recorrer ao mecanismo contencioso do artigo 178.º do T.CEE. No caso das pessoas colectivas, o TJ reserva-se, contudo, o direito de verificar o seu interesse para agir, procedendo designadamente à apreciação dos seus estatutos. O TJ não exclui a possibilidade do(s) lesado(s) ceder a um terceiro o seu direito à acção perante a jurisdição comunitária ⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Publicado no JOCE L 176, de 4 de Julho de 1991, págs. 9 e segs.

⁽²¹⁾ V. acórdão de 10.12.1975, Procs. 95 a 98/74, Col. 1975, pág. 1615; acórdão de 1.3.1983, caso *Deka*, Proc. 250/78, Col. 1983, pág. 421.

4.1.2. *A parte demandada*

20. O artigo 215.º do T.CEE determina que a responsabilidade extracontratual é da Comunidade Económica Europeia e é o orçamento comunitário que cobre os prejuízos apurados. Não raras vezes se confunde legitimidade passiva com representação: a acção é instaurada contra a Comunidade com base em actos ou factos imputados a qualquer das suas instituições ou agentes, porque só a Comunidade tem personalidade jurídica. Mas a representação da Comunidade no processo pertence à instituição responsável pelos prejuízos ou da qual depende o agente causador dos danos.

Recusada à Comissão a sua pretensão de, com base no artigo 211.º do T.CEE, representar a Comunidade perante o TJ em todos os processos em que a CEE fosse parte, o requerente deve analisar a situação para determinar qual a instituição comunitária que deve designar na petição. Nos termos do artigo 4.º, n.º 1 do T.CEE são instituições comunitárias: o Parlamento Europeu, o Conselho a Comissão e o Tribunal de Justiça.

21. Dada a estrutura do processo comunitário de decisão e a forma de repartição das competências comunitárias entre o Conselho e a Comissão, pode acontecer que a responsabilidade seja imputável a estas duas instituições comunitárias. Assim, o TJ admitiu no caso «*Wilhelm Werhahn*», acórdão de 13 de Novembro de 1973 (Procs. 63 a 69/72, Col. 1973, pág. 1229) que um prejuízo causado por um regulamento aprovado pelo Conselho sob proposta da Comissão seria igualmente imputável ao órgão proponente.

4.2. *O pedido*

22. Também em relação à exposição e fundamentação da pretensão feita na petição inicial o TJ se tem mostrado pouco exigente. Por outro lado, admite-se a interposição de uma acção de natureza declarativa, de *constatação da responsabilidade*. Para o TJ, o artigo 215.º não impede que se «instaura a acção para pedir

a constatação da responsabilidade da Comunidade por prejuízos iminentes e previsíveis com uma certeza suficiente» (22).

Naqueles casos em que o dano ainda não se verificou, mas é relativamente certo que se produzirá, a acção de constatação de responsabilidade é mais adequada do que uma acção de reparação de danos, dado que é difícil calcular *prejuízos futuros* — dificuldade acrescida quando o factor gerador do dano é uma omissão.

Mesmo que os prejuízos já tenham ocorrido e a parte demandante não se limite a pedir a constatação na sua esfera jurídica do direito ao ressarcimento, o TJ mostra uma clara preferência pela quantificação da indemnização por via de acordo extrajudicial entre o particular e a instituição comunitária em causa (23) — o Juiz comunitário fixa às partes um prazo para a obtenção do acordo ou, na ausência deste, para a apresentação das suas propostas.

4.3. O prazo

23. As acções contra a Comunidade em matéria de responsabilidade extracontratual prescrevem no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do facto que tenha dado origem ao prejuízo (artigo 43.º do Estatuto CEE do TJ) (24). O Tribunal interpretou esta disposição no caso *Birra Wuhrer*, de 27 de Janeiro de 1982 (Proc. 256/80, Col. 1982, pág. 85), de modo a que o prazo de cinco anos se conte a partir da data da efectivação do prejuízo, isto é, da data de emergência do direito à indemnização. E note-se que a contagem do prazo de prescrição interrompe com a interposição da acção ou a apresentação de um pedido de reparação de danos feito pela parte lesada à instituição comunitária responsável (v. artigo 43.º do Estatuto CEE do TJ).

(22) V. caso *Kampfmeier*, de 2.6.1976, Procs. 56 a 70/74, Col. 1976, pág. 711.

(23) Cfr. acórdão de 19 de Maio de 1992, caso *SLOM*, Procs. C-104/89 e C-37/90, ainda não publicado.

(24) V. *Diário da República*, I série, de 18 de Setembro de 1985, págs. 3032 (457) e segs.

5. Os pressupostos relativos à fundamentação material da acção de responsabilidade — visão geral sobre os elementos constitutivos do direito à indemnização

5.1. *A especificidade da responsabilidade por actividade normativa no quadro da política económica*

24. O recorte das condições substanciais da responsabilidade extracontratual da Comunidade depende da natureza da acção ou da omissão que causou o dano. Foi no acórdão de 2 de Dezembro de 1971, caso *Aktien-Zuckerfabrik* (Proc. 5/71, Col. 1971, pág. 975) que o TJ, pela primeira vez, enunciou a seguinte exigência: «tratando-se de um acto normativo que implique escolhas de política económica, a responsabilidade da Comunidade pelo dano que os particulares teriam sofrido por efeito desse acto só será reclamável, tendo em conta as disposições do artigo 215.º, n.º 2 do Tratado, na presença de *uma violação suficientemente caracterizada de uma regra superior que protege os particulares*» (o sublinhado é nosso). Em jurisprudência subsequente, o TJ foi clarificando o sentido que atribuía a cada uma dessas exigências que, no seu conjunto, formam uma construção extremamente restritiva do direito à indemnização quando se trata de actuação normativa da Comunidade que envolva escolhas de política económica ⁽²⁵⁾.

A noção de *acto normativo* abrange os regulamentos, bem como todos os actos que, sob outra forma ou designação, sejam gerais e abstractos. Por outro lado, o TJ admite a noção mais ampla de *actividade normativa*, a qual se aplica também às situações de omissão das instituições comunitárias que deveriam ter adoptado determinado acto normativo e o não fizeram ⁽²⁶⁾.

A concepção do TJ de «política económica», a qual se depreende de vários acórdãos, não se confina aos limites da noção estrita de política económica. Esta expressão abarca qualquer

⁽²⁵⁾ Cfr. Francette FINES, *Étude*, ob. cit., págs. 312 e segs.

⁽²⁶⁾ Neste sentido, acórdão de 2.6.1976, caso *Kampfmeier*, Procs. 56 a 60/74, Col. 1976, pág. 711.

actuação comunitária que esteja relacionada com a integração económica e com a noção de Mercado Comum, mesmo que a sua incidência directa e específica releve, por exemplo, do domínio social. A noção ampla de escolhas de política económica perfilhada pelo TJ é determinante no regime geral da responsabilidade, pois a maior parte das situações que são levadas ao conhecimento do Juíz comunitário reconduzem-se a este paradigma de responsabilização da Comunidade baseado numa visão claramente restritiva das condições geradoras do direito à indemnização.

25. Ainda que a alegada responsabilidade comunitária não releve do exercício (ou omissão) do poder normativo que implique escolhas de política económica, o TJ não deixa de reconhecer às autoridades comunitárias «largos poderes de apreciação e acção» (27). O exercício da competência discricionária por parte das instituições comunitárias tem sido objecto de um *controlo jurisdicional mínimo* que, preservando a sua margem de livre actuação, deixa, contudo, os particulares numa situação de acentuado défice de protecção dos seus interesses patrimoniais.

Tendo em conta esta orientação jurisprudencial do TJ, vamos agora analisar as várias exigências substanciais do direito à indemnização por referência à bitola mais exigente e restritiva que se consubstancia na condição de uma «*violação suficientemente caracterizada de uma regra superior de direito que protege os particulares*».

5.2. *O facto gerador da responsabilidade — a ilegalidade e a culpa*

26. O facto gerador da responsabilidade é constituído por um elemento material — o *comportamento* da instituição comunitária, acção ou omissão —, e por um elemento jurídico — a *ilega-*

(27) V. acórdão de 11.3.1987, caso *Walter Ran*, Procs. 279 e 280/84, Col. 1987, pág. 1069.

lidade (28). Da noção de ilegalidade do comportamento como elemento constitutivo do direito à indemnização estão excluídos os prejuízos resultantes dos próprios tratados. O TJ visa excluir qualquer compensação fundada directamente nas eventuais consequências negativas da criação do mercado Comum (29).

27. Na responsabilidade por acto normativo, a ilegalidade do comportamento é elemento necessário e gerador de responsabilidade no caso de revestir determinadas características que, no seu conjunto, relevam da já referida concepção restritiva do TJ sobre o desvalor do comportamento e a sua projecção na esfera jurídica dos particulares.

No que respeita à responsabilidade extracontratual da Comunidade por acto lícito, a sua admissibilidade nunca foi expressamente reconhecida pelo TJ. Existem, contudo, acórdãos (30) que, segundo alguns Autores, permitirão afirmar que o TJ não a exclui em caso de prejuízo especial e anormal, com ruptura do princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos (31). Discordamos, todavia, desta apreciação, pois o que está em causa não é a ilicitude do comportamento, mas antes a ausência de culpa por parte do órgão ou agente. Se se verifica uma violação do princípio da não discriminação ou da igualdade entre os operadores económicos, o acto comunitário é legal, na medida em que foi

(28) Ilegalidade ou ilicitude, embora a ilegalidade seja o termo mais adequado para qualificar o desvalor do comportamento da instituição comunitária no exercício do poder normativo.

(29) A realização do Mercado Interno no quadro finalístico e metodológico definido pelo Acto Único Europeu envolveu, de forma directa ou reflexa, sacrifícios patrimoniais para alguns sectores económicos e profissionais ou, mais especificamente, para certas empresas. A responsabilidade da Comunidade só pode ser validamente invocada no caso da medida adoptada envolver violação do Tratado ou de algum dos princípios gerais do Direito Comunitário. Por outro lado, do artigo 8.º C do T.CEE, introduzido pelo AUE, resulta o dever da Comissão apresentar propostas de medidas compensatórias dos efeitos negativos do estabelecimento do mercado interno e cuja omissão ou insuficiência determina a responsabilidade da Comunidade, invocável por parte do Estado-membro interessado ou pelas entidades particulares lesadas.

(30) Cfr. acórdão de 13.6.1972, Procs. 9 e 11/71, Col. 1972, págs. 391 e segs.; acórdão de 31.3.1977, Procs. 54 a 60/76, Col. 1977, págs. 645 e segs.

(31) Neste sentido, J.C. Moitinho de ALMEIDA, *Direito*, ob. cit., pág. 242.

preterido um princípio imperativo de Direito Comunitário⁽³²⁾. A jurisprudência relativa à responsabilidade por acto normativo constitui a própria negação da responsabilidade por acto lícito ao conceber a responsabilidade como uma violação de uma *regra superior de direito*. Pode não ter havido intenção de praticar o acto ilegal, mas objectivamente existe violação da legalidade que poderá valer na situação específica já assinalada.

Note-se que nem todos os direitos nacionais admitem a responsabilidade por acto ilícito não culposo⁽³³⁾, mas, como vimos, os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-membros não são interpretados pelo TJ à luz de uma exigência estrita de uniformidade. No Direito Português, o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967 estipula que o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público «respondem pelos prejuízos especiais e anormais resultantes do funcionamento de serviços administrativos excepcionalmente perigosos ou de coisas e actividades da mesma natureza».

No âmbito do T.CEE, o TJ não encontra qualquer entrave literal a esta responsabilidade objectiva, porquanto ao contrário do artigo 40.º do T.CECA que exige uma culpa dos serviços ou do agente da Comunidade, o artigo 215.º não põe essa condição e, ao remeter para os direitos nacionais, confere ao Juíz comunitário a margem de livre apreciação sobre a sua admissibilidade. É de notar que a concepção particularmente restritiva do TJ sobre os pressupostos materiais da responsabilidade da Comunidade explica a inexistência de uma decisão que expressamente reconheça o dever de indemnizar por responsabilidade objectiva ou pelo risco⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ Sobre este princípio nas suas diversas variantes, mormente como princípio da protecção dos particulares, v. Massimo V. BENEDETELLI, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità Europee*, Pádua, CEDAM, 1989, passim; Maria Luísa DUARTE, *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no Direito Comunitário*, Coimbra Editora, 1992, págs. 183 e segs.; K. LENAERTS, «L'égalité de traitement en droit communautaire», in *Cahiers de Droit Européen*, 1991, n.ºs 1-2, págs. 3 e segs.

⁽³³⁾ Cfr. Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 9.ª ed., Coimbra, Almedina, 1980, vol. II, pág. 1225. Sobre a situação nos restantes Estados-membros, v. Francette FINES, *Étude*, ob. cit., págs. 162 e segs.

⁽³⁴⁾ Cfr. Francette FINES, *Étude*, ob. cit., págs. 389 e segs.

28. A ilegalidade do comportamento normativo é condição necessária, mas insuficiente em sede de ilicitude. O TJ exige uma «*violação suficientemente caracterizada de uma regra superior de direito que proteja os particulares*».

Naqueles domínios de decisão em que as instituições comunitárias gozam de amplos poderes de apreciação e acção a violação da legalidade deve ser *grave e manifesta* (acórdão de 25.5.1978, caso *H.N.L.*, Proc. 83/76, Col. 1978, pág. 1224). A violação é manifesta sempre que haja provocado um prejuízo «importante e especial». Em jurisprudência posterior, o TJ caracterizou os termos de uma violação grave, a qual se identifica com um comportamento arbitrário⁽³⁵⁾. Não basta a ilegalidade da conduta comunitária, é necessário que esta envolva um exercício abusivo do poder discricionário, com total ausência de considerações objectivas⁽³⁶⁾. Apesar de J. Hermann RODEVILLE sustentar que a exigência da violação grave está em declínio⁽³⁷⁾, jurisprudência recente confirma a sua indispensabilidade como condição material do direito à indemnização⁽³⁸⁾. Por outro lado, as exigências da violação grave e manifesta são de preenchimento cumulativo.

29. A norma ou princípio comunitário que foi postergado deve revestir a natureza de uma *regra superior de direito* e que *proteja os particulares*⁽³⁹⁾.

A regra violada deve atribuir direitos subjectivos aos particulares, o que é ainda reforçado pela exigência de um prejuízo especial. A sua tipificação como regra superior suscita na doutrina fundadas dúvidas. Numa perspectiva formal, uma regra superior de direito é qualquer norma de valor hierárquico superior ao do acto em causa; por exemplo, um regulamento de base relativamente a um regulamento de execução. Mas da jurisprudência no

⁽³⁵⁾ V. acórdão de 5.12.1979, caso *Amylum*, Procs. 116 e 124/77, Col. 1979, págs. 3497 e segs.; acórdão de 5.12.1979, caso *Koninklijke*, Proc. 143/77, Col. 1979, págs. 3583 e segs.

⁽³⁶⁾ V. acórdão de 24.10.1973, caso *Merkur*, Proc. 43/72, Col. 1973, pág. 1055. E conclusões do Advogado-Geral G. Reischl no caso *Pool*, Col. 1980, pág. 583.

⁽³⁷⁾ Cfr. J. Hermann-RODEVILLE, *Um exemple*, ob. cit., págs. 13-27.

⁽³⁸⁾ Cfr. acórdão de 19.5.1992, supra, nota 23.

⁽³⁹⁾ O TJ invoca com esta exigência a teoria da norma de protecção, consagrada no direito alemão («*Schutznormtheorie*»).

caso *HNL* (v. supra) parece resultar um entendimento que reserva esta noção para aquelas normas ou princípios que exprimem valores importantes da ordem jurídica comunitária⁽⁴⁰⁾. A fonte destas regras materialmente superiores tanto pode ser o Tratado, como os direitos dos Estados através dos princípios comuns. A título exemplificativo, considerem-se os princípios da proporcionalidade, da segurança jurídica, da confiança legítima⁽⁴¹⁾, da não discriminação⁽⁴²⁾.

30. A exigência de uma «violação suficientemente caracterizada de uma regra superior de direito» traduz-se afinal num conjunto de condições relativas à ilicitude, ao dano e à culpa como elementos da responsabilidade. Em sede de culpa, a parte demandante tem de provar que o órgão comunitário agiu com *culpa grave*, com intenção aprovou o acto ilegal ou adoptou as medidas geradoras do prejuízo. Já fora do âmbito particular desta responsabilidade por acto normativo, a Comunidade pode ser obrigada a indemnizar prejuízos resultantes da conduta dos seus órgãos ou agentes que traduzam uma gestão meramente negligente⁽⁴³⁾.

5.3. *O nexo de causalidade*

31. Por consideração dos princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-membros, o TJ exige o nexo de causalidade como condição essencial da responsabilidade extracontratual da CEE. Os prejuízos alegados devem ser uma consequência directa e certa do comportamento imputável à instituição comunitária

⁽⁴⁰⁾ No caso *HNL* estando em causa a violação do princípio da não discriminação, o TJ considerou a propósito que «*não se pode ignorar a sua importância no sistema do tratado*».

⁽⁴¹⁾ Como aplicação recente deste princípio que levou à condenação do Conselho e da Comissão no dever de reparação, v. acórdão de 19.5.1992, caso *SLOM*, supracitado.

⁽⁴²⁾ Cfr. Francette FINES, *Étude*, ob. cit., págs. 332 e segs.

⁽⁴³⁾ Sobre a graduação da culpa no contencioso comunitário da responsabilidade, v. G. VANDERSANDEN/A. BARAV, *Contentieux*, ob. cit., págs. 334-335.

demandada. A prova relativa à existência desse nexo de causalidade incumbe à parte demandante ⁽⁴⁴⁾.

Contudo, o vínculo de causalidade pode ser afastado pela intervenção de causas que são alheias à vontade ou ao comportamento da Comunidade, designadamente a atitude da vítima ou o comportamento de um Estado-membro — o que é suficiente para levar o TJ a considerar o problema como de inexistência de responsabilidade comunitária ou concurso de responsabilidade entre a Comunidade e o(s) Estado(s) membro(s), ou entre a Comunidade e a parte demandante ⁽⁴⁵⁾. O TJ exige do operador económico um comportamento prudente e diligente que, em determinadas circunstâncias, pode mesmo exigir dele o dever de detectar os erros cometidos pelo órgão comunitário e geradores dos prejuízos alegados ⁽⁴⁶⁾.

A condição relativa ao nexo de causalidade encontra-se, pois, directamente relacionada com a questão controvertida, já acima abordada, da subsidiariedade da acção de indemnização.

5.4. O dano

32. Também a existência de um dano reparável é um pressuposto de acção de indemnização que, como tal, emerge dos princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-membros.

O dano alegado pela parte deve ser *real* e *certo*. O carácter futuro do dano não contradiz a exigência do dano certo. O TJ já admitiu o ressarcimento do dano futuro, desde que, «imminente e previsível com uma certeza bastante, mesmo quando o prejuízo não possa ainda ser calculado com precisão» ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁴⁾ Sobre a apreciação do nexo de causalidade pelo TJ, v. Francette FINES, *Étude*, ob. cit., págs. 400 e segs.

⁽⁴⁵⁾ V. acórdão de 7.11.1985, caso *Adams*, Proc. 145/83, Col. 1985, págs. 3539 e segs.

⁽⁴⁶⁾ V. acórdão de 14.7.1967, caso *Kampfmeier*, supracitado.

⁽⁴⁷⁾ V. acórdão de 2.7.1976, caso *Kampfmeier*, supracitado. Trata-se, por sinal, de um princípio reconhecido em todos os Estados-membros — veja-se, no caso português, artigo 564.º, n.º 2 do Código Civil. Neste sentido, v. J.C. Moitinho de ALMEIDA, *Direito*, ob. cit., pág. 250.

O ónus da prova relativo ao dano incumbe à vítima. E se é certo que o TJ considera passível de reparação os danos emergentes e os lucros cessantes, torna-se muito difícil provar que o comportamento do órgão ou agente comunitário impediram a vítima de desenvolver uma (hipotética) actividade lucrativa ⁽⁴⁸⁾.

Como factor limitativo ou mesmo excluyente da responsabilidade da Comunidade pelos danos causados, assinala-se que o TJ se mostra mais exigente no caso da actividade afectada apresentar carácter especulativo ⁽⁴⁹⁾ ou ainda no caso do particular lesado ter eliminado (ou poder eliminar) o prejuízo através da repercussão nos preços de venda ⁽⁵⁰⁾.

6. A responsabilidade extracontratual da Comunidade por actos dos seus agentes

33. Uma referência breve à responsabilidade da Comunidade por actos dos seus agentes no exercício das suas funções que, a nosso ver, se justifica, porque confirma claramente a visão crítica que aqui se deixou sobre a jurisprudência comunitária do contencioso da responsabilidade.

O artigo 215.º parágrafo 2.º permite uma transferência da responsabilidade pessoal do agente para a Comunidade ⁽⁵¹⁾, com a vantagem de facultar à vítima o acesso ao TJ e a garantia do ressarcimento dos danos através do orçamento comunitário. E a Comunidade teria depois em relação ao funcionário um direito de regresso, nos termos do Estatuto dos Funcionários, «em virtude de culpa pessoal grave que tenha cometido no exercício das suas funções». Apesar desta responsabilidade do funcionário perante a Comunidade, o TJ interpreta restritivamente a noção de «exercício das suas funções» que, na prática, exclui a responsabilidade

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Francette FINES, *Étude*, ob. cit., págs. 415-416.

⁽⁴⁹⁾ V. acórdão de 14.5.1975, caso *Comptoir national c. Commission*, Proc. 74/74, Col. 1975, pág. 549 e segs.

⁽⁵⁰⁾ V. acórdãos de 4.10.1979, caso *do milho e do quellmehl*, Procs. 241, 242, 245 a 250/78, Col. 1979, págs. 3017 e segs.

⁽⁵¹⁾ Cfr. J. Mota de CAMPOS, *Direito*, ob. cit., pág. 610.

comunitária e reduz as hipóteses da parte lesada a um contencioso directo com o funcionário na base da responsabilidade pessoal e perante o tribunal nacional competente.

34. No acórdão de 10 de Junho de 1969, caso *Sayag* (Proc. 9/69, Col. 1969, págs. 329 e segs.), o TJ considerou que «a Comunidade só é responsável pelos actos dos seus agentes que, em virtude de uma relação interna, constituem o prolongamento necessário das missões confiadas às Instituições». O engenheiro Sayag ao serviço da Eurátomo foi incumbido de mostrar a dois visitantes as instalações em Mol. Para cumprir a ordem de serviço, Sayag usou a sua viatura pessoal, com a qual, e por culpa sua, provocou um acidente. Para o TJ o facto do funcionário estar na altura do acidente no exercício de uma missão não é relevante, porque o dano resultou da condução da viatura pessoal e esta só envolve responsabilidade da Comunidade «em caso de força maior ou de circunstância excepcional tão imperiosa que sem a utilização por um agente de um meio de transporte pessoal a Comunidade não tivesse podido executar as missões que lhe estão confiadas».

7. Nota conclusiva

O Tratado da União Europeia altera o artigo 215.º do T.CEE no sentido de estender o seu âmbito de aplicação aos danos causados pelo Banco Central Europeu e pelos seus agentes. E dá uma nova redacção ao artigo 168.º-A, reconhecendo ao Conselho a competência para decidir por unanimidade a extensão da jurisdição do Tribunal de Primeira Instância e outras categorias de acções; uma vez que apenas se exclui expressamente o mecanismo das questões prejudiciais, seria conveniente atribuir ao Tribunal de Primeira Instância a competência para apreciar as acções de indemnização, cabendo apenas recurso para o TJ sobre as questões de direito. Não raras vezes a jurisprudência restritiva do TJ tem sido vista como uma consequência do número excessivo de processos que dão entrada neste Tribunal. Mas não podem as razões de puro pragmatismo administrativo ou financeiro pre-

valecer sobre as exigências imperativas do Estado de Direito e da protecção jurisdicional dos direitos dos cidadãos. Com o inegável alargamento das competências comunitárias que decorrerá do Tratado da União Europeia, torna-se maior o risco de um défice de protecção, e mais preocupante a sua incidência desvitalizadora no estatuto de cidadania comunitária. Resta esperar pela futura resposta do TJ, cuja jurisprudência noutros domínios do contencioso comunitário contribuiu com firmeza e autoridade para revelar os alicerces constitucionais de uma Comunidade de Direito.