

STVDIA IVRIDICA 102
AD HONOREM — 6

Comissão Redatora

ALMEIDA COSTA — EHRHARDT SOARES — CASTANHEIRA NEVES
LOPES PORTO — FARIA COSTA — JOÃO LOUREIRO

Redator Delegado

JOÃO CARLOS LOUREIRO

UNIVERSIDADE DE COIMBRA — BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**ESTUDOS EM HOMENAGEM
AO PROF. DOUTOR
JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO**

**Volume I
Responsabilidade: entre Passado e Futuro**

Organizadores:

FERNANDO ALVES CORREIA
JÓNATAS E. M. MACHADO
JOÃO CARLOS LOUREIRO



2012



Coimbra Editora

ISSN 0872-6043

ISBN 978-972-32-2056-8 (Obra completa)
ISBN 978-972-32-2051-3 — Vol. I

Depósito Legal n.º 350 901/2012

**O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL
EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO
E A (DES)CONSIDERAÇÃO DO DIREITO EUROPEU:
A METODOLOGIA DE SUPERACÃO COMO
UM *WORK IN PROGRESS* ⁽¹⁾**

Isabel Celeste M. FONSECA

Com esta intervenção propomo-nos alcançar dois objectivos.

Objectivo 1

a) Realçar as insuficiências da nova disciplina da responsabilidade civil extracontratual do Estado (Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro = RRCivilEEE) quando em causa está apurar da responsabilidade do Estado por danos decorrentes do incumprimento do Direito da União Europeia ⁽²⁾.

⁽¹⁾ O texto que se oferece para publicação no Livro em Homenagem ao Senhor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho serviu de apoio à intervenção da autora no Colóquio sobre o tema «O direito português e o direito da união europeia em matéria da responsabilidade civil extracontratual do Estado: Problemas, soluções e aplicação pela jurisprudência portuguesa», promovido pelo CEJ, no âmbito das suas acções de formação contínua, que decorreu na Escola de Direito da Universidade do Minho, no dia 18.02.2011.

⁽²⁾ Sobre o tema, vd. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, «Irresponsabilidade do Estado-juiz por incumprimento do Direito da União Europeia: um acórdão sem futuro», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 79, 2010, pp. 29 ss.; IDEM, «O novo regime de responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, II, Lisboa, 2010, pp. 415 ss.; CARLA AMADO GOMES, «O livro das ilusões: A responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário, apesar da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro», in: *Textos Dispersos sobre direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Lisboa, 2010, pp. 187 ss.

b) Evidenciar a *metodologia* que, para superar tal ausência, deverá ser seguida pelo juiz nacional, enquanto juiz comum de aplicação do Direito da União Europeia, sendo certo que a necessidade de ter em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (=TJ) se coloca de moldes idênticos em relação ao incumprimento imputável ao Estado-Administração, ao Estado-legislador e ao Estado-juiz, não variando, portanto, os pressupostos da responsabilidade de matriz comunitária.

c) Perceber que, no que respeita à responsabilidade do Estado-juiz e à *metodologia* de protecção do direito à emissão de sentença em prazo razoável, esta assenta num *apertado diálogo* entre a jurisdição nacional e a de Estrasburgo, traduzindo-se numa lógica de ter em conta o *precedente europeu*, sendo incontestável também que o juiz europeu vai fixando novos graus de exigência, que, em cada momento, os juizes nacionais têm que ter em conta, mesmo quando pensam que os passos já dados pelo legislador são suficientes.

Objectivo 2

a) Compreender que a consideração do Direito Europeu reforça a natureza objectiva (com função meramente reparadora) da responsabilidade do Estado. Assim, no quadro da União Europeia, a culpa deve presumir-se a partir da ilicitude inerente à violação suficientemente caracterizada, não devendo constituir um requisito autónomo ou complementar concebido em termos tais que dificulte ou impeça a efectivação do direito à indemnização para além daquilo que o direito comunitário dispõe.

b) No quadro do Direito emergente do Conselho da Europa, não havendo lugar a apurar da culpa, importa aferir da ilicitude, do dano e do nexo de causalidade entre facto ilícito e dano, sendo certo que se impõe acolher a orientação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (= TEDH), no que respeita à consideração do dano não patrimonial, sendo este dano ínsito ao dano indemnizável, devendo presumir-se a sua existência nos termos do *id quod plerumque accidit*, sendo certo que, quanto ao *quantum debeat*, de acordo com o TEDH, por cada ano de atraso, o lesado deve obter uma indemnização suficiente, que deve ser calculada de acordo com o *critério dos casos semelhantes ou da mesma espécie, segundo a bitola europeia* ⁽³⁾.

⁽³⁾ Sobre o tema, vd. o nosso *Processo temporalmente justo e urgência*, Coimbra, 2009, esp. pp. 215 a 324.

Parte I — Direito português e a (des)consideração do Direito da União Europeia: a jurisprudência do TJ

É um facto que o RRCivilEEE teve pouco em conta o problema da responsabilidade do Estado por danos decorrentes do incumprimento do Direito da União Europeia. *Rectius*: o RRCivilEEE ignora (quase na totalidade) o direito da União Europeia. De resto, devê-lo-ia ter tido em consideração no artigo 9.º, n.º 2, a propósito da responsabilidade pelo exercício da função administrativa, no artigo 13.º, no quadro do regime da responsabilidade por facto imputável ao Estado-juiz, devendo mencionar o erro judiciário na interpretação ou aplicação do Direito da União Europeia, sendo certo que ao estabelecer o pressuposto da prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente, o regime da responsabilidade do Estado-juiz por erro na interpretação e aplicação do Direito da União Europeia não vai ao encontro da jurisprudência do TJ, constituindo, este sim, um regime a não ter em conta.

É certo que o teve em consideração apenas na responsabilidade por facto imputável ao Estado-legislador, nos termos do artigo 15.º E também o teve em consideração na responsabilidade pelo exercício da função administrativa por actos ilegais praticados pelas entidades adjudicantes no domínio da formação de quatro contratos públicos (nos termos do artigo 7.º, n.º 2, fruto da primeira alteração ao RRCivilEEE) ⁽⁴⁾.

Enfim, como não equacionou nem teve em conta o acervo comunitário em matéria de responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União Europeia, em especial os requisitos ou pressupostos dessa responsabilidade, que têm sido sucessivamente traçados pelo TJ, cumpre agora chamar essa jurisprudência no momento da interpretação e aplicação da lei portuguesa.

E assim é, sobretudo, quando do ponto de vista substantivo, o RRCivilEEE estabelece condições mais restritivas, não se compadecendo com os requisitos de responsabilidade ditados pela jurisprudência, podendo «tornar impossível ou excessivamente difícil a efectivação do direito à reparação do dano» — o que não pode acontecer do ponto de vista do TJ. Por exemplo, a propósito da responsabilidade por facto imputável ao Estado-legislador, o regime não

⁽⁴⁾ Sobre o tema, vd. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, «Irresponsabilidade...», cit., pp. 29 ss.; IDEM, «O novo regime...», cit., pp. 415 ss.; CARLA AMADO GOMES, «ABC da (ir)responsabilidade dos juizes no quadro da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro», *Scientia Iuridica*, Tomo LIX, 2010, n.º 322, pp. 261 ss.

acolhe a noção de «violação suficientemente caracterizada para as situações de responsabilidade pelo exercício da função legislativa para os casos em que detenha uma margem de apreciação, nem faz apelo a qualquer indicação do TJ para apreciar «a violação grave e manifesta», sendo certo que o mesmo problema se coloca em relação ao dano que nos termos do Direito europeu não tem que ser anormal, parecendo a opção do legislador português apresentar-se como excessiva. Neste sentido, parece-nos que melhor andou o legislador no artigo 7.º, n.º 2, ao remeter em bloco a apreciação dos pressupostos de responsabilidade do Estado-administração para o direito comunitário.

Em suma: para utilizar uma expressão que já é conhecida de todos, o legislador foi, pois, «mau aluno na disciplina de direito da União Europeia»⁽⁵⁾; ignorou o princípio europeu da responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União Europeia; esqueceu que o carácter comunitário do princípio condiciona o regime jurídico nacional da responsabilidade civil extracontratual do Estado, tanto do ponto de vista substantivo como do ponto de vista processual; não teve em conta que não só o RRcivilEEE não pode contrariar o disposto pela ordem jurídica comunitária, já que assim o dita o princípio do primado, como os Estados-membros não podem, designadamente, por via processual, tornar impossível ou excessivamente difícil a efectivação desse direito.

Teria sido importante equacionar os princípios da equivalência e da efectividade mínima, que densificam aquele outro: é «no âmbito do direito nacional da responsabilidade que incumbe ao Estado reparar as consequências do prejuízo causado»; «é à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro que cabe designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a assegurar a protecção plena dos direitos que os particulares retiram do direito comunitário», sendo certo que as condições fixadas pela legislação nacional não pode acolher soluções que tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil a obtenção da reparação⁽⁶⁾.

Não se lembrou, como afirma MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, que este princípio comunitário da responsabilidade do Estado por incumprimento condiciona o direito nacional da responsabilidade em parte e *a contrario*, isto

⁽⁵⁾ Expressão cara a MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, «Irresponsabilidade...», cit., p. 39.

⁽⁶⁾ Sobre o tema, vd. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, «Responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União Europeia: um princípio com futuro», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 60, 2006, pp. 52 ss.

é: é aceitável à luz do direito comunitário que a legislação nacional possa prever certos pressupostos, de matriz substantiva ou processual, desde que respeite certos limites, designadamente o princípio da equivalência e o da efectividade mínima, pelo que como se afirma no acórdão TRAGHETTI, «estes critérios não podem, em nenhum caso, impor exigências mais restritivas do que a decorrente da violação manifesta do direito aplicável»⁽⁷⁾.

Importa, pois, aquilatar que papel está reservado agora ao juiz da responsabilidade civil extracontratual? Ora, não se ignora que, para passar a ser «bom aluno na disciplina de Direito da União Europeia»⁽⁸⁾ (como já tem demonstrado ser o Tribunal da Relação do Porto e o Tribunal da Relação de Guimarães), o juiz nacional tem que convocar o princípio europeu da responsabilidade do Estado por incumprimento do direito da União Europeia: princípio fundamental da ordem jurídica europeia que assegura a tutela dos particulares e responsabilização do Estado por facto imputável à função jurisdicional, administrativa e político-legislativa. E tem que conhecer e estar a par da jurisprudência do TJ que sobre ele versa. Aliás, o princípio e os respectivos requisitos são da lavra do TJ e nascem com a jurisprudência FRANCOVICH (ac. de 19.11.1991), tendo sido objecto de desenvolvimento em acórdãos posteriores.

E como se sabe, segundo a jurisprudência do TJ, existirá um direito à reparação dos danos resultantes do incumprimento estadual quando: a.) a regra de direito comunitário violada tenha por objecto conferir direitos aos particulares; b.) a violação seja suficientemente caracterizada; c.) exista um nexo de causalidade directo entre a violação (manifesta) e o prejuízo sofrido pelos particulares. No que respeita ao pressuposto da «violação suficientemente caracterizada», há abundante jurisprudência do TJ que pode auxiliar o juiz nacional a precisar o que deve entender-se por violação manifesta e grave. Eis, pois, o tal apertado diálogo que se exige entre jurisdições nacional e europeia, impondo-se esta como um *work in progress*.

E, por conseguinte, importa ter bem presente a jurisprudência (KÖBLER/2003): as três condições estipuladas pelo TJ acima referidas são «necessárias e suficientes para instituir em favor dos particulares um direito a obter reparação, sem no entanto impedir que a responsabilidade do Estado possa ser efectivada em condições menos restritivas com base no direito nacio-

⁽⁷⁾ Seguimos MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, «Responsabilidade...», cit., p. 64.

⁽⁸⁾ Expressão de MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, «Irresponsabilidade...», cit., p. 39.

nal». E, de resto, também importa ter bem presente a jurisprudência HAIM/2000: «a obrigação de reparar os prejuízos causados aos particulares não pode ficar subordinada a uma condição extraída do conceito de culpa que vai além da violação suficientemente caracterizada» (acórdão HAIM, de 04.07.2000, proc n.º C-424/97).

Importa apresentar duas conclusões. Em suma (1.): é necessário, pois, conhecer a jurisprudência do TJ para conhecer os elementos indicativos para a caracterização de uma violação do Direito da UE como sendo grave e manifesta. E, sublinhe-se, tal exercício impõe-se — não obstante o espartilho legal em vigor — em relação à responsabilidade decorrente de violação do Direito da União Europeia, quer esta seja imputável ao Estado-juiz, ao Estado legislador ou ao Estado-Administração, isto é, independentemente do órgão do Estado-membro cuja acção ou omissão tenha dado origem ao incumprimento⁽⁹⁾. Em suma (2.): não obstante a cartilha legal prevista para cada um dos regimes de responsabilidade dos órgãos do Estado, há que ter em conta o acervo comunitário e há necessidade de ter em consideração a jurisprudência do TJ que se coloca em moldes idênticos em relação ao incumprimento imputável ao Estado-Administração, ao Estado-legislador e ao Estado-juiz, imputando o incumprimento ao Estado de forma objectiva e independentemente do exercício da função que esteja em causa, não variando, portanto, os pressupostos da responsabilidade de raiz comunitária.

Particular destaque merece a consideração da culpa, pois, ainda que não sendo o legislador nacional impedido de fixar condições ou pressupostos de responsabilidade, como já afirmámos, estes não podem ir além dos fixados pelo Direito da EU, pelo que o dever do Estado de reparar os prejuízos causados aos particulares não pode ficar subordinado a uma condição extraída do conceito de culpa, que vai além da violação suficientemente caracterizada, sendo assim defensável que a culpa se presume a partir da ilicitude inerente à violação suficientemente caracterizada, não devendo este constituir um requisito autónomo ou

⁽⁹⁾ De facto, se o caso FRANCOVICH respeitou à responsabilidade de um Estado pelo incumprimento decorrente de uma omissão do Estado-legislador, a verdade é que há jurisprudência do TJ que versa sobre a responsabilidade dos Estados por incumprimento imputável às demais funções. Por exemplo, enquanto as demais têm já orientação jurisprudencial consolidada, a problemática da responsabilidade imputável ao exercício da função jurisdicional é mais recente, tendo sido já apreciada em diversos acórdãos, tais como no Ac. KÖBLER/2003, a partir de 2003.

complementar concebido em termos tais que dificulte ou impeça a efectivação do direito à indemnização para além daquilo que o direito comunitário dispõe.

Importa ainda sublinhar que a consideração do Direito Europeu e a consideração da posição da jurisprudência do TJ tem acentuado o carácter objectivo e a função exclusivamente reparadora responsabilidade pelo exercício da função administrativa. Como se sabe, o legislador distingue nos artigos 7.º e 8.º a responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas colectivas públicas da responsabilidade solidária do Estado com os titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes (por se verificar dolo ou culpa grave destes), sendo certo que a primeira tem carácter objectivo e tem função exclusivamente reparadora. E a segunda tem carácter subjectivo e função simultaneamente punitiva do lesante e garantística dos lesados.

O facto de o legislador ter incluído o n.º 2 no art. 7.º para proceder à correcta transposição da Directiva Recursos (depois de já ter sido condenado duas vezes) significa isso mesmo — «opção pelo primeiro dos regimes e respectivas finalidades»⁽¹⁰⁾. Assim nos casos de reparação dos operadores económicos nos domínios da formação (de certos) contratos públicos houve necessidade de afastar o regime anterior, pelo qual o Estado já fora condenado duas vezes por o seu regime nacional de responsabilidade civil contrariar a Directiva Recursos⁽¹¹⁾, exigindo a verificação (e prova pelo lesado) do pressuposto da culpa.

De resto, a Comissão acentuou que o anterior regime da responsabilidade civil não era de modo algum eficaz, pois: *i)* subordinava a atribuição de uma indemnização à produção de prova, por parte dos lesados, de que os actos ilegais das entidades administrativas eram cometidos com culpa ou dolo; *ii)* exigia a prova daquele pressuposto sendo esta tida como extremamente difícil ou mesmo impossível, uma vez que, em geral não se pode apurar de quem é a culpa, de modo que, na maioria dos casos, a pessoa lesada não consegue obter a indemnização a que tem direito; *iii)* a dificuldade em fazer a

⁽¹⁰⁾ A este propósito, vd. PEDRO MACHETE, «A responsabilidade da Administração por facto ilícito e as novas regras de repartição do ónus da prova», *Caderno de Justiça Administrativa*, n.º 69, 2008, pp. 30 ss.

⁽¹¹⁾ A Directiva Recursos (n.º 89/665/CE, entretanto alterada pela 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.12.2007) vem impor — no artigo 2.º, n.º 1, alínea *c)* — a obrigação ao Estados-Membros garantirem, no âmbito dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos, as medidas destinadas a tornar eficazes os recursos interpostos de decisões das entidades adjudicantes, incluindo a previsão de poderes que permitam conceder indemnizações às pessoas lesadas nesses procedimentos adjudicatórios.

prova conduz a que, na prática, as acções intentadas pelas pessoas lesadas com vista a obterem uma indemnização sejam lentas e provavelmente ineficazes ⁽¹²⁾.

Esta é, pois, a razão pela qual nasceu o n.º 2 do artigo 7.º do actual RRcivilEEE. De facto, tendo em conta estes acontecimentos foi aprovada a primeira alteração ao RRcivilEEE, tendo-se procurado alinhar o regime português, no âmbito dos contratos públicos inseridos no escopo das Directivas Recursos, com o entendimento da Comissão Europeia nesta matéria, adoptando-se uma redacção idêntica à consagrada na alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º daquela Directiva. Neste sentido, preceitua o artigo 7.º, n.º 2, do RRcivilEEE que é concedida indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do CPTA, de acordo com os requisitos de responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário. Pelo que se trata, pois, de uma responsabilização sem culpa.

Parte II — O direito português e a (des)consideração do direito emergente do Conselho da Europa: a jurisprudência do TEDH

É (também) um facto que RRcivilEEE não acolhe a jurisprudência do TEDH no que respeita à responsabilidade do Estado-juiz pelos danos decor-

⁽¹²⁾ Assim, o TJ, por acórdão de 14.10.2004 (proc. n.º C-275/03) condenou Portugal por infracção ao direito comunitário precisamente por o Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, prever a culpa como pressuposto autónomo de responsabilidade civil da administração por facto ilícito. Com efeito, de acordo com o entendimento dos juízes do Luxemburgo, ainda que a legislação portuguesa consagrasse a possibilidade de os lesados obterem indemnizações no caso de violação do direito comunitário em matéria de contratos públicos (ou das normas nacionais que o transpõe), a verdade é que, segundo o TJ, não se podia, todavia, considerar que a mesma disciplina constituía um sistema de protecção jurisdicional adequado, pois, na verdade exigia a prova da existência de culpa ou dolo por parte de agentes de administração. Assim, concluía o TJ, os concorrentes lesados por uma decisão ilegal da entidade adjudicante corriam o risco de ser privados do direito de exigir o pagamento de uma indemnização em virtude do dano que lhe fora causado com essa decisão ilegal, ou pelo menos, de a obter tardiamente, por não conseguir fazer a prova da existência de dolo ou culpa. Aliás, porque o Estado português mantinha em vigor o diploma, a Comissão, iniciou um processo por incumprimento do mencionado acórdão, tendo sido decidido contra Portugal, por acórdão TJ de 10.01.2008 (proc. n.º C-70/06) já que o Estado português não tinha revogado o anterior diploma e a proposta de Lei n.º 56/X, entretanto enviada à Comissão, não procedia a uma correcta transposição da Directiva Recursos.

rentes do mau funcionamento do serviço de justiça, especialmente pela violação do direito à emissão de sentença em prazo razoável (artigo 12.º). E assim é porque, quanto à respectiva disciplina, o legislador manda aplicar-lhe o regime da responsabilidade civil por facto imputável à função administrativa — o que é, no mínimo, insuficiente.

O que pode fazer-se para ultrapassar as ausências de adequado tratamento? A solução, que é, aliás, inevitável, passa pela metodologia dialogante que se deverá estabelecer entre juiz nacional e juiz europeu. E, de resto, a solução que já vem sendo dada a certas situações não previstas na lei tem resultado precisamente da tomada em consideração da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo ⁽¹³⁾, especialmente daquela que versa sobre os pressupostos de responsabilização do Estado-juiz, mormente do pressuposto da culpa, ou da sua dispensa; daquela que versa sobre a identificação do dano moral como dano *in re ipsa* indemnizável ⁽¹⁴⁾; e daquela que incide sobre a questão do cálculo do *quantum debeatur*.

Assim, em especial, a propósito da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional e no que respeita aos danos ilícitamente causados pela administração da justiça, designadamente por violação do direito a decisão judicial em prazo razoável, queria aqui lembrar a experiência italiana, sobretudo para demonstrar quão necessário é seguir a metodologia dialogante que se deve estabelecer (e reforçar) entre a jurisdição nacional e a jurisdição europeia — tanto mais quanto tivermos em conta a futura adesão da União à CEDH. É incontestável também que o juiz europeu vai fixando novos graus de exigência que os juízes nacionais têm que ter em conta, em cada momento, mesmo quando pensam que são suficientes os passos já dados pelo legislador ⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ Vd. a este propósito, o aresto do STA de 09.10.2008, proc. n.º 319/08.

⁽¹⁴⁾ Foi determinante, neste caso, ter em conta os acórdãos proferidos pelo TEDH no caso *Riccardi Pizzati c. Itália*, de 29 de Março de 2006, proc. n.º 62 361/00, e *Apicella c. Itália* de 29 de Março de 2006, proc. n.º 64 890/01.

⁽¹⁵⁾ Em França, como se apontou, foram dados alguns passos. Com efeito, o *Conseil d'Etat*, em 28 de Junho de 2002, através do processo *Garde des Sceaux c. Magiera*, atribuiu a um sexagenário uma indemnização de 30 000 Francos, por julgar o Estado «responsável pelo funcionamento defeituoso do serviço público da justiça». E, pela primeira vez, o juiz administrativo, aplicando o conjunto de critérios/parâmetros europeus de avaliação da razoabilidade da duração do processo, considerou ter ocorrido a violação do direito à justiça em prazo razoável, uma vez que o processo administrativo em causa, não obstante

De facto, o legislador italiano procedeu a uma «verdadeira colonagem»⁽¹⁶⁾ do regime jurídico europeu de protecção do direito ao prazo razoável, tendo criado um instituto de reparação equitativa de danos, através da Lei Pinto. E, como se sabe, tal mecanismo foi inicialmente considerado como remédio efectivo, à luz do artigo 13.º da CEDH⁽¹⁷⁾. Por isso, mal se adivinhava que uma diferente apreciação viria a caminho, volvidos sete anos sobre a sua entrada em vigor, uma vez que o Tribunal de Estrasburgo, ao avaliar da eficácia desta figura reparadora, em nove processos que lhe foram subsidiariamente submetidos, constatou que haveria falta de adequação da reparação atribuída às vítimas pelo juiz italiano — e o mecanismo revelou-se pouco efectivo, devido à sua aplicação desconforme com a orientação europeia.

Dispõe a Lei Pinto o seguinte: «quem sofreu um dano patrimonial ou não patrimonial decorrente da violação da Convenção para a protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, na perspectiva da violação do prazo razoável previsto no artigo 6.º, parágrafo 1 da Convenção, tem direito a uma reparação equitativa». E, quanto aos pressupostos de atribuição às vítimas de uma reparação, o diploma fixa três, a saber: *a.*) a duração não razoável do processo (ou «irragionevole durata del processo»); *b.*) o dano; *c.*) a existência de um nexo de causalidade entre o primeiro e o segundo requisitos, sendo certo que a apreciação das condições de atribuição da equitativa reparação deverá ser feita nos termos das orientações constitucionais e convencionais, pelo que, segundo a doutrina, esse exame deve inspirar-se na metodologia de medição da duração razoável do processo, que é da lavra da jurisprudência da Corte de Estrasburgo — chamando os quatro critérios de medição da razoabilidade da duração do processo.

Pois bem, tudo parecia estar suficientemente acautelado pelo legislador nacional. Só faltava, contudo, que o juiz italiano aplicasse a norma de acordo com a jurisprudência do TEDH e, especialmente, que fixasse quantias razoáveis de indemnização⁽¹⁸⁾. Aliás, como já se indicou nas considerações iniciais, a Lei

não apresentar especial complexidade, havia demorado mais de sete anos a definir-se, tendo causado danos morais (angústias, depressão e ansiedade) ao particular de avançada idade. Sobre este assunto, vd. o acórdão do *Conseil d'État*, de 28 de Junho de 2002, *Garde des Sceaux c. Magiera*, publ. DA-EJC, 2002, pp. 27 ss.

⁽¹⁶⁾ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2003, pp. 484 e 485.

⁽¹⁷⁾ Neste sentido, F. PETROLATI, *I tempi del processo e l'equa riparazione...*, cit., p. 9.

⁽¹⁸⁾ E a primeira decisão que reconheceu essa falha data de 27 de Março de 2003, no processo *Scordino c. Itália*. Neste processo, o particular veio alegar ter recebido uma

Pinto foi examinada pelos juízes de Estrasburgo, em nove processos, e em todos eles se concluiu, por unanimidade, que existira violação do artigo 6.º, § 1, da CEDH⁽¹⁹⁾. Assim, de um modo geral, os requerentes vieram alegar que não obtiveram uma reparação adequada (ou suficiente) dos respectivos prejuízos, não obstante as autoridades italianas terem reconhecido a violação dos respectivos direitos à emissão de sentença em prazo razoável.

Inclusive, o TEDH afirmou que deriva do princípio da subsidiariedade o dever de o juiz nacional aplicar e interpretar, dentro do possível, o direito interno em conformidade com a Convenção e considerou inadmissível que os particulares tenham de aguardar muito tempo para obter a reparação dos danos, sendo certo que, em alguns casos, a obrigação de lançarem mão de um novo processo para obterem efectivamente a quantia devida não se mostra adequado, porquanto pode dissuadi-los dessa empreitada (*Apicella c. Itália*, de 29.03.2006). E quanto ao valor das indemnizações fixado pela jurisdição italiana, a *Cour* sublinhou que o montante de tais reparações é largamente inferior àquele que é fixado normalmente, em casos desse tipo, pelo TEDH⁽²⁰⁾. Assim, não obstante no que respeita ao dano moral não ser possível quantificar exactamente o valor da indemnização, já que se deve tratar de uma avaliação por equidade, e não obstante o juiz nacional ter uma certa autonomia que deve ser preservada, ainda assim, o Tribunal de Estras-

quantia irrisória a título de reparação por danos morais: € 600/por ano de excessiva demora, quando o TEDH, em casos semelhantes, fixava um valor variável entre € 5 000 e € 7 000, por cada ano de atraso. E o Tribunal de Estrasburgo, não obstante ter reconhecido alguma margem de apreciação ao foro interno, afirmou claramente que o «juiz nacional deve conformar a sua jurisprudência com a da Corte (europeia) também no que respeita à quantificação do dano e à fixação da reparação».

⁽¹⁹⁾ Esses nove processos que foram apreciados pelo TEDH (e onde se concluiu) por unanimidade que tinha existido violação do prazo razoável e do artigo 6.º, § 1, da CEDH são: *Scordino c. Itália*; *Riccardi Pizzati c. Itália*, proc. n.º 62361/00; *Musci c. Itália*, proc. n.º 64 699/01; *Giuseppe Mostacciolo c. Itália*; *Cocchiarella c. Itália*; *Apicella c. Itália*, processo n.º 64 890/01; *Ernestina Zullo c. Itália*, proc. n.º 64 897/01, e *Giuseppina et Orestina Procaccini c. Itália*, processo n.º 65 075/01.

⁽²⁰⁾ Além disso, o TEDH aproveitou para expressar o seu descontentamento pelo facto de em Itália continuar a existir demora excessiva dos processos, sendo certo que a Lei Pinto não foi capaz de impedir que os requerentes fossem ainda considerados como vítimas do mau funcionamento dos serviços de justiça italianos — constituindo um facto agravante. Enfim, em todos este nove processos, o TEDH considerou ter existido demora excessiva do processo e violação do artigo 6.º, § 1, da CEDH. Sobre este tema, vd. A. VERDIN, «Droit à un procès équitable», *L'Europe des Libertés*, n.º 20, Université Robert Schuman.

burgo julgou que as quantias eram insuficientes e por isso aceitou considerar que as vítimas ainda não estavam razoavelmente ressarcidas pelo dano decorrente da violação do respectivo direito à emissão de sentença em prazo razoável ⁽²¹⁾.

Nesta sequência, houve alteração na jurisprudência italiana. E é exactamente no contexto do dano e do cálculo da reparação que surge essa novidade de que lhes queria falar: Assim, quanto ao dano, importa dizer que este pressuposto passou a incluir tanto o dano patrimonial como o moral, sendo certo que se passou a entender que ao requerente deveria caber a prova em juízo do primeiro tipo de dano, provando também que o dano emergente e o lucro cessante a ressarcir é consequência imediata e directa da duração excessiva do processo. Já quanto ao dano não patrimonial, a jurisprudência sofreu uma notável evolução, fazendo um pontual chamamento da jurisprudência do TEDH, tendo passado a afirmar que o dano não patrimonial não necessita de alguma sustentação probatória, não existindo o ónus de o requerente o provar, e, existindo, pelo contrário, o dever de o juiz o conhecer e o considerar, sempre que não existam circunstâncias particulares, que façam excluir a sua existência ⁽²²⁾. A pro-

⁽²¹⁾ Sobre este assunto, é interessante verificar uma tabela elaborada por MAURIZIO DE STEFANO, onde se compara o valor das quantias fixadas pelas entidades jurisdicionais italianas para compensar o dano moral decorrente da violação do prazo razoável e o valor das quantias indemnizatórias do prejuízo não patrimonial fixado pelo TEDH. Assim, por exemplo, no caso *Riccardi Pizzati c. Itália*, que obteve sentença emitida pelo TEDH em 10.11.2004, o valor atribuído no foro doméstico, de acordo com a Lei Pinto, correspondeu a € 5 000 e no foro europeu foi fixado um suplemento de € 20 000, sendo certo que no total, o requerente, cujo processo demorou nos tribunais italianos 26 anos, foi indemnizado no valor de € 25 200, por danos não patrimoniais. E, aplicando a mesma lógica, no caso *Apicella c. Itália*, o dano não patrimonial foi indemnizado pelos tribunais italianos com a quantia € 2 500, aplicando a Lei Pinto, e o TEDH fixou um suplemento no montante de € 7 300, sendo certo que, no total, o particular, cujo processo demorou 12 anos, foi indemnizado pelos danos morais, no valor de € 9 800. E por aí diante: no caso *Giuseppe Mostacciolo*: € 2 000 nos Tribunais italianos => suplemento europeu € 10 900 => total € 11 900 por danos morais, decorrentes de 15 anos que demora; *Ernestina Zullo*: € 1 200 nos tribunais italianos => suplemento europeu € 5 164 => total de € 6 364 por danos morais decorrentes de 9 anos que demorou o processo; *Conchiarella*: € 1 000, nos tribunais italianos => suplemento europeu € 4 600 => total € 5 600 por danos morais decorrentes de 8 anos de demora processual.

⁽²²⁾ Como refere F. PETROLATI, a *Sezione Unite* da *Corte di Cassazione* reconheceu que o dano moral integra a consequência normal que, à luz do *id quod plerumque accidit*, resulta da violação da duração razoável do processo e, como tal, a sua existência deve presumir-se, na falta de situações concretas que levem a excluí-lo. Ora, se houve um dia em que a *Corte di Cassazione* considerou que o dano moral não poderia considerar-se como

pósito da quantificação do dano, aquela jurisdição também explicou que os critérios seguidos pelo Tribunal de Estrasburgo na avaliação do dano não patrimonial «se impõem» ao juiz nacional italiano, devendo ser seguido o mesmo esquema ou grelha de valoração tendo em conta os casos da espécie.

Voltemos à realidade portuguesa: É (de novo) um facto que mesmo sem a adopção do RRCivilEEE, a jurisprudência nacional estaria pronta para assegurar com suficiente dose de certeza jurídica a protecção do direito à decisão judicial em prazo razoável e é certo que, mesmo sem o novo RRCivilEEE, havia uma solução de reparação «efectívavel» ⁽²³⁾. Com o novo RRCivilEEE é isso que continuamos a ter: uma solução possível, mas longe da desejável — tanto mais que o novo regime não foi além de acolher a jurisprudência dos tribunais administrativos.

Aliás, duvida-se até da justiça e da correcção de aspectos dessa solução — como, por exemplo, no que respeita ao pressuposto de ilicitude, designadamente aos critérios de determinação da razoabilidade da duração do processo, ao pressuposto da culpa (sendo pensado sobretudo em função da responsabilidade por actos e omissões ilícitas decorrentes do exercício da função administrativa) e ao cálculo de indemnização do dano.

Vejamos: o actual regime (RRCivilEEE) vem prever a responsabilidade por danos decorrentes de actos jurisdicionais e manda aplicar à reparação dos danos causados pela administração da justiça (incluindo a violação do prazo razoável) o regime da responsabilidade civil por factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa. Contudo, lamentavelmente, como o legislador não foi mais longe do que proceder à recepção da solução criada pela jurisprudência anterior dos tribunais administrativos, hoje subsistem as mesmas incertezas. Desde logo, errado foi ter-se mantido a lógica do projecto (na versão de 06.05.2003) ⁽²⁴⁾,

«dano-evento», necessariamente ínsito no dano decorrente da violação do direito a emissão de sentença em prazo razoável (*id est*: dano *in re ipsa*) e se exigia a prova de que a duração excessiva do processo havia causado um «dano psíquico seguramente sofrido em consequência da demora», essa corrente foi substituída por uma que pressupõe a aplicação de Lei Pinto em conformidade com a jurisprudência europeia e o princípio da subsidiariedade.

⁽²³⁾ Neste sentido, LUIS CATARINO, «Responsabilidade por facto jurisdicional. Contributo para a reforma do sistema geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado», in: *Responsabilidade Civil Extra-contratual do Estado, Trabalhos preparatórios da reforma*, Ministério da Justiça, 2002, pp. 282 e 283.

⁽²⁴⁾ Sobre esta temática, vd. intervenções durante o V Seminário de Justiça Administrativa, publicadas nos *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 40, 2003, especialmente a intervenção de RUI MEDEIROS, «Apreciação geral dos projectos», p. 14.

de que existe uma similitude entre aquelas situações e as que resultam da actividade do Estado-administrador, devendo aplicar-se o mesmo regime de responsabilização (artigo 12.º, parte final) ⁽²⁵⁾. Ora, em nosso entender, este é um grande equívoco.

Assim: o Estado deve indemnizar os danos ilicitamente causados pela administração da justiça, incluindo, portanto, o dano decorrente da violação do direito a uma decisão jurisdicional em prazo razoável (artigo 12.º), desde que preenchidos os pressupostos previstos nos artigos 7.º e seguintes: facto danoso, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade entre facto e dano. E, por conseguinte, *ex vi* artigo 12.º, parte final, o RRcivilEE prevê a responsabilidade exclusiva do Estado-juiz para as situações em que o dano resulta de acções ou omissões ilícitas cometidas individualmente com culpa leve ou decorra de «um funcionamento anormal do serviço», sendo que nesta situação se englobam os casos em que o dano não é devido a comportamento concreto de alguém e os casos de impossibilidade de prova de autoria pessoal da acção ou omissão, de acordo com o artigo 7.º, n.º 1 e n.º 3.

E, para lá deste quadro da responsabilidade exclusiva e directa do Estado, de acordo com o RRcivilEEE, existe responsabilidade solidária do Estado com os sujeitos incluídos nos serviços da administração da justiça nas situações em que o dano resulte de acções ou omissões ilícitas cometidas com dolo ou culpa grave por parte destes, sendo certo que se deve considerar que há culpa grave quando existe diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo (artigo 8.º, n.º 1). De acordo com o RRcivilEEE, sempre que o Estado satisfaça qualquer indemnização goza de direito de regresso, competindo aos titulares de poderes de direcção, de supervisão, de superintendência ou de tutela adoptar as providências necessárias à efectivação daquele direito ⁽²⁶⁾.

Nos termos do artigo 9.º, consideram-se ilícitas as acções ou omissões dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes (e magistrados) que integram os serviços de administração de justiça que violem disposições ou princípios

⁽²⁵⁾ Neste sentido, quanto à analogia entre as duas situações, vd. D. FREITAS DO AMARAL, «Intervenção», *Responsabilidade civil...*, cit., p. 51. Quanto ao novo regime de responsabilidade por danos decorrentes da actividade administrativa, vd. M. REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade civil administrativa, Direito administrativo geral*, Tomo III, Lisboa, 2008.

⁽²⁶⁾ Sobre este assunto, vd. especialmente JOÃO CAUPERS, «Responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 40, 2003, pp. 47 e 49.

constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos, sendo certo que haverá igualmente ilicitude sempre que do funcionamento anormal do serviço resulte ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos.

Pois bem, chegados aqui, e sendo claro que à luz do RRcivilEE haverá ilicitude sempre que existir violação de disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares e ofensa de direitos e interesses legalmente protegidos decorrente do funcionamento anormal do serviço, cumpre reflectir sobre este pressuposto de responsabilização do Estado-juiz, quer este surja obrigado a título próprio ou solidário, e sobre o dano e cálculo de indemnização, procurando interpretar os conceitos legais à luz da jurisprudência constitucional e europeia.

Desde logo, há uma imensa dificuldade na concretização do pressuposto de ilicitude ⁽²⁷⁾. E quanto ao dano indemnizável — sem que tenha que ser

⁽²⁷⁾ Como se deixou assinalado nas considerações introdutórias, tanto na perspectiva do direito internacional, artigo 6.º, § 1, da CEDH, como na das normas de natureza interna, sobretudo nos termos do artigo 20.º, n.º 4, da CRP, o direito a decisão judicial em prazo razoável é parte integrante do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva. É para tais normativos que em última instância se deverá remeter a aferição da ilicitude. É certo que a propósito do direito a decisão judicial em prazo razoável, o TC ainda não precisou parâmetros de valoração do conceito que o legislador empregou para concretizar uma das dimensões do direito fundamental de acesso aos tribunais, não obstante não deixar de concluir que tal direito deve servir de parâmetro de racionalidade no cumprimento da imposição legiferante de criação de um sistema de protecção jurisdicional eficaz — uma vez que o legislador ordinário está proibido de consagrar no processo actos e formalidades inúteis, principalmente tratando-se de processos que o legislador constituinte destaca como devendo ser obrigatoriamente simplificados e prioritários — e deve servir como princípio orientador da actuação de qualquer funcionário, agente ou juiz zeloso e cumpridor, principalmente quando este tem poderes significativos no processo. Assim, um primeiro parâmetro de aferição da ilicitude deve buscar-se no acórdão n.º 248/02 (proc. n.º 89/2002) do TC, já que este afirmou que «o princípio da obtenção de uma decisão judicial em prazo razoável (...) aponta para que, quando os cidadãos recorram aos tribunais para defenderem os seus direitos ou interesses legalmente protegidos, venham a obter, da parte destes, uma decisão sem dilações indevidas», sendo certo que haverá ilicitude se existirem dilações processuais, pois um parâmetro de medição aponta para a consideração «dos prazos que se encontrarem estabelecidos para formação e proferimento da decisão nas cabidas leis processuais». Afinal, trazendo à colação um acórdão mais antigo (n.º 223/95, proc. n.º 721/93), para o TC, o conceito de direito ao prazo razoável é sinónimo de direito a «obter do órgão jurisdicional competente uma decisão dentro dos prazos legais pré-estabelecidos». A ser assim, não se vê como certos

qualificado — há que ter em conta que ele inclui naturalmente o dano moral, sendo certo que quanto ao critério de determinação do *quantum* da reparação

juízes possam continuar a sustentar que o não respeito pelos magistrados dos prazos estabelecidos na lei processual não traduz por si só ilicitude. É certo que a valoração em concreto do pressuposto de ilicitude pressupõe sempre o apelo ao conceito de razoabilidade da demora na administração da justiça, quer pela vinculação decorrente das normas constitucionais (mormente *ex vi* artigos 20.º, n.ºs 1, 4 e 5, e 268.º, n.ºs 4 e 5), quer das normas constantes da Convenção e da jurisprudência do TEDH. E, é certo que, de um modo ou de outro, é necessário proceder à valoração, em concreto, do conceito indeterminado de que o legislador se serve para garantir e densificar esta dimensão do direito fundamental de acesso ao tribunal. Enfim, ainda que se deva ter presente o respeito pelo *jus dicere* (autonomia e independência) dos juízes, não deixa de ser questionável que a «vaga e tabeliônica invocação de acumulação de serviço», e a conseqüente prática de actos fora do prazo legal, possa justificar no foro nacional a recorrente invocação de funcionamento anormal do serviço, e a conseqüente responsabilidade directa e exclusiva do Estado (e de todos nós, os contribuintes), ou a ausência por si só de ilicitude ou violação do direito dos particulares — o que seria ainda pior. Bem como não pode aceitar-se a afirmação jurisprudencial de que «os preceitos legais que fixam o prazo para os magistrados praticarem, no processo, os respectivos actos, sejam eles pareceres, despachos ou sentenças, [são] normas disciplinadoras da actividade processual (...)» e «conseqüentemente a sua não observância pelos magistrados não constitui facto ilícito», tanto mais quanto, à luz das preocupações de ordem político-legislativa da sociedade tardo-moderna, do legislador experimental — que não deixa de ser aceite pelo Tribunal Constitucional (vd. acórdão do TC n.º 69/2008) — se criam processos especiais, nos quais as fases e os prazos são tipicamente previstos e se dá atenção à duração do processo em função de certos valores, incluindo o tipo de situação jurídica que é carente de tutela. Na verdade, não compreendemos como pode considerar-se que, especialmente em relação a tais processos, o desrespeito pelos prazos processuais não se traduza imediatamente em ilicitude. De resto, imperioso se torna que, quanto à valoração do grupo de conceitos referentes à violação do direito à emissão de sentença em prazo razoável (ou ilicitude), se considere, por um lado, a complexidade/simplicidade da causa — *id est*, que se aplique o primeiro critério do método seguido pelos órgãos de Estrasburgo para avaliar da duração razoável do processo — e que se examine o assunto sobre que o processo versa e se avalie da urgência que as partes podem ter na prolação da sentença — usando o quarto critério do método seguido pela jurisprudência da Convenção: «l'enjeu du litige». E, claro, lembrando a jurisprudência do TEDH, cumpre ter sempre presente que o Tribunal de Estrasburgo já afirmou que a duração razoável corresponde em princípio à duração média de um processo, sendo certo que — em princípio, sublinhe-se — a duração média em 1.ª instância deve corresponder a 3 anos, ou dois anos e sete meses, se atendermos a causas em matéria laboral ou relativas a pessoas. E a duração média de todo o processo — em princípio, sublinhe-se de novo — deve corresponder a um período que vai de 4 a 6 anos, salvo casos especiais, em que o período de 2 anos pode significar duração excessiva, tendo em conta particulares direitos ou interesses próprios do caso.

se deve ter em conta o *critério dos casos semelhantes* ou *da mesma espécie*. E, de facto, a este propósito, só pode seguir-se a jurisprudência europeia, que impõe a consideração da sua jurisprudência. E, claramente, a propósito da necessidade de interpretação e aplicação conforme, no caso *Musci c. Itália* (processo n.º 64 699/01), o Tribunal de Estrasburgo afirmou, em termos gerais, que a duração (em anos) de um processo se apura no seu conjunto e não isoladamente por cada ano de atraso. Contudo, por cada ano de demora deve existir uma reparação que, quanto ao dano moral, pode variar entre € 1 000 a € 1 500 Euros, independentemente da sorte da acção perante o juiz nacional. Este cálculo constitui apenas, na verdade, uma base de partida da valoração, podendo aumentar para € 2 000 Euros, tendo em conta a importância da matéria que é objecto da lide (como acontece a propósito de questões de trabalho, questões sobre as pessoas, o seu estatuto, saúde ou vida), ou diminuir, conforme exista pouca importância dos interesses em jogo ou o comportamento do requerente justifique a demora.

Enfim, para calcular a quantia da indemnização a fixar, o juiz nacional tem que ter em conta as bitolas europeias e sobretudo tem que conhecer «os casos semelhantes» e a *medida do quantum debeat* estabelecida para cada «espécie de casos» para ressarcimento do dano moral, exigindo-se ao juiz nacional a valoração convincente de congruência do caso concreto ao caso da espécie. Em suma, para fixar quantitativamente o valor da indemnização, tem-se entendido que, porque não há uma regra de liquidação propriamente dita, cumpre à jurisprudência nacional desenvolver uma tarefa dialogante com a jurisdição de Estrasburgo quanto à identificação e classificação dos tais *precedentes* e quanto aos imprescindíveis elementos de medida da quantificação da indemnização do dano, pois, só assim o RRCivilEEE se apresentará como uma solução efectiva de reparação para as vítimas do funcionamento do serviço de justiça. Em qualquer caso, faltando essa interpretação e aplicação em conformidade com a jurisprudência europeia, os lesados podem (e devem) recorrer subsidiariamente ao TEDH. E assim é especialmente quando a quantia indemnizatória fixada pelo juiz nacional seja claramente inferior àquela que lhe deveria ser atribuída, segundo a bitola europeia.