

CAPÍTULO IV

Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa

Artigo 15.º

Responsabilidade no exercício da função político-legislativa

1 – O Estado e as regiões autónomas são civilmente responsáveis pelos danos anormais causados aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos por atos que, no exercício da função político-legislativa, pratiquem, em desconformidade com a Constituição, o direito internacional, o direito comunitário ou ato legislativo de valor reforçado.

2 – A decisão do tribunal que se pronuncie sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma jurídica ou sobre a sua desconformidade com convenção internacional, para efeitos do número anterior, equivale, para os devidos efeitos legais, a decisão de recusa de aplicação ou a decisão de aplicação de norma cuja inconstitucionalidade, ilegalidade ou desconformidade com convenção internacional haja sido suscitada durante o processo, consoante o caso.

3 – O Estado e as regiões autónomas são também civilmente responsáveis pelos danos anormais que, para os direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, resultem da omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais.

4 – A existência e a extensão da responsabilidade prevista nos números anteriores são determinadas atendendo às circunstâncias concretas de cada caso e, designadamente, ao grau de clareza e precisão da norma violada, ao tipo de inconstitucionalidade e ao facto de terem sido adotadas ou omitidas diligências suscetíveis de evitar a situação de ilicitude.

5 – A constituição em responsabilidade fundada na omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais depende da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional.

6 – Quando os lesados forem em tal número que, por razões de interesse público de excecional relevo, se justifique a limitação do âmbito da obrigação de indemnizar, esta pode ser fixada equitativamente em montante inferior ao que corresponderia à reparação integral dos danos causados.

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Função político-legislativa do Estado
3. Responsabilidade por ação
 - 3.1. Ilicitude
 - 3.2. Danos anormais
 - 3.3. Nexo de causalidade
 - 3.4. Culpa do legislador
 - 3.5. Recurso para o Tribunal Constitucional
4. Responsabilidade por omissão
 - 4.1. Pressupostos da responsabilidade por omissão
 - 4.2. Decisão prévia de verificação da inconstitucionalidade por omissão
5. Limitação excecional da obrigação de indemnizar
6. (Ir)responsabilidade dos titulares dos órgãos legislativos

1. Introdução

A previsão de uma disciplina material da responsabilidade do legislador é um dos aspetos mais inovadores da presente lei, sobretudo no confronto com o regime do antigo Decreto-Lei n.º 48051. Contudo, por um lado, não deixa de haver algo de paradoxal na definição, pelo legislador ordinário, das regras substantivas da sua própria responsabilidade civil. E, por outro lado, também não se pode dizer que o regime concretamente contido neste artigo 15.º represente uma rutura com o entendimento doutrinal e jurisprudencial vigente à data da sua publicação. Bem pelo contrário, em vez de dar um passo em diante, em alguns importantes aspetos de regime o legislador recuou em relação ao entendimento maioritário sobre o alcance e a extensão do dever do Estado indemnizar os particulares por atos ou omissões da sua função legislativa.

I – Quanto ao problema do paradoxo da definição legislativa do regime substantivo da responsabilidade do próprio legislador, é fundamental compreender o artigo 22.º da Constituição à luz do debate sobre a sua exequibilidade mediata ou imediata (RUI MEDEIROS, anotação ao artigo 22.º, em JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, 2.ª ed., 2010, pp. 480-481).

Sucede que o artigo 22.º da Constituição não pode ser entendido adequadamente se for tomado em bloco, como se contivesse apenas uma e uma só norma. Ele comporta em si uma pluralidade de segmentos normativos – pelo menos um por cada uma das

funções do Estado que abarca – e, portanto, a sua interpretação tem de ser feita em separado, considerando a natureza e o regime constitucional da função estadual que concretamente estiver em causa. Em separado, pois, mas devendo cada um desses segmentos normativos ser articulado com os outros preceitos constitucionais que versam aspetos particulares do regime de responsabilidade das diferentes funções do Estado e dos respetivos agentes. Assim, por exemplo, no que respeita à responsabilidade pelo exercício da função administrativa, o artigo 22.º tem de ser interpretado em conjugação com a alínea s) do n.º 1 do artigo 165.º (reserva relativa de competência legislativa) e com o artigo 271.º (responsabilidade de funcionários e agentes), enquanto relativamente à função jurisdicional se devem considerar o n.º 5 do artigo 27.º (privação ilegal da liberdade) e o n.º 6 do artigo 29.º (condenação injusta), e ainda o n.º 4 do artigo 20.º (direito a uma decisão num prazo razoável) e, por último, o n.º 2 do artigo 216.º (princípio da irresponsabilidade dos magistrados). Já em relação à função legislativa, a coordenação do artigo 22.º faz-se essencialmente com o n.º 1 do artigo 117.º (princípio da responsabilidade dos titulares de cargos políticos) e com o n.º 1 do artigo 157.º (irresponsabilidade dos deputados pelos seus votos e opiniões).

Há uma diferença essencial entre, por uma banda, a função legislativa e, por outra banda, as funções administrativa e jurisdicional, a qual condiciona de forma determinante os respetivos regimes de responsabilidade. Essa diferença reside no facto de a função legislativa ser uma *função primária*, enquanto as outras duas são *funções secundárias* e, portanto, subordinadas não apenas à Constituição mas também à lei ordinária – conforme se dispõe, aliás, no artigo 203.º e no n.º 2 do artigo 266.º da própria Lei Fundamental. A Constituição pode, assim, impor ao legislador ordinário que discipline a responsabilidade civil do Estado pelo exercício das funções administrativa e jurisdicional, mas o mesmo já não se pode dizer da responsabilidade pelo exercício da função legislativa. Na verdade, remeter em termos imperativos para o legislador ordinário a fixação dos pressupostos e do alcance da sua própria responsabilidade geraria uma situação paradoxal, em que o ente responsável poderia legitimamente estabelecer, de forma genérica ou caso a caso, a medida da sua própria obrigação, ficando inclusive autorizado, se assim o desejasse, a isentar-se por completo dessa mesma obrigação.

Ora, é manifesto que “«responsabilidade» que possa ser afastada por simples expressão da vontade do ente «responsável» não

é «responsabilidade», mas sim um “*poder ou faculdade*, que se traduzirá na decisão livre de *querer ou não querer indemnizar o prejuízo que se causou*” (MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, 1998, p. 404). Por conseguinte, qualquer interpretação do artigo 22.º terá de ter em conta, no tocante à responsabilidade do legislador, que “um regime de responsabilidade digno desse nome pressupõe que o autor do dano não se pode subtrair à obrigação de indemnizar o lesado” (RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade do Estado por actos legislativos*, 1992, p. 37). Consequentemente, os pressupostos da responsabilidade civil do legislador – bem como a extensão da própria obrigação de indemnizar – hão de estar sempre suficientemente definidos ao nível das opções constitucionais, sendo complementados quando necessário pelas *traves mestras do instituto da responsabilidade civil* e, naturalmente, concretizados pela jurisprudência.

Uma interpretação sistemática da Constituição confirma esta mesma ideia. Seguramente que nenhum argumento decisivo se pode retirar do simples facto de o artigo 22.º não fazer qualquer remissão para a lei. Mas mais significativo é o contraste com os preceitos que versam especificamente sobre responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional e sobre responsabilidade da Administração, uma vez que todos eles fazem expressa remissão para lei concretizadora. É o que sucede, quanto à função jurisdicional, com o n.º 5 do artigo 27.º e com o n.º 6 do artigo 29.º, os quais remetem a concretização dos direitos a indemnização neles consagrados para os “*termos*” e “*condições*” que a lei prescrever. E o mesmo se verifica quanto à função administrativa, em que, além da remissão para a lei constante do n.º 4 do artigo 271.º, a Constituição integra na reserva relativa de competência da Assembleia da República todo o regime da “*responsabilidade civil da Administração*” [alínea s) do n.º 1 do artigo 165.º]. Esta diferença de postura do legislador constituinte só se pode compreender a partir da diferente natureza da função legislativa, de um lado, e das funções jurisdicional e administrativa, de outro lado. Ou seja, só o regime de responsabilidade do Estado pelo exercício de funções subordinadas à lei tem de ser, por força da Constituição, disciplinado legislativamente. Não assim a responsabilidade do próprio Estado-legislador.

Desta forma, o artigo 22.º, no seu segmento normativo referente à responsabilidade do legislador, por ações e omissões, sempre foi e continua a ser, não apenas uma norma preceptiva exequível

por si mesma – na sua relação com o legislador ordinário –, mas também uma norma diretamente aplicável – na sua relação com os tribunais e enquanto portador de um direito, liberdade e garantia de natureza análoga (n.º 1 do artigo 18.º). Para a lei ordinária o artigo 22.º deixa apenas o acessório, como sucede com a tarefa de definir os tribunais competentes para conhecer das ações de responsabilidade civil por ação ou omissão do legislador e de estabelecer as vias e regras processuais aplicáveis – tarefas essas que, como se sabe, mesmo antes desta Lei n.º 67/2007, já estavam cumpridas pelo ETAF [artigo 4.º, n.º 1, alínea g)] e pelo CPTA [artigo 37.º, n.º 2, alíneas f) e g)].

Em conclusão, antes ou depois da Lei n.º 67/2007 e deste seu artigo 15.º, a responsabilidade civil do legislador há-de assentar essencialmente em três pilares: na Constituição, nas traves mestras do instituto da responsabilidade civil, e na criatividade e prudência dos tribunais. Não por acaso, bem antes desta lei e deste preceito, já os tribunais portugueses efetivavam a responsabilidade do legislador, tanto por ação como por omissão, aplicando diretamente o artigo 22.º da Constituição, em articulação com os princípios gerais de direito em matéria de responsabilidade civil (*v.g.*, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de setembro de 2000). É esta, segundo se julga, a interpretação mais correta à luz do princípio da separação e interdependência de poderes. Por essa razão, várias das soluções que o legislador de 2007 protagonizou no sentido de elevar a fasquia da sua própria responsabilidade não devem, tanto quanto possível, ser tomadas literalmente, como normas de exclusão definitiva de responsabilidade, mas apenas como normas de exclusão de uma obrigação de indemnizar ao abrigo do regime da presente lei.

II – De certa forma a confirmar a impossibilidade de confiar ao legislador a definição do núcleo essencial do seu próprio regime de responsabilidade, está o facto de a presente lei ser *particularmente benevolente* no tratamento concedido à função legislativa, sobretudo quando confrontado com o agravamento das condições de responsabilidade aplicáveis às outras duas funções estatais.

Assim, no que concerne à função administrativa, o legislador reforçou claramente o nível de exigência, tanto no que respeita à responsabilidade da própria Administração – como sucede com o reconhecimento formal da chamada “culpa do serviço” e devido às “presunções de culpa” estabelecidas –, mas sobretudo no que respeita à responsabilidade dos titulares dos órgãos, funcionários

e agentes – aqui em virtude do alargamento da solidariedade (à culpa grave) e do regime muito inovador e impositivo do direito de regresso. E também, no que toca à função jurisdicional, o legislador aumentou o seu nível de exigência em relação ao regime anterior. Na responsabilidade do Estado, alarga sensivelmente o seu âmbito, compreendendo, além dos dois casos especiais já anteriormente previstos do n.º 5 do artigo 27.º e do n.º 6 do artigo 29.º da Constituição: primeiro, uma cláusula geral de responsabilidade pelos danos causados por deficiente administração da justiça (onde aliás se estabelece uma equiparação algo arrojada à responsabilidade da Administração) (artigo 12.º); segundo, um princípio geral de responsabilidade por danos causados por decisões manifestamente inconstitucionais, ilegais (*erro de direito*), ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto (*erro de facto*) (artigo 13.º). Mas, sobretudo, o legislador vem estabelecer um regime inovador do direito de regresso contra os magistrados que, na aparência, é mesmo obrigatório: apesar de o n.º 2 do artigo 14.º se referir a uma “decisão de exercer o direito de regresso”, a verdade é que o princípio geral do diploma é o previsto no n.º 1 do artigo 6.º e, portanto, o da obrigatoriedade.

Em contrapartida, no que tange à função legislativa, o nível de exigência é completamente diferente. A responsabilidade do legislador está rodeada de mil e uma cautelas:

- a) Primeiro, só há responsabilidade por *danos anormais*. Trata-se aqui, curiosamente, de um conceito herdado do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 48051, sobre responsabilidade pelo risco. Apesar de a definição dos danos anormais aparecer no artigo 2.º da lei, como uma disposição de cariz geral – são aqueles danos que ultrapassam os custos normais de vida em sociedade –, a verdade é que essa definição só se aplica ao legislador e à responsabilidade pelo sacrifício (n.º 1 e n.º 3 do artigo 15.º e artigo 16.º);
- b) Segundo, o legislador – certamente receoso de algum ativismo dos tribunais comuns em matéria de responsabilidade do legislador – procura defender-se dessa eventualidade forçando um *recurso especialíssimo para o Tribunal Constitucional*, que não caberia nos termos gerais do sistema de fiscalização da constitucionalidade (n.º 2 do artigo 15.º) e cuja compatibilização com esse mesmo sistema se não afigura pacífica. Na velha lógica kelseniana, o Tribunal Constitucional é aqui utilizado como escudo protetor das

- obras do legislador ordinário, contra o risco de uma eventual insensibilidade política dos tribunais comuns;
- c) Terceiro, no n.º 4 do artigo 15.º, são em larga medida afastados os princípios gerais fixados pelos artigos 9.º e 10.º em matéria de ilicitude e de culpa. Há na realidade uma tentativa de exigir como pressupostos da responsabilidade do legislador, por um lado, uma forma de *ilicitude especialmente qualificada* e, por outro lado, uma *culpa entendida em termos subjetivos* e não em termos objetivos – em ambos os casos ao arrepio dos entendimentos que vêm sendo construídos doutrinal e jurisprudencialmente;
 - d) Em quarto lugar, no n.º 6 do artigo 15.º, abre-se a possibilidade de *fixação equitativa da indemnização*, claramente abaixo dos efetivos prejuízos sofridos pelos lesados – procurando-se estabelecer um paralelo, que só em parte existe, com a faculdade que a Constituição confere ao Tribunal Constitucional no n.º 4 do artigo 282.º de fixar os efeitos da inconstitucionalidade com alcance mais restrito do que o normal;
 - e) Em quinto lugar, o legislador parece ter tido a intenção de *excluir em absoluto a possibilidade de direito de regresso* no domínio da responsabilidade pelo exercício da função legislativa. O contraste com as demais funções é aqui particularmente chocante, porquanto, se há coisa que caracteriza o diploma em análise, é precisamente a intenção de alargar e de tornar imperativo o direito de regresso;
 - f) Finalmente, a *responsabilidade civil por omissão legislativa foi reduzida a uma possibilidade puramente formal*. Por força da recondução substantiva da omissão legislativa à não concretização das normas constitucionais não exequíveis por si mesmas – deixando deliberadamente de fora o incumprimento dos deveres do legislador de proteção de direitos fundamentais – e, depois, por efeito da colocação das correspondentes ações de responsabilidade na dependência de uma decisão do Tribunal Constitucional tirada ao abrigo do artigo 283.º, é possível concluir que, em termos práticos, a função legislativa é a única das funções estatais em que não há verdadeiramente responsabilidade por omissão.

Partindo de um mesmo referente constitucional – o artigo 22.º, aplicável às três funções do Estado, e que assenta tanto na dicotomia responsabilidade do Estado *versus* responsabilidade dos

titulares dos órgãos, funcionários e agentes, como na dicotomia responsabilidade por ação *versus* responsabilidade por omissão –, chegou-se a um diploma em que, quanto à função legislativa, só o próprio Estado responde e só responde por ação. Não deixa de ser curioso, aliás, que o Presidente da República, na mensagem que acompanhou o veto do Decreto n.º 150/X, tenha apontado críticas às soluções aplicáveis à responsabilidade das três funções do Estado, considerando-as todas demasiado generosas para com os lesados – com consequências para o equilíbrio das finanças públicas –, e o legislador parlamentar, em resposta ao veto, tenha deixado cair apenas mais uma parte da sua própria responsabilidade, suavizando-a novamente. Em contrapartida, não obstante a pertinência de algumas das críticas formuladas, o legislador parlamentar deixou absolutamente intocado o regime de responsabilidade pelo exercício das funções administrativa e jurisdicional.

2. Função político-legislativa do Estado

O artigo 15.º – que sozinho ocupa todo o capítulo IV deste diploma – tem por epígrafe “*responsabilidade no exercício da função político-legislativa*”. Acontece que não é claro o que deva entender-se aqui por função “político-legislativa”.

I – É certo que as clássicas tripartições de poderes do Estado, inspiradas no *Espírito das Leis* de MONTESQUIEU, se encontram hoje claramente ultrapassadas – por incapazes de explicar adequadamente uma parte significativa da atividade jurídico-pública dos diferentes órgãos constitucionais. É igualmente certo que todas as novas classificações das funções do Estado são mais complexas e compreendem, pelo menos, mais uma função estatal – inspirada ou não no poder moderador de BENJAMIN CONSTANT. Mas, no essencial, o que se pretende com a autonomização de uma quarta função do Estado é enquadrar em termos constitucionalmente adequados toda uma zona de atividade jurídica dos órgãos de soberania, integrados no sistema de governo, que pela sua dependência direta da Constituição não é assimilável ao poder executivo e que, pelo seu carácter não normativo, não pode igualmente ser subsumida no poder legislativo.

Daí a ideia de uma *função governativa* ou de uma *função política* em sentido estrito – sem prejuízo da dimensão política, de definição geral e primária do interesse público, que ocasionalmente perpassa

também noutras das funções estatais, mas que sobretudo marca de forma indelével a própria função legislativa (JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, 4.^a ed., 2010, pp. 27 ss). Neste sentido, são antes de mais atos da função política aqueles que o Presidente da República pratica ao abrigo das suas competências previstas nos artigos 133.º, 134.º e 135.º Assim como os atos emanados pela Assembleia da República ao abrigo das suas competências não legislativas, tanto as contidas no artigo 161.º, quanto as previstas nos artigos 162.º e 163.º E ainda, entre outros, os atos do Governo praticados à sombra do artigo 197.º Idêntica inventariação se poderia fazer, aliás, nos contextos insulares, relativamente aos Representantes da República, às Assembleias Legislativas e aos Governos Regionais.

II – Assim, duas alternativas hermenêuticas se perfilam para a epígrafe – e, por consequência, para o âmbito de aplicação – deste artigo. Ou o preceito pretende abarcar, lado a lado, a responsabilidade do Estado por *atos da função política* em sentido estrito e a responsabilidade do mesmo Estado por *atos da sua função legislativa* propriamente dita. Ou então o preceito visa limitar a responsabilidade do Estado, primeiro, à função legislativa e, segundo, aos casos em que as leis (ou omissões) em causa têm essencialmente um conteúdo político, procedendo à referida definição do interesse público primário em termos gerais e abstratos. Quer dizer, excluindo aquelas hipóteses em que a forma externa de ato legislativo é utilizada com outras finalidades – mormente, as leis que assumem um conteúdo meramente executivo (ou não inovador) e os puros atos administrativos sob a forma de lei.

Apesar de não explicar inteiramente a redação literal adotada pelo preceito, a primeira alternativa é seguramente a mais consentânea com o artigo 22.º da Constituição, que abrange a totalidade das funções do Estado, sem excluir nenhuma delas. A função política, apesar de os atos que pratica estarem em larga medida excluídos das vias normais de controlo jurisdicional, não deixa de estar sujeita ao princípio da constitucionalidade do artigo 3.º É sabido, em todo o caso, que não serão muitos na prática os atos da função política em sentido estrito que produzem efeitos jurídicos fora das relações interorgânicas e que se projetem diretamente sobre a esfera jurídica dos particulares de modo a gerar aí danos indemnizáveis nos termos gerais. Não obstante, as ações de proteção diplomática e sobretudo o não exercício dessa

prerrogativa internacional do Estado podem constituir aqui, ao abrigo do artigo 14.º da Constituição, uma importante exceção.

A segunda alternativa deve assim ser afastada na sua intenção limitadora da responsabilidade do Estado. Apesar de tudo, deve reconhecer-se-lhe o mérito de explicitar – ao abrigo do n.º 4 do artigo 268.º da Lei Fundamental, que estabelece o princípio do tratamento indiferenciado dos atos administrativos “independentemente da sua forma” (artigo 52.º CPTA) –, que o regime mais exigente da responsabilidade do legislador, contido no próprio artigo 15.º, só pode valer para os casos em que a lei corresponde à expressão verdadeira de um poder legislativo material. Às leis que não revistam essas características, em virtude do seu conteúdo meramente executivo ou individual e concreto, há de poder aplicar-se o regime comum da responsabilidade da Administração, contido no capítulo II do diploma em análise (artigos 7.º a 11.º) (JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, 4.ª ed., cit., pp. 156 ss).

3. Responsabilidade por ação

Tratando-se de responsabilidade pelo exercício da função (política e) legislativa, os sujeitos jurídicos cuja conduta ativa é potencialmente geradora dessa responsabilidade são naturalmente o Estado – que tem por órgãos legislativos a Assembleia da República e o Governo – e as Regiões Autónomas – que têm por (únicos) órgãos legislativos os respetivos Parlamentos regionais. Olhando ao sistema português de repartição da competência legislativa, nenhum outro órgão constitucional – ainda que dotado de amplos poderes normativos – pode produzir atos geradores de responsabilidade do legislador.

I – Para que haja responsabilidade é necessário que tenha sido emanado um ato legislativo – que nos termos do artigo 112.º da Constituição, tanto pode ser uma lei (aprovada pela Assembleia da República), um decreto-lei (do Governo, aprovado em Conselho de Ministros) ou um decreto legislativo regional (com origem numa das duas Assembleias Legislativas insulares) –, e que esse ato legislativo seja violador de um dos parâmetros que condiciona a sua validade ou eficácia. Mais precisamente:

- a) A *Constituição* (n.º 3 do artigo 3.º e n.º 1 do artigo 277.º), em conformidade com o princípio geral da constitucionalidade das leis;

- b) O *Direito Internacional*, seja ele comum, convencional ou emanado dos órgãos de organizações internacionais (n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 8.º), que vigorando internamente é colocado comumente na hierarquia das fontes normativas numa posição infraconstitucional, mas supralegal – quando não mesmo supraconstitucional, como sucederá porventura com algumas normas de *jus cogens* e, em particular, à luz do n.º 2 do artigo 16.º, com as normas da própria Declaração Universal dos Direitos do Homem;
- c) O *Direito da União Europeia* (ou comunitário, na expressão da lei) (n.º 4 do artigo 8.º), tanto o direito originário como o direito derivado, que em virtude do *princípio do primado* instituído pela jurisprudência europeia tem seguramente prevalência sobre o direito ordinário dos Estados-membros;
- d) As *leis de valor reforçado*, que, nos termos do n.º 3 do artigo 112.º, serão sucessivamente as leis orgânicas (n.º 2 do artigo 166.º), as leis que carecem de aprovação por dois terços (n.º 6 do artigo 168.º) e, bem ainda, todas aquelas leis que – *por força de disposição expressa do próprio texto constitucional* (v.g., n.º 1 do artigo 106.º, n.º 2 do artigo 112.º, n.º 1 do artigo 226.º, n.º 1 do artigo 293.º) – sejam pressuposto normativo necessário de outras leis (v.g., leis de bases, leis de autorização, leis de enquadramento) ou que por outras leis devam ser respeitadas (v.g., estatutos político-administrativos dos Açores e da Madeira).

Primeiro pressuposto da responsabilidade é, portanto, a existência de uma norma legal que simultaneamente produza efeitos na esfera jurídica dos particulares – caso contrário faltaria o dano indemnizável – e que esteja viciada por *inconstitucionalidade*, *ilegalidade* por violação de leis de valor reforçado, *ineficácia* ou por qualquer outro vício (ou valor jurídico negativo) associado à violação de normas de Direito Internacional e de normas de Direito da União Europeia. Em qualquer dos casos, sublinhe-se, o desvalor que afeta o ato legislativo não pode ser de tal modo grave e evidente – como se verifica nos casos de inexistência – que o impeça de, ao menos no plano dos factos, se projetar em termos efetivos sobre as posições jurídicas ou sobre os interesses materiais dos cidadãos.

II – No que diz especificamente respeito ao Direito da União Europeia, importa por um lado ter em atenção o disposto no n.º 8

do artigo 112.º, segundo o qual “a transposição dos atos jurídicos” das respetivas instâncias “para a ordem jurídica interna assume a forma de lei, decreto-lei ou [...] decreto legislativo regional”. Embora tal exigência de nível hierárquico não resulte do próprio Direito da União, a verdade é que esta valorização formal dos atos de transposição decidida pelo legislador de revisão constitucional comporta, por arrastamento, uma expansão substancial do campo da responsabilidade do Estado-legislador – tanto por ação, como por omissão –, no confronto com a responsabilidade da Administração pelo exercício das suas faculdades regulamentares.

Por outro lado, interessa sublinhar que a responsabilidade dos Estados por violação do Direito da União segue um regime próprio, em larga medida moldado pela jurisprudência europeia e em especial pelos acórdãos *Francovich* (Processos n.ºs C-6/90 e C-9/90), *Brasserie du pêcheur* (Processos n.ºs C-46/93 e C-48/93) e *Traghetti del Mediterraneo* (Processo n.º C-173/2003). Tal regime dispensa a prévia verificação da violação do Direito da União por parte das instâncias jurisdicionais europeias, devendo a efetivação da responsabilidade do Estado-legislador seguir as vias processuais e a tramitação definidas internamente, que todavia não devem obstaculizar ou dificultar injustificadamente o sucesso das pretensões indemnizatórias dos particulares. De um modo geral, aliás, tal não sucederá no caso português, mesmo atendendo aos elementos de ponderação a que o n.º 4 e o n.º 6 do artigo em análise mandam atender – e que podem, naturalmente, conduzir a uma redução dos montantes indemnizatórios ou, no limite, à própria exclusão da obrigação de indemnizar.

3.1. **Ilicitude**

Além da violação dos quatro parâmetros de validade ou eficácia jurídica interna das leis ordinárias comuns acima referidos – a que poderá chamar-se *ilicitude objetiva* –, o n.º 1 do artigo 15.º exige também (com autonomia em relação ao pressuposto do dano) a demonstração da existência de uma ofensa contra “direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos” – o que poderá designar-se por *ilicitude subjetiva* (CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas anotado*, 2.ª ed., 2011, pp. 328 ss). Daí a ideia de um conceito complexo e particularmente exigente de ilicitude, sobretudo porque se trata de atos normativos, gerais e abstratos, e que por isso não se dirigem especificamente contra as posições jurídicas de quaisquer

sujeitos em particular. Se bem que, sublinhe-se, ilicitude objetiva e subjetiva não têm de ter a mesma *causa*: a invalidade ou ineficácia da lei não tem necessariamente de ser consequência da própria violação dos direitos ou interesses protegidos dos particulares.

I – A expressão “direitos ou interesses legalmente protegidos” é decalcada diretamente do artigo 9.º e indiretamente do n.º 1 do artigo 271.º da Constituição – ambos referentes à responsabilidade da Administração – e não tem por isso em conta as especificidades que a responsabilidade do legislador apresenta neste domínio da ilicitude. Como se salientou já, a função administrativa, enquanto função secundária, está subordinada à lei e, portanto, tem um dever de respeitar todos os direitos e todos os interesses que o legislador atribuiu ou reconheceu aos particulares. Mas o mesmo já não poderá dizer-se do próprio legislador, que desempenha uma função primária, e que portanto tem em geral a possibilidade de criar e extinguir direitos na esfera jurídica dos particulares, tomar certos interesses como legítimos num dado momento e, em razão de uma nova avaliação do interesse público, considerá-los irrelevantes ou até mesmo ilegítimos num momento subsequente. À luz da ideia de revisibilidade das leis – que integra o princípio da liberdade de conformação do legislador democrático – este não pode estar impedido de alterar a legislação por si emanada no passado, ainda que daí decorra uma *reformatio in pejus* da situação jurídica dos respetivos destinatários, com direitos validamente constituídos ao abrigo dos regimes em causa ou portadores de interesses claramente tutelados por lei anterior. Lei, decreto-lei e decreto legislativo têm igual valor e, portanto, inexistindo relações específicas de subordinação entre tais atos, lei posterior revoga lei anterior e lei especial derroga lei geral. Note-se, aliás, que o artigo 22.º da Constituição, no que respeita ao pressuposto da ilicitude, se refere apenas a “violação de direitos, liberdades e garantias” – e não a todos e quaisquer direitos fundamentais ou, menos ainda, a todos os direitos e interesses legalmente tutelados. Não porque, para efeitos da responsabilidade do Estado, a ilicitude se deva resumir a tais casos particularmente graves, mas porque a violação destes direitos representa aqui um mínimo denominador comum, inquestionavelmente aplicável a todas as funções do Estado e, em particular, à função legislativa. O artigo 22.º deve, neste domínio, ser entendido em conjunto com o artigo 18.º: este declara a vinculação de todos os poderes públicos aos direitos, liberdades e garantias; aqueloutro declara-os civilmente

responsáveis pela violação daqueles mesmos direitos (MANUEL AFONSO VAZ, *A responsabilidade civil do Estado – considerações breves sobre o seu estatuto constitucional*, 1995, p. 12). Por conseguinte, o respeito pelos “direitos e interesses legalmente protegidos” dos cidadãos não representa, em si mesmo e em toda a extensão destes, um parâmetro de validade das próprias leis ordinárias. A desconsideração legislativa desses direitos ou interesses não gera, naturalmente, inconstitucionalidade material – que só pode ser consequência da violação de direitos fundamentais.

II – A expressão em análise conserva, porém, um importante sentido útil. Com efeito, a situação descrita muda de figura se tais “direitos ou interesses legalmente protegidos” dos cidadãos estiverem consagrados não em lei ordinária simples, mas numa das outras três fontes normativas que o preceito aponta também como parâmetros vinculativos do legislador ordinário. Se os direitos resultarem de uma convenção internacional *self executing* – no pressuposto de que não se encontram preenchidos os requisitos da cláusula aberta do n.º 1 do artigo 16.º –, se estiverem consagrados num qualquer ato jurídico da União Europeia, ou se constarem de uma lei de valor reforçado que materialmente se imponha ao legislador ordinário no desempenho da sua atividade densificadora (*v.g.*, direitos contidos na lei de bases da educação, da saúde ou do ambiente), então sim, o Estado-legislador pode vir a responder pela sua violação.

A superior posição hierárquica ocupada pelas fontes normativas em questão, ou a especial função paramétrica que desempenham no seio da ordem jurídica, emprestam aos direitos e até aos interesses tutelados uma particularíssima consistência e uma maior resistência à mudança. Uns e outros não se impõem ao legislador por si mesmos, pelo seu próprio conteúdo, mas encontram-se blindados pela natureza do ato normativo em que estão inseridos. Nestes casos – à semelhança daqueles outros em que a inconstitucionalidade resulta da violação de um direito fundamental – verifica-se uma sobreposição entre a ilicitude subjetiva e a ilicitude objetiva. Quer dizer, é precisamente a ofensa do direito ou interesse legalmente tutelado que gera também a invalidade ou a ineficácia da própria lei.

III – Problema paralelo é o das inconstitucionalidades orgânicas e formais – bem como, marginalmente, da violação de regras de competência e de forma eventualmente contempladas pelo Direito

Internacional, no Direito da União Europeia e em leis de valor reforçado. Não representarão as inconstitucionalidades daquela natureza um caso em que a ilicitude objetiva não se traduz numa ilicitude subjetiva?

Não se trata aqui, naturalmente, daquelas situações em que o problema de competência ou de forma que afeta a validade do ato legislativo se convola num verdadeiro vício material. O que se passa é que certas regras de natureza orgânica e formal desempenham uma manifesta função garantística relativamente a certos direitos fundamentais dos particulares, de tal modo que a violação daquelas implica a ofensa destes. Pense-se, por exemplo, na violação do princípio da legalidade tributária, que em última análise importa também o desrespeito pelo direito dos cidadãos a não pagarem impostos que não tenham sido criados nos termos da Constituição e da lei [n.º 3 do artigo 103.º e alínea i) do n.º 1 do artigo 165.º]. Ou na falta de audição dos trabalhadores na feitura das leis em matéria laboral, em que além do problema procedimental há violação de direitos fundamentais das associações representativas dos trabalhadores [alínea d) do n.º 5 do artigo 54.º e alínea a) do n.º 2 do artigo 56.º].

A verdade é que mesmo as puras inconstitucionalidades orgânicas e formais não podem ser descartadas como fontes de ilicitude da lei, relevante para efeitos de responsabilidade civil do Estado. O n.º 4 do artigo em análise di-lo claramente, ao referir-se à ponderação que deve ser concedida ao “tipo de inconstitucionalidade” quando é chegado o momento decisivo da determinação da extensão da responsabilidade – ou até da sua própria exclusão. Ainda que o sentido seja aqui o de que a índole orgânico-formal dos vícios geradores da inconstitucionalidade deve servir para aligeirar a culpa e a responsabilidade do legislador, é inegável que não se exige uma inconstitucionalidade material – por violação de direitos fundamentais ou dos princípios constitucionais àqueles associados (*v.g.*, igualdade, proporcionalidade, proteção da confiança) – para que o Estado-legislador seja chamado a responder civilmente.

Compreende-se que assim seja. Com se disse acima, o legislador não está vinculado por meros direitos e interesses *legalmente* protegidos dos cidadãos, podendo reduzi-los ou simplesmente eliminá-los, ao abrigo da sua liberdade de conformação, num novo regime que entenda por bem decretar. Contando que, no tempo e modo desse novo regime, respeite os princípios constitucionais pertinentes, como a proteção da confiança, a igualdade ou

inclusivamente certos deveres constitucionais a que esteja sujeito no domínio dos direitos sociais ou de outras tarefas do Estado. Sucede que tem de cumprir também, para o efeito, as regras de competência e de forma que a Constituição lhe impõe. A ilicitude geradora de responsabilidade não tem necessariamente de resultar da violação das normas que definem o conteúdo substantivo dos próprios direitos (fundamentais ou legais) e das posições jurídicas dos cidadãos – o que, aliás, também não sucede verdadeiramente com as inconstitucionalidades materiais por violação dos princípios acabados de referir –, mas apenas da cumulação das referidas vertentes objetiva e subjetiva da ilicitude: inconstitucionalidade (ilegalidade ou ineficácia); afetação de posições jurídicas validamente constituídas dos particulares.

Nem se diga que, nas inconstitucionalidades orgânicas e formais, é possível ao legislador reproduzir o regime material em causa, mas agora sem o vício que o afetava e que determinou a sua censura constitucional. Em primeiro lugar, esse mesmo raciocínio prova demais, uma vez que também seria válido para algumas inconstitucionalidades materiais, como sucede com as decorrentes da violação do princípio da igualdade. Se o legislador restringe, em termos discriminatórios, os direitos de um grupo de pessoas A – no confronto com o grupo de pessoas B –, o legislador pode, na sequência de uma decisão de inconstitucionalidade, repor o mesmo regime legal restritivo, desde que alargue os seus destinatários ao referido grupo B. Em segundo lugar, nem sempre está ao alcance do legislador reproduzir, sem vícios, regimes anteriores orgânico-formalmente inconstitucionais. Pense-se em decretos legislativos regionais que invadam a reserva de competência legislativa dos órgãos de soberania, ou em decretos-leis que invadam a reserva absoluta ou relativa do Parlamento, não dispondo o Governo de maioria absoluta. Mesmo os vícios de forma das leis parlamentares podem não ser ultrapassáveis, porque pode faltar a maioria necessária para uma nova aprovação, ou pode ser exercido veto presidencial. Em terceiro lugar, mesmo quando o legislador consegue superar com sucesso o vício competencial ou formal que afetava o regime por si definido anteriormente, sempre ficaria por resolver o problema dos danos *medio tempore* – que podem ser muito substanciais e que o particular só tem de suportar quando produzidos validamente, em conformidade com a Constituição e com os demais parâmetros de validade e eficácia da lei.

IV – É ainda frequente excluir do âmbito da ilicitude, enquanto pressuposto da responsabilidade do legislador, os vícios da lei de natureza superveniente. Só os problemas de raiz dos atos legislativos – os vícios de inconstitucionalidade originária, ilegalidade originária ou de ineficácia originária – se traduziriam em ilicitude civil.

Semelhante conclusão, porém, só parece aceitável na perspetiva da responsabilidade por ação. Não na perspetiva da responsabilidade por omissão legislativa. Naturalmente, o legislador ordinário não pode alhear-se do percurso das leis que emanou no passado e, em particular, do problema da conformidade do ordenamento vigente com os novos parâmetros de validade – em princípio apenas substantiva, porque *tempus regit actum* – e de eficácia que vão sendo introduzidos por via de revisão constitucional, de emanação de leis de valor reforçado, da adesão a novas convenções internacionais ou das mutações ocorridas no Direito da União. O legislador ordinário tem um *dever de acompanhamento e correção* das leis vigentes e incorre em omissão legislativa sempre que, num prazo razoável, não procede à incorporação no *direito ordinário* das novas exigências do *direito superior* ou à simples compatibilização daquele com este.

Este é, portanto, um problema cuja sede se localiza na responsabilidade por omissão legislativa – embora a redação do n.º 3 deste artigo 15.º o ignore por completo.

V – A letra do preceito refere-se a direitos ou interesses *dos cidadãos*. Esta referência deve ser entendida como sinónima de *particulares* – embora esta terminologia seja mais comum a respeito da responsabilidade da Administração – e não como pretendendo restringir aos cidadãos nacionais o direito a indemnização por atos da função legislativa. Por um lado, por força do n.º 1 do artigo 15.º da Constituição, este direito não é um daqueles direitos fundamentais que possa ser reservado por lei aos cidadãos portugueses, valendo plenamente quanto a ele o princípio da equiparação entre estrangeiros, apátridas e nacionais. Por outro lado, o direito a indemnização abrange naturalmente as pessoas coletivas – que, desde logo, nos termos do artigo 12.º da Lei Fundamental, são também titulares de direitos fundamentais, incluindo o direito consagrado no artigo 22.º

3.2. Danos anormais

Naturalmente que não há obrigação de indemnizar sem dano. O próprio artigo 22.º – numa expressão cuja interpretação tem gerado bastante controvérsia – termina precisamente a referir-se à existência de um “prejuízo para outrem”.

I – Este segmento normativo do n.º 1 do artigo 15.º tem de ser interpretado em conjugação com o artigo 2.º, que define danos anormais como aqueles “*que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito*”. Tal significa, pela negativa, que não se exige como pressuposto da responsabilidade do legislador a especialidade dos danos – isto é, que estes “*incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afetarem a generalidade das pessoas*”. Assim como significa que, na responsabilidade do legislador, não estão em causa atuações públicas que pela sua natureza se traduzam na imposição de “*encargos*” aos cidadãos – como sucede com os factos lícitos que podem gerar, ao abrigo do artigo 16.º ou de outros regimes especiais, um dever de indemnização pelo sacrifício.

A anormalidade do dano constitui um pressuposto da própria responsabilidade civil do legislador e não um elemento a ter em conta no cálculo ou fixação da indemnização. Todavia, não decorre daqui que os danos anormais venham a ser reparados na totalidade – por reconstituição natural ou por indemnização pecuniária –, como decorreria do regime regra do artigo 3.º O n.º 4 do artigo em análise permite, por ponderação do grau de culpabilidade do legislador – aferido em função das circunstâncias concretas de cada caso – a limitação da extensão da responsabilidade. E o n.º 6 vai ainda mais longe, admitindo, independentemente do grau de culpa, a limitação da obrigação de indemnização através da fixação equitativa do valor desta “em montante inferior ao que corresponderia à reparação integral dos danos” – contando que os lesados sejam em número muito elevado e essa fixação seja justificada por razões de interesse público de excecional relevo.

II – Com o propósito de limitar a sua própria responsabilidade, o legislador utiliza aqui um conceito que é herdado do Decreto-Lei n.º 48051 e que, na economia desse diploma, tinha aplicação em sede de responsabilidade pelo risco e de responsabilidade por factos lícitos (artigos 8.º e 9.º). Atualmente, a anormalidade do dano mantém-se no domínio da indemnização pelo sacrifício – onde se

junta à especialidade do dano (artigo 16.^o) –, sai do regime da responsabilidade pelo risco – onde, em conformidade com o disposto no artigo 11.^o, todos os danos terão de ser indenizados –, mas ressurgiu inovadoramente como pressuposto da responsabilidade do Estado-legislador.

Para a definição de danos anormais o legislador socorre-se de um conjunto de três conceitos indeterminados que entrelaça uns nos outros – deixando dessa forma uma amplíssima margem de apreciação ao julgador. Assim, só há obrigação de indemnização relativamente a danos:

- a) Que ultrapassem os custos próprios da vida em sociedade;
- b) Que sejam graves;
- c) E que mereçam (por isso) a tutela do direito.

Simplemente, esta definição está ainda muito marcada pelas suas origens e não se compagina bem com a estrutura da responsabilidade do legislador, que é uma *responsabilidade por fatos ilícitos*. Compreende-se com facilidade que existem riscos normais, inerentes à vida em sociedade, e que têm de ser suportados por todas as pessoas como contrapartida pelos benefícios que tiram da sua integração comunitária. Numa sociedade de risco globalizada, marcada por uma invasão da vida quotidiana por atividades perigosas e processos e produtos tecnológicos altamente complexos, é mesmo de admitir que o limiar do risco (residual) que tem de ser tolerado pelos cidadãos possa subir. Tal como se compreende que o Estado nem sempre possa satisfazer as necessidades coletivas e prosseguir as suas políticas de interesse público sem impor encargos aos cidadãos, que por vezes se podem revelar pesados e difíceis de repartir equitativamente. Mas já será mais difícil aceitar que se possa forçar os cidadãos a um dever de tolerância relativamente a prejuízos decorrentes de atos ilícitos (e culposos) do próprio Estado. Poderá qualificar-se como um custo próprio da vida em sociedade o ter de suportar pacificamente os efeitos danosos de uma lei inconstitucional? Será que a ilicitude da conduta do legislador não significa já que os danos dela resultantes merecem a tutela do direito?

Admitindo que não se trata apenas de mais um ponto de fuga à responsabilidade, aberto pelo próprio legislador, o sentido útil deste inciso apenas poderá ser o de excluir a obrigação de indemnizar relativamente a danos de gravidade muito reduzida – vulgo, bagatelas jurídicas. E, se assim for, o problema da anormalidade dos danos não poderá ser adequadamente resolvido sem uma

ponderação material dos bens jurídicos afetados, considerando designadamente a sua natureza e, quando for o caso, a posição que ocupam na denominada ordem (aberta e não hierárquica) de valores constitucionais. Assim, por exemplo, atendendo à sua gravidade, dificilmente poderão excluir-se do campo dos danos anormais todos aqueles que afetem bens jurídicos protegidos por normas de direitos fundamentais. E seguramente que terão de qualificar-se como anormais, até em homenagem ao disposto no artigo 22.º, todos aqueles danos que incidam sobre bens jurídicos integrantes do conteúdo dos direitos, liberdades e garantias pessoais (n.º 5 do artigo 20.º). Em contrapartida, danos normais achar-se-ão com maior frequência no domínio dos simples direitos ou interesses legalmente protegidos, sem qualquer arrimo constitucional.

III – O legislador não exigiu – e bem – a especialidade dos danos. Isto é, não exigiu que os danos em causa *“incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afetarem a generalidade das pessoas”*.

Diga-se, em abono da verdade, que a solução adotada é a única compatível com a subsistência da própria responsabilidade civil do legislador por facto das leis, tal como esse instituto se encontra garantido pelo artigo 22.º da Constituição. Ainda que se discuta se a Constituição impõe ou não um sentido material de lei – fazendo corresponder a forma de ato legislativo (e sobretudo de lei parlamentar) a conteúdos normativos e, portanto, à característica da generalidade (e da abstração) –, a verdade é que a maioria das leis tem uma pluralidade indeterminada de destinatários. Não interessa se muitos ou poucos, mas o seu âmbito subjetivo de aplicação não se reduz a uma pessoa ou a um grupo predeterminado de pessoas. Aliás, as leis mais sensíveis (e perigosas) do ponto de vista da responsabilidade do Estado legislador – as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias – têm mesmo, nos termos do n.º 3 do artigo 18.º, de revestir carácter geral e abstrato. Uma solução contrária à consagrada reduziria a responsabilidade do legislador a hipóteses marginais, onde o legislador não agiria verdadeiramente na sua pele – e que, em última análise, considerando o princípio de irrelevância da forma dos atos do n.º 4 do artigo 268.º, sempre seriam resolúveis no quadro da responsabilidade pelo exercício da função administrativa.

É claro que isto levanta problemas noutra área, uma vez que a característica da generalidade aumenta muito o potencial lesivo das leis. Quanto maior o número de destinatários, maior o seu potencial lesivo e maior a probabilidade de os montantes financeiros

envolvidos na reparação dos danos se tornarem inoportáveis. Mas, por uma questão de transparência, essa é uma questão que deve ser equacionada *a posteriori*, no momento da fixação dos valores das indemnizações (n.º 6).

3.3. Nexo de causalidade

O preceito em análise, sem tomar posição sobre o pressuposto do nexos de causalidade entre o facto (ilícito) e o dano (anormal), não deixa de referir-se a danos *causados* aos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Tal referência deve entender-se como uma remissão para os parâmetros comuns do instituto da responsabilidade e, designadamente, para a teoria da causalidade adequada. Simplesmente, em sede de responsabilidade do legislador, dois problemas particulares merecem atenção.

I – É sabido, por um lado, que são relativamente poucas as leis autoexequíveis e que, portanto, possuem a capacidade para atingir diretamente a esfera jurídica dos particulares. A simples aprovação, publicação e entrada em vigor de uma lei não é de um modo geral suficiente para produzir efeitos lesivos nos direitos ou interesses legais dos sujeitos privados. Excluídas as leis de conteúdo individual e concreto e as leis meramente executivas, a grande maioria das leis tem conteúdo geral e abstrato e, por consequência, carece de atos jurídicos e/ou materiais de aplicação – quer se trate de atos da função administrativa (atos administrativos, regulamentos, planos, diretivas, etc.), quer se trate de atos da função jurisdicional (sentenças, despachos, autorizações), quer se trate inclusivamente de atos de particulares que, habilitados para tanto por lei, se projetam de imediato na esfera de outros particulares (ainda que *a posteriori* possam ser escrutinados administrativa ou jurisdicionalmente).

É evidente que, tratando-se aqui de condutas legislativas ilícitas, a necessidade de um ato de intermediação, independentemente da natureza deste, não é suficiente para afastar a responsabilidade do próprio legislador. As leis destinam-se a ser efetivamente aplicadas aos seus destinatários e aos casos da vida que regulam, de modo que não deixa de haver causalidade adequada pelo simples facto de a relação causal ser indireta: lei → ato de concretização → dano. Nos termos constitucionais, a atividade administrativa subordina-se ao princípio da legalidade (n.º 2 do artigo 266.º), e todos os regulamentos – incluindo os regulamentos

ditos independentes – carecem de uma lei habilitante (n.º 7 do artigo 112.º). Os tribunais, por sua vez, “estão sujeitos à lei” no exercício de todas as suas competências (artigo 203.º). Assim como a liberdade dos sujeitos privados é interpretada, legitimamente, como a possibilidade de fazer tudo aquilo que não seja vedado de forma expressa ou punido por lei – sem prejuízo da sua sujeição genérica ao princípio *neminem laedere*. Por conseguinte, afetada a lei por um vício de inconstitucionalidade, de ilegalidade ou de desconformidade com fontes europeias ou internacionais, é normal que esse vício contagie os atos posteriores de execução. Mas a responsabilidade permanece com quem está na origem da cadeia causal.

Pode todavia dar-se o caso de os atos de execução padecerem de ilicitudes autónomas daquelas que são decorrência necessária da ilicitude própria da lei. Se assim for, haverá que verificar qual foi efetivamente a causa determinante dos efeitos danosos – com eventual afastamento da responsabilidade do legislador. Sobretudo não deverá excluir-se a hipótese de o problema passar a ser de pluralidade de responsáveis e de repartição, entre eles, em função das respetivas culpas, da obrigação de indemnização. A uma lei deficiente pode juntar-se uma execução defeituosa. A responsabilidade do legislador pode, pois, concorrer com responsabilidade pelo exercício da função administrativa e da função jurisdicional – situação em que se hão de articular os diferentes regimes de responsabilidade *do Estado*. E, mesmo, concorrer com a responsabilidade civil *de sujeitos privados* que atuaram ao abrigo da lei – caso em que se aplicam os princípios gerais do Código Civil sobre pluralidade de responsáveis, em ordem a uma tutela adequada dos lesados.

Importante é sublinhar que, de modo algum, se pode considerar a responsabilidade do legislador como subsidiária relativamente à dos demais autores (públicos ou privados) de factos danosos.

II – Situação típica de concausalidade entre função legislativa (por ação) e função jurisdicional (por omissão) – e, portanto, de corresponsabilidade de poderes estatais – verifica-se quando a aplicação da lei ilícita não é impedida pelos tribunais em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade (da ilegalidade ou da desconformidade com fontes supralegais europeias ou internacionais). Com efeito, por força do artigo 204.º da Constituição, todos os tribunais têm o poder-dever de não aplicar nos feitos submetidos ao seu julgamento leis desconformes com

os respetivos parâmetros de validade ou de eficácia interna. As questões de constitucionalidade, legalidade ou eficácia interna dos atos legislativos são, aliás, de conhecimento oficioso – não carecendo de suscitação pelas partes em litígio.

A decisão jurisdicional de não inconstitucionalidade (e, consequentemente, de aplicação de norma legal) pode, no presente contexto, representar ela própria o ato concretizador da lei e, portanto, o facto diretamente lesivo dos direitos ou interesses legalmente tutelados dos particulares. Embora possa também ser apenas o ato através do qual é sindicada a validade de um prévio ato de execução da lei, provindo da Administração ou até de sujeitos privados – caso em que a decisão jurisdicional, não se apresentando *a se* como causadora imediata de danos, também não impede a continuação para o futuro da produção desses mesmos prejuízos (nem procura proceder à sua remoção para o passado). Em qualquer destas hipóteses, porém, não só não se exclui a responsabilidade do legislador, como só nos estreitos termos do regime do erro judiciário poderá haver lugar a responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional (n.º 1 do artigo 13.º).

Diferente é certamente a posição da Administração relativamente às leis inconstitucionais, ilegais ou desconformes com normas internacionais – deixando agora de lado o particularíssimo regime da desaplicação de leis por desconformidade com o Direito da União Europeia. Sem prejuízo de uma crescente tendência para admitir a fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis – ou, pelo menos, para admitir exceções à estrita obediência da Administração à lei ordinária, em homenagem a uma especial vinculação de todos os poderes públicos aos direitos fundamentais (n.º 1 do artigo 18.º) –, a verdade é que não pode exigir-se dos órgãos a agentes administrativos o mesmo que se exige dos tribunais. À luz de uma *teoria funcionalmente adequada da separação de poderes*, o nível de exigência no que toca à análise crítica das leis tem de ser inferior para a Administração. Mesmo quando se admite a competência das instâncias administrativas (de topo) para recusar a aplicação de uma lei inconstitucional, do que se trata por regra é de uma mera possibilidade e não de um verdadeiro dever de desaplicação. De modo que a simples aplicação acrítica de uma lei inconstitucional pela Administração não poderá, na esmagadora maioria das situações, ser considerada como um ato ilícito ou sequer como mau funcionamento da máquina administrativa, relevantes para efeitos de responsabilidade civil.

3.4. Culpa do legislador

O disposto neste n.º 4 aplica-se tanto à responsabilidade por ação como à responsabilidade por omissão. Nele se trata fundamentalmente do pressuposto da culpa, sendo que apenas pode estar em causa, em sede de responsabilidade do Estado-legislador – e, inclusivamente, porque não se trata neste diploma da responsabilidade dos titulares dos órgãos legislativos (n.º 3 do artigo 1.º) –, uma culpa avaliada em termos normativos e não em moldes subjetivos ou psicológicos. Isto é, “a falar-se em culpa terá de ser numa aceção objetivada e imbricada com o princípio da responsabilidade política” (JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 5.ª ed., 2012, p. 395). Daí a referência à ponderação das “*circunstâncias de cada caso*”, tal como elas podem ser percecionadas por quem não teve intervenção no processo legislativo.

Tal não implica, por um lado, uma absoluta objetivização da culpa, em termos tais que se possa dar o respetivo pressuposto por preenchido apenas a partir da ilicitude. Nem inviabiliza, por outro lado, a distinção entre dolo e mera culpa – ainda que na maioria dos casos de responsabilidade do legislador o facto ou omissão danosos seja meramente negligente. Sabendo isso, aliás, o propósito principal seguido pelo legislador neste n.º 4 foi precisamente o de reduzir a “*extensão*” – e mesmo, em casos extremos, a própria “*existência*” – da responsabilidade nos casos de culpa leve ou levíssima.

I – Quanto ao primeiro ponto, parece razoável assumir que a culpa do legislador tem de ser provada por quem deduz um pedido indemnizatório. O âmbito de aplicação do disposto no n.º 2 do artigo 10.º, segundo o qual se presume a “*existência de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos*”, cinge-se *qua tale* à responsabilidade pelo exercício da função administrativa.

Não obstante, num Estado de Direito, que tem no princípio da responsabilidade dos poderes públicos um dos seus mais importantes pilares, o nível de exigência posto na avaliação da atividade dos seus órgãos tem necessariamente de ser elevado. E os órgãos legislativos não devem ser aqui exceção. Bem pelo contrário, devem ser tidos como um exemplo para os órgãos das funções do Estado que lhe estão subordinadas. Pelo papel preponderante que lhes cabe na condução dos destinos da comunidade política, pelos meios materiais e humanos que são colocados à sua disposição,

pelo estatuto formal dos seus titulares, e pelas condições jurídicas e técnicas em que se procede ao exercício da respetiva atividade – circunstâncias que, de um modo geral, não têm paralelo nas outras funções do Estado –, afigura-se que o legislador deve beneficiar de uma tolerância muito reduzida em matéria de atos (ou omissões) de natureza ilícita. O processo legislativo – sobretudo o parlamentar, mas também o governamental – está desenhado (constitucional e regimentalmente) de modo a permitir a inclusão de momentos de ponderação e de controlo crítico da validade e eficácia jurídica dos atos normativos que aí são produzidos e deve ser utilizado genuinamente com esse propósito. A simples ideia de motorização do legislativo não serve de pretexto para que assim não suceda.

Não basta pois dizer que existe culpa do legislador quando este podia e devia ter evitado a emanação de uma lei ilícita (ou quando podia e devia ter preenchido uma omissão inconstitucional). Salvo circunstâncias particulares que justifiquem a sua conduta, e que possam em parte desculpar a sua falta, o legislador pode efetivamente e deve efetivamente não emitir leis inconstitucionais, ilegais ou desconformes com os respetivos padrões externos de eficácia, tal como pode corrigir ou remover com brevidade da ordem jurídica as leis afetadas por tais problemas (e assim como lhe é possível dar cumprimento atempado às imposições constitucionais que lhe são dirigidas).

II – Neste quadro, o preceito em análise aponta três exemplos de circunstâncias que, no plano argumentativo, podem justificar a redução do grau de culpa do legislador – e, sublinhe-se, embora apenas em casos extremos, a qualificação do erro do legislador como inteiramente desculpável. Nomeadamente:

- a) A pouca clareza ou a reduzida precisão da norma constitucional, legal, europeia ou internacional violada pelo legislador;
- b) A natureza meramente orgânica ou formal da inconstitucionalidade (ilegalidade ou desconformidade com fontes externas);
- c) A existência comprovada de diligências dos órgãos legislativos no sentido de corrigir a ilicitude legislativa.

Quanto ao primeiro argumento sublinhe-se tão-só que, havendo previsão de um recurso para o Tribunal Constitucional em que este tomará posição sobre a questão da constitucionalidade da lei (da sua legalidade ou desconformidade com convenção internacional),

o acórdão proferido acabará por condicionar a própria decisão do tribunal *a quo*. Ainda que o Tribunal Constitucional não possa pronunciar-se sobre a verificação do pressuposto da culpa do legislador – nem, em rigor, sobre a ilicitude como um todo –, a verdade é o que tribunal da causa dificilmente poderá reduzir a extensão da responsabilidade do legislador com fundamento na obscuridade ou imprecisão da norma violada se, naquela decisão, os juízes do Palácio Ratton não revelaram qualquer dúvida ou incerteza. Uma decisão clara e inequívoca do Tribunal Constitucional não é, pois, facilmente compaginável com uma decisão posterior de atenuação da culpa do legislador.

No que toca ao segundo argumento, a ideia será porventura a de que as inconstitucionalidades orgânicas e formais, ainda que geradoras de ilicitude, revestem em geral menor gravidade do ponto de vista da tutela dos direitos e interesses dos particulares. Uns e outros só de modo indireto podem encontrar tutela em regras de competência e de forma. Além do que, como se disse, será sempre possível invocar a possibilidade, meramente abstrata, de o ato lesivo ser repetido sem os problemas de competência e de forma que o inquinam na sua versão original. Em contrapartida, não deve ler-se nesta referência legal ao “*tipo de inconstitucionalidade*” uma autorização para aligeirar a culpa do legislador nos casos de inconstitucionalidade por omissão. Precisamente porque, na perspetiva dos direitos e interesses das pessoas – em particular quando se trata de direitos fundamentais – as omissões inconstitucionais não são menos gravosas do que as leis inconstitucionais. A Constituição não autoriza, por isso, o seu tratamento privilegiado em sede de responsabilidade civil.

O terceiro argumento, por sua vez, remete o intérprete para a análise das vicissitudes do procedimento legislativo. No essencial, admite-se a redução da culpa se essa análise revelar a existência de iniciativas destinadas a corrigir ou remover normas legais ilícitas ou a preencher vazios inconstitucionais – iniciativas que, porém, não chegaram a bom porto devido à interrupção do curso normal do processo legislativo (*v.g.*, dissolução do Parlamento, fim de legislatura, demissão do Governo) ou à falta de condições políticas para tanto necessárias (*v.g.*, ausência de maioria de aprovação, cessação parlamentar de vigência, veto político). Não deve, de todo o modo, ter-se por decisiva a simples existência de esforços desenvolvidos pelos órgãos legislativos para evitar a situação de ilicitude. Importará mais saber se esses esforços foram sérios e persistentes. Isto porque a responsabilidade que

está em causa não é deste ou daquele órgão em particular, nem deste ou daquele grupo parlamentar, nem deste ou daquele membro do Governo, mas uma responsabilidade do Estado no seu conjunto – responsabilidade que, aliás, por força da própria epígrafe do artigo 15.º, é imputada à função político-legislativa para assim se acentuar a componente política da ação dos órgãos legislativos e, simultaneamente, para se poder envolver nela órgãos com outra natureza (máxime, o Presidente da República). Por isso, mais relevantes do que os esforços desenvolvidos serão sempre os resultados finais, alcançados ou não alcançados.

III – A tendência acima referida para uma avaliação objetiva da culpa do legislador não impede a identificação de casos de dolo e de casos de negligência grave (RUI MEDEIROS, *Ensaio*, cit., pp. 188 ss) – em que, portanto, não haverá possibilidade de redução da extensão da responsabilidade.

Assim, há dolo do legislador quando ele reproduz soluções legais anteriormente declaradas inconstitucionais com força obrigatória geral pelo Tribunal Constitucional (n.º 1 do artigo 282.º). Assim como há dolo do legislador sempre que a Assembleia da República confirma por maioria de dois terços um decreto vetado pelo Presidente da República na sequência de uma pronúncia daquele tribunal no sentido da inconstitucionalidade (n.º 2 do artigo 279.º). E dolo existirá também quando o legislador não dá qualquer seguimento à comunicação do Tribunal Constitucional subsequente à verificação de uma inconstitucionalidade por omissão (n.º 2 do artigo 283.º). De resto, pode ainda admitir-se a existência de dolo quando o legislador ignora de forma ostensiva decisões apelativas do Tribunal Constitucional, nas quais se alerte para a necessidade de corrigir a breve trecho soluções legais de constitucionalidade precária, ou para a premência de editar normas sobre certa matéria, em ordem a cumprir imperativos constitucionais.

Mais frequentes serão, por sua vez, os casos de negligência grave. Considerando a especial vinculação do legislador aos direitos, liberdades e garantias – firmada no n.º 1 do artigo 18.º –, serão de qualificar como gravemente negligentes todas as disposições legais claramente violadoras de direitos fundamentais que revistam aquela natureza. Ainda que se possa dizer que assim se estabelece uma via de comunicação entre o pressuposto da ilicitude e o pressuposto da culpa, a verdade é que uma violação manifesta de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos – mormente quando se

trate de direitos pessoais ou de direitos que se encontram no topo da ordem de valores constitucionais – não se afigura compatível com níveis reduzidos de culpabilidade do legislador. Da mesma forma, poderá ainda haver negligência grave quando o legislador persista em manter em vigor, sem correção, soluções legais objeto de decisões concretas de inconstitucionalidade. Apesar de não ter havido, por via do processo de generalização (n.º 3 do artigo 281.º), uma decisão de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, é muitas vezes facilmente perceptível a partir da análise da jurisprudência que o vício de que enferma uma norma legal é comum a outras normas do mesmo diploma – em particular, quando se trata de inconstitucionalidades orgânico-formais – ou que o vício gerador da inconstitucionalidade, ilegalidade ou ineficácia respeita à própria norma e não à interpretação particular com que foi aplicada pelo tribunal recorrido. De resto, será ainda grave a negligência do legislador quando este se afaste, na revisão de um certo regime jurídico, de interpretação conforme anteriormente efetuada pelo Tribunal Constitucional, ou quando adote, na edição de um novo regime, solução legal contrária a jurisprudência constante antes definida.

IV – O n.º 4 em análise não manda expressamente ponderar, para efeitos de limitação da responsabilidade do Estado-legislador, a eventual *culpa do lesado*. É evidente que os destinatários de uma lei inconstitucional, ilegal ou juridicamente ineficaz – não tendo qualquer espécie de controlo sobre o processo legislativo – não podem ter qualquer tipo de culpa quanto aos vícios e desvalores que afetam essa mesma lei. Portanto, dúvidas só podem suscitar-se relativamente a eventuais condutas (ativas ou passivas) desses destinatários que tenham contribuído para a produção, agravamento ou prolongamento temporal dos danos sofridos – à imagem do que se dispõe no artigo 4.º

Este último artigo não deve, todavia, ter-se por aplicável à responsabilidade do legislador. E nem será tanto porque, como estabelece literalmente o preceito, o lesado não dispõe de “via processual adequada à eliminação do ato jurídico lesivo”. Isto é, a verdadeira eliminação do ato lesivo só pode ser feita em sede de fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por ação (artigo 281.º), sendo que a legitimidade está reservada a órgãos constitucionais (CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, 2.ª ed., cit., pp. 352-353). Na realidade, a via da fiscalização difusa (artigo 204.º) sempre permitirá ao

particular lesado a eliminação em concreto do ato lesivo (ainda que este tenha natureza geral e abstrata), evitando prejuízos futuros e eventualmente removendo prejuízos passados.

Sucedee, isso sim, que o modelo de efetivação da responsabilidade do legislador instituído pelo presente artigo 15.º foi claramente o da autonomia da ação indemnizatória, na qual é enxertada a dado momento um especial recurso de fiscalização concreta (n.º 2). Por conseguinte, como se verá mais adiante, seria injusto penalizar o lesado em sede de repartição de culpas com o Estado por não ter seguido a via processual da fiscalização concreta – removendo primeiro o ato lesivo *in casu* – se, depois, em sede de ação de responsabilidade, sempre teria de percorrer uma via equivalente a essa.

3.5. Recurso para o Tribunal Constitucional

Como se afirmou acima, com o regime deste n.º 2, o legislador procurou de certa forma defender-se dos tribunais comuns forçando um recurso para o Tribunal Constitucional, que não caberia nos termos gerais da fiscalização da constitucionalidade e que, por isso, representa uma alteração à lei orgânica daquele (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 134/2010).

I – Diga-se, entre parênteses, que no contexto europeu os legisladores parlamentares sempre preferiram ser julgados por tribunais constitucionais a sujeitarem a sua obra ao julgamento atomístico dos tribunais comuns. Foi por isso que em 1920 surgiu, por inspiração de KELSEN, o chamado sistema austríaco de fiscalização da constitucionalidade – em que a fiscalização da constitucionalidade passou a ser feita por um único tribunal especializado. Não foi certamente por desconhecimento do sistema norte-americano de fiscalização difusa da constitucionalidade das leis, em que o poder de recusar a aplicação das leis integra a competência normal de todos os tribunais.

Mesmo no atual sistema português de fiscalização, que tem uma componente difusa ímpar no contexto europeu, a verdade é que quando um qualquer tribunal recusa a aplicação ao caso *sub judice* de um ato legislativo, o recurso para o Tribunal Constitucional é não só direto – sem necessidade de percorrer todas as instâncias intermédias –, como é obrigatório para o Ministério Público (n.º 3 do artigo 280.º). A razão subjacente a esse regime da desaplicação de atos legislativos não será apenas a preservação

da uniformidade de julgados, mas será algo mais do que isso: a posição hierárquica do ato em causa no seio da ordem jurídica e a ideia de especialização e de particular sensibilidade do Tribunal Constitucional, devido à sua composição, para julgar (em definitivo) da validade das leis.

II – Percebe-se assim melhor o sentido da norma análise. O Estado pode até ser declarado responsável por um ilícito legislativo e condenado nos tribunais comuns a pagar a respetiva indemnização, mas não terá nunca de pagar efetivamente sem primeiro ser dada a palavra ao Tribunal Constitucional, para que este julgue (ou não julgue) a norma em causa como *inconstitucional*, *ilegal* por violação de lei de valor reforçado, ou *desconforme* com convenção internacional [alínea i) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei do Tribunal Constitucional]. Se o Tribunal Constitucional decidir pela não inconstitucionalidade, não ilegalidade ou não desconformidade, nunca poderá haver responsabilidade. Mas, se decidir em sentido inverso, poderá ou não haver responsabilidade, uma vez que o Tribunal Constitucional só decide sobre um dos pressupostos daquela: a ilicitude. Melhor ainda, o órgão máximo da fiscalização da constitucionalidade só decide sobre a vertente objetiva da ilicitude – e não sobre (ou só acidentalmente sobre) a questão da afetação de direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares.

A intervenção do Tribunal Constitucional será sempre determinante no sentido da absolvição do Estado-legislador, mas nunca será decisiva no sentido da sua condenação – o que sucede não só devido à necessidade de preencher os demais pressupostos da responsabilidade, mas também por causa das diferentes cláusulas de salvaguarda previstas ao longo de todo o artigo 15.º

Note-se também que há aqui uma desarmonia entre estas três situações jurídicas – inconstitucionalidade, ilegalidade e desconformidade com convenção internacional – e os casos de desconformidade da lei com normas de Direito da União Europeia. Não tendo o Tribunal Constitucional competência para aferir deste último tipo particular de desconformidade, e não tendo a responsabilidade dos Estados-membros por atos legislativos por pressuposto necessário uma decisão das instâncias jurisdicionais da União que confirme a violação dos normativos europeus, o Estado português pode ser condenado em definitivo nos tribunais comuns sem que a ilicitude seja selada por qualquer instância superior.

III – Que se trata aqui de um novo recurso para o Tribunal Constitucional, diferente dos previstos no artigo 280.º da Constituição e no artigo 70.º da lei orgânica daquele órgão jurisdicional, é algo que desde logo decorre da letra do próprio preceito, onde se prescreve que “a decisão do tribunal [...] *equivale*, para os devidos efeitos legais, a decisão”.

Em bom rigor, não existe verdadeiramente na ação de responsabilidade uma decisão de recusa de aplicação de uma norma legal com fundamento na sua inconstitucionalidade (ilegalidade ou desconformidade com convenção internacional) – ou, bem entendido, uma decisão de aplicação, apesar de a inconstitucionalidade (ilegalidade ou desconformidade) ter sido suscitada em momento oportuno no decurso do processo. Como o próprio preceito refere, o que ocorrerá em regra é apenas uma decisão “*que se pronuncia sobre*” a questão de constitucionalidade (ilegalidade ou desconformidade) de uma norma contida num ato legislativo. Essa decisão pode ter, como pode não ter, influência determinante na decisão do pedido, desde logo porque nem sempre à inconstitucionalidade corresponde ilicitude – e, em rigor, é esta que é o pressuposto da responsabilidade –, mas também porque podem não estar verificados os outros pressupostos da responsabilidade.

No fundo, a norma legal cuja constitucionalidade se questiona surge no processo porque geradora de prejuízos eventualmente indemnizáveis – integra a causa de pedir, como facto danoso – e não como norma destinada a ser aplicada ou desaplicada *na* própria decisão do pedido. A questão de fundo – que respeita à existência ou não de uma obrigação de indemnizar – não é decidida com a aplicação ou a desaplicação dessa norma legal (independentemente da sua natureza penal, cível, administrativa, etc.). Aplicadas (ou desaplicadas) na decisão da causa são as normas que disciplinam (substantiva ou processual) a responsabilidade do próprio legislador.

IV – Sobretudo, a questão da constitucionalidade (ilegalidade ou desconformidade com norma convencional) pode já estar decidida no momento em que é proposta contra o Estado a ação de responsabilidade por facto legislativo. A lei permite que os lesados ataquem diretamente a conformidade constitucional (legal e convencional) da lei numa ação de responsabilidade do Estado – isto se designa por *autonomia da ação de responsabilidade*. Mas também será normal que aqueles que se sentiram lesados nas suas posições jurídicas substantivas pela aplicação de uma

determinada lei procurem ressarcir-se dos respetivos prejuízos se ela vier um dia a ser declarada inconstitucional (ilegal ou desconforme), em sede de fiscalização abstrata, ou apenas julgada inconstitucional (ilegal ou desconforme), em sede de fiscalização concreta, num processo em que tenham sido partes.

No primeiro caso, não se vislumbra qual o sentido de um recurso para o Tribunal Constitucional, uma vez que este não pode alterar o seu juízo anteriormente formulado. Fixada a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, está também fixada a ilicitude objetiva da própria lei, competindo aos tribunais comuns retirar daí as devidas ilações. A própria possibilidade de alargar o recurso previsto no n.º 4 do artigo 280.º às situações em que a norma aplicada foi já declarada (e não apenas julgada) inconstitucional num momento anterior, está longe de ser pacífica. A única dúvida respeita ao problema da eventual repercussão, no plano da responsabilidade do legislador, da limitação dos efeitos da inconstitucionalidade ao abrigo do n.º 4 do artigo 282.º Isto porque a Constituição só autoriza expressamente o Tribunal Constitucional a limitar o *efeito retroativo* e o *efeito repristinatório* da decisão declaratória da inconstitucionalidade, mas nada diz quanto ao *efeito responsabilidade*.

No segundo caso, a decisão que julga em concreto a inconstitucionalidade (ilegalidade ou desconformidade) da norma legal só faz caso julgado no próprio processo em que foi proferida (n.º 1 do artigo 80.º da lei do Tribunal Constitucional). Contudo, afigura-se excessivo obrigar alguém que foi parte num processo – independentemente da sua natureza, cível, laboral, criminal ou administrativa – onde conseguiu uma decisão definitiva do Tribunal Constitucional no sentido da inconstitucionalidade de uma norma legal que lhe seria aplicável, a regressar àquele mesmo tribunal superior para que este fixe novamente essa mesma inconstitucionalidade. Excede-se a razão de ser do próprio recurso *ad hoc* criado pelo preceito em análise, penaliza-se quem segue em primeiro lugar a via processual destinada à remover os efeitos da inconstitucionalidade (ilegalidade ou desconformidade) e, com isso, parte dos danos daí advenientes – em vez de avançar logo para a ação de responsabilidade – e dificulta-se excessiva e injustificadamente a efetivação das pretensões indemnizatórias por ilícito civil do legislador.

V – Tratando-se da criação de um novo recurso, antes não previsto, tal deveria implicar uma alteração à lei do Tribunal

Constitucional, com cumprimento das exigências formais e procedimentais daí decorrentes. Recorde-se que esta lei, prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 164.º da Constituição, deve revestir, por força do n.º 2 do artigo 166.º a forma de *lei orgânica*, o que, por sua vez, implica a votação na especialidade em plenário dos respetivos preceitos (n.º 4 do artigo 168.º) e ainda uma maioria agravada de aprovação na votação final global (n.º 5 do artigo 168.º).

O n.º 2 em análise parece assim padecer de um vício de forma – por violação de uma reserva especial de lei orgânica – e de um vício procedimental – uma vez que, compulsados os trabalhos preparatórios da Lei n.º 67/2007, tudo indica que todos os seus preceitos tenham sido votados na especialidade em comissão parlamentar.

4. Responsabilidade por omissão

O n.º 3 do presente artigo abrange tão-somente uma das várias modalidades de inconstitucionalidade por omissão que resultam de uma interpretação consistente da Lei Fundamental, sendo que tal modalidade – respeitante à não concretização legislativa de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas (ou programáticas) – está longe de ser a mais relevante do ponto de vista da tutela efetiva dos direitos dos cidadãos. Quer dizer, o legislador restringiu a figura substantiva da inconstitucionalidade por omissão à figura processual da fiscalização abstrata do artigo 283.º da Constituição, sendo que este preceito respeita exclusivamente à não concretização legislativa de normas constitucionais não exequíveis (ou programáticas) (JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, VI, 3.ª ed., 2008, pp. 305 ss). Deixou assim de fora o incumprimento, pelo legislador, de vários outros dos seus deveres positivos de atuação que resultam da Constituição: mormente, os deveres de proteção de direitos fundamentais; mas também os deveres de reposição da igualdade; os deveres de correção de leis vigentes; ou ainda os deveres de emanção de normas de organização, procedimento e processo (JORGE MIRANDA e JORGE PEREIRA DA SILVA, anotação ao artigo 18.º, em JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, 2.ª ed., 2010, pp. 325 ss, e pp. 342 ss).

Não era todavia assim na versão inicial do projeto legislativo que lhe deu origem. Mas, logo na passagem da proposta de lei n.º 56/X para o decreto n.º 150/X, caiu a então parte final do n.º 3 do artigo 15.º, onde se estatuiu que o Estado seria responsável

também pelos danos resultantes “da evidente violação do dever de proteção de direitos fundamentais”. Depois, do decreto n.º 150/X para o decreto n.º 171/X, na sequência do veto presidencial, caíram ainda do texto legal as omissões por não concretização legislativa de normas de direito internacional, de direito da União Europeia e de leis de valor reforçado.

I – O legislador intentou, portanto, deliberadamente, eximir-se a uma importante parcela da sua responsabilidade, de modo a precaver-se contra a repetição de decisões judiciais de condenação como a que ocorreu no conhecido “caso Aquaparque” (Acórdão da Relação de Lisboa de 30 de janeiro de 1997, CJ, XXII, 1997, I, pp. 107 ss) (FREITAS DO AMARAL/RUI MEDEIROS, *Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas – o caso Aquaparque*, RDES, 2000, n.ºs 3-4) – sem que, diga-se *a latere*, tenha sido necessário passar pelo crivo do Tribunal Constitucional.

Relembre-se que, na decisão condenatória referida, deu-se por provado que o Governo, apesar de ter conhecimento da ocorrência de sucessivos acidentes graves nos estabelecimentos de diversão aquática, muito frequentados por crianças, optou por deixar na gaveta, por várias vezes, projetos legislativos com *regras de segurança* específicas para aquele mesmo tipo de equipamentos de uso público. Se alguma crítica pode ser feita a tal decisão não será certamente a de ter condenado o Estado por violação do seu dever de proteção da vida e integridade física das pessoas, mas apenas a de ter assacado exclusivamente ao legislador uma responsabilidade que, porventura, deveria ter sido partilhada com as instâncias administrativas de licenciamento e de fiscalização – mesmo considerando que estas não dispunham dos instrumentos normativos ideais para guiar a sua atuação. Independentemente da justiça da decisão em causa, foi desde cedo notória a preocupação do poder político em evitar que a jurisprudência em causa se consolidasse – em especial, através de uma decisão dos tribunais superiores –, de modo que não surpreende que o legislador, na primeira oportunidade, tenha procurado atar as mãos aos tribunais comuns, preservando ao mesmo tempo um tipo de relação com o exercício das competências legislativas mais marcado pelas agendas políticas do que propriamente pelas vinculações constitucionais.

II – Não é seguro que tenha de aceitar-se sem mais a exclusão da violação dos deveres estaduais de proteção jusfundamental,

como ilícito gerador de responsabilidade por omissão do legislador – atento sobretudo o carácter exequível por si mesmo e diretamente aplicável do artigo 22.º no que respeita à função legislativa. Mas, em contrapartida, é seguríssimo que o desaparecimento, da versão definitiva do preceito em apreço, da referência à não concretização das normas de Direito da União Europeia – mais precisamente por não transposição atempada de diretivas – não pode de maneira alguma inviabilizar este tipo de responsabilidade do Estado português por omissão legislativa (n.º 8 do artigo 112.º). Tal desaparecimento apenas pode significar que os parâmetros de efetivação dessa mesma responsabilidade hão de continuar a ser os que resultam da jurisprudência iniciada com a célebre decisão *Francovich*.

4.1. Pressupostos da responsabilidade por omissão

As considerações precedentes respeitam já, em bom rigor, ao pressuposto da ilicitude. O que está em causa é a *violação de um dever de agir* que a Constituição impõe ao legislador – ilicitude objetiva – e que, numa primeira linha, se traduz na afetação de bens jurídicos protegidos por normas de direitos fundamentais, mas que, numa segunda linha, pode também pôr em causa “direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos” – ilicitude subjetiva. Naturalmente que, repita-se, esse dever de agir não tem de se identificar com o dever de concretização de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, ainda que a Constituição seja rica neste tipo de normas, sobretudo no domínio dos direitos sociais, mas também entre alguns dos direitos, liberdades e garantias.

Resta considerar algumas (poucas) especificidades que os demais pressupostos da responsabilidade civil assumem em matéria de omissões legislativas, começando pela culpa, passando depois para o dano, e terminando com o nexo de causalidade (JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, 2003, pp. 313 ss).

I – No que respeita ao pressuposto da culpa dispõe o n.º 4 do artigo 15.º, que tanto vale para a responsabilidade por ação como para a responsabilidade por omissão. Ainda assim, importa salientar que, ao contrário do que se passa com a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, em que se pretende apenas verificar a presença ou a ausência de uma norma na ordem jurídica, na responsabilidade civil do legislador é necessário

valorar a conduta do próprio legislador, averiguando do seu bom ou mau comportamento. Ou seja, se na fiscalização da constitucionalidade o que está em causa é o resultado objetivo da omissão, independentemente de qualquer juízo de censura, na responsabilidade o que está em questão é precisamente um juízo subjetivo sobre o comportamento que se traduz na conduta omissiva do legislador.

Naturalmente que também aqui o conceito de culpa, tal como consta do artigo 487.º do Código Civil, não parece poder aplicar-se em termos gerais, por mal se conjugar com a liberdade de conformação inerente à função política e com o contraditório inerente ao pluralismo parlamentar. Só será possível falar em culpa numa aceção que não dependa verdadeiramente de uma análise psicológica da conduta dos titulares dos órgãos legislativos. Mas nem assim se pode enveredar pelo caminho oposto, desencadeando um processo crescente de contínua objetivização do pressuposto da culpa, de maneira a autorizar a sua dedução a partir do conteúdo do ato danoso ou da mera constatação da ilicitude. Neste sentido, há omissão culposa do legislador quando este podia e devia ter aprovado as normas legais constitucionalmente prescritas ou exigidas pelas demais fontes parametrizantes da atuação do legislador. Isto sem prejuízo de se entender que o grau de diligência exigível ao legislador deve ser particularmente elevado, sobretudo quando se trata de matéria relativa a direitos fundamentais.

Diante de uma omissão legislativa ilícita, importará analisar todo um conjunto de elementos implicados no procedimento legislativo, ainda que se saiba que em última análise os resultados contam sempre mais do que os simples esforços do legislador. Designadamente: o tempo decorrido desde o surgimento ou revelação do dever constitucional de atuação legislativa ou desde a declaração de inconstitucionalidade de uma lei constitucionalmente devida; quando for o caso, o tempo decorrido desde a verificação de uma inconstitucionalidade por omissão nos termos do artigo 283.º; a clareza com que o dever de atuação legislativa resulta das normas constitucionais e, em particular, a sua natureza explícita ou implícita; a complexidade e extensão da legislação a emanar; as circunstâncias que determinaram o surgimento ou a necessidade de uma certa lei, a corrigir ou a emanar; a existência de projetos ou anteprojetos legislativos; a existência de trabalhos preparatórios; o conteúdo de eventuais debates parlamentares; os resultados de eventuais votações

parlamentares, tanto na generalidade como na especialidade; a correlação de forças existente na Assembleia; a existência ou não de estabilidade política, tanto no que toca ao Governo, como à Assembleia.

Na mesma linha, há ainda que verificar se ocorreu algum evento exterior à vontade do próprio legislador e que, tendo estado na origem da não entrada em vigor das normas legais constitucionalmente devidas, possa funcionar, embora impropriamente, como uma causa de exculpação. Seria o caso, por exemplo, de um veto político do Presidente da República relativo a uma lei aprovada em cumprimento de um dever específico de atuação, sem que tenha sido possível a subsequente confirmação parlamentar. Seria o caso de um pedido de fiscalização preventiva, seguido de decisão de inconstitucionalidade ou, igualmente, de um ato de dissolução do Parlamento, com a consequente interrupção dos procedimentos legislativos em curso. Curiosa, sob este ponto de vista, seria a situação em que a Assembleia da República, em processo de apreciação parlamentar de decretos-leis, determinasse a cessação da vigência de um diploma governamental emanado em cumprimento de um dever de atuação legislativa.

A culpa do legislador omissivo, que normalmente aparecerá sob a forma de negligência – exceto se após a verificação de uma inconstitucionalidade por omissão segundo o processo do artigo 283.º, o legislador permanecer deliberada e prolongadamente inerte –, tem de ser apreciada relativamente ao órgão ou órgãos com competência para produzir a legislação exigida pela Constituição. Assim, se a matéria for da reserva da Assembleia da República, apenas a conduta desta será relevante, a não ser que, tratando-se de reserva relativa, tenha sido concedida uma autorização legislativa que o Governo não tenha aproveitado. Se a matéria em causa for concorrential, então as condutas da Assembleia e do Governo assumem igual relevância para a determinação da culpa do legislador, sendo certo que basta a censurabilidade da conduta de um deles para o pressuposto da culpa estar preenchido.

II – Em relação ao pressuposto do dano, interessa sublinhar que o n.º 3 faz uso do mesmo conceito de danos anormais que consta do n.º 1 relativamente à responsabilidade por ação e cuja definição, por sua vez, tem de ir buscar-se ao artigo 2.º

De um modo geral, não há razão para pensar que as omissões legislativas inconstitucionais são menos danosas ou provocam danos de menor gravidade do que as leis efetivamente emanadas

pelo legislador. Não se vislumbra, por isso, quaisquer motivos para o afastamento dos princípios e regras que, sobre esta matéria, resultam do artigo 3.º, tanto no que respeita à contabilização dos danos, como no que se refere ao modo do seu ressarcimento integral. Considerando os efeitos gerais que as omissões legislativas também produzem, justifica-se igualmente, como forma de evitar consequências financeiras gravosas resultantes de eventuais avalanches de ações de responsabilidade do legislador, permitir ao juiz a redução equitativa do montante da indemnização, nos termos do n.º 6 do artigo 15.º Note-se contudo que, nos casos de omissão, o legislador pode bem ter a possibilidade de reduzir sensivelmente ou mesmo eliminar os danos resultantes da sua inércia, emanando a lei em falta e conferindo-lhe, na medida do possível, eficácia retroativa.

III – Finalmente, no que tange ao nexo de causalidade, são de admitir algumas dificuldades práticas acrescidas no seu apuramento. De qualquer forma, seguindo a teoria da causalidade adequada, consagrada no artigo 563.º do Código Civil, existe nexo de causalidade quando, em circunstâncias normais, a emanação atempada da lei constitucionalmente devida teria sido idónea a evitar o dano. É claro que, na generalidade dos casos – excetuando-se apenas as leis autoexequíveis, como algumas leis-medida ou as leis individuais –, a emanação da lei, por si só, não será bastante para evitar a ocorrência do dano, sendo também necessário que as autoridades administrativas ou judiciais lhe confirmem execução adequada, tanto no tocante à sua regulamentação, como à sua aplicação aos casos concretos.

Isto não significa, todavia, que não exista nexo de causalidade. Existe atendendo a que o princípio da relevância da causalidade indireta não suscita hoje contestação particular. E existe porque a aplicação efetiva das leis é uma consequência normal, previsível, e devida da respetiva aprovação e entrada em vigor. Por conseguinte, na prognose póstuma que o tribunal deve realizar não pode esquecer-se que, sob circunstâncias comuns, as leis em vigor são efetivamente aplicadas às situações da vida que pretendem regular, pelo que a não emanação atempada da lei é causa adequada dos danos sofridos por quem se encontra nessas mesmas situações.

4.2. Decisão prévia de verificação da inconstitucionalidade por omissão

O já escasso conteúdo do n.º 3 do artigo 15.º é absolutamente esvaziado pelo n.º 5, ao prescrever-se que a responsabilidade fundada na falta de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais “*depende da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional*”. Do que se trata agora, portanto, é de procurar condicionar qualquer sentença favorável dos tribunais comuns a uma decisão do órgão máximo de fiscalização da constitucionalidade, tirada ao abrigo do processo regido pelo artigo 283.º Na falta de uma decisão prévia em que o Tribunal Constitucional dê por verificada uma inconstitucionalidade por omissão, o juiz da causa deverá indeferir liminarmente qualquer pedido indemnizatório.

I – O legislador parte aqui do pressuposto segundo o qual a Constituição reserva ao Tribunal Constitucional o conhecimento das questões de inconstitucionalidade por omissão, remetendo para o artigo 283.º e negando, ao mesmo tempo, a possibilidade de os tribunais comuns darem por verificadas tais inconstitucionalidades nos processos que têm sob sua jurisdição. Simplesmente, ainda que a fiscalização concreta e difusa da inconstitucionalidade por omissão – ao abrigo do artigo 204.º e de um conceito desmaterializado de norma jurídica – não seja pacífica na doutrina, o legislador não podia ignorar que os particulares lesados nos seus direitos fundamentais por omissões legislativas, sejam elas de que natureza forem, não têm qualquer via jurisdicional de acesso ao processo *sui generis* do artigo 283.º

Para lá chegarem, os particulares apenas podem socorrer-se de vias graciosas, junto dos poucos órgãos públicos dotados de legitimidade e, especialmente, junto do Provedor de Justiça. A responsabilidade por omissão legislativa fica assim dependente de um fator absolutamente aleatório: que um dos órgãos do poder público com legitimidade processual tenha desencadeado um processo de verificação ao abrigo do artigo 283.º Por conseguinte, mesmo quem defende a ausência de um sistema *ex professo* de fiscalização difusa da inconstitucionalidade por omissão, tem de reconhecer que isso não deve impedir o reconhecimento jurisdicional autónomo da omissão que é pressuposto da responsabilidade civil do legislador – tal como sucedeu, aliás, no já referido caso Aquaparque.

Para mais, é sabido que, desde 1982 até hoje, o Tribunal Constitucional só por sete vezes foi convocado a decidir processos destes e apenas em três deu por verificada a existência de uma inconstitucionalidade por omissão. Não que não sejam frequentes os casos de inconstitucionalidade por omissão. Sucede não só que a legitimidade para desencadear o processo do artigo 283.º é anormalmente estreita, como grande parte das omissões inconstitucionais não se reconduz ao tipo passível de fiscalização segundo o processo em questão. Nestes termos, a probabilidade de um particular lesado nos seus direitos fundamentais conseguir obter uma indemnização do Estado por omissão legislativa é praticamente nula.

II – Pelas razões apresentadas, o n.º 5 do artigo 15.º afigura-se inconstitucional – como inconstitucional seria fazer depender a responsabilidade por ação da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma legal danosa (RUI MEDEIROS, anotação ao artigo 22.º, cit., p. 481, e anotação ao artigo 283.º, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo III, 2007, pp. 868-869). Aliás, tal como há muito foi sublinhado no Acórdão n.º 238/97, seria incompatível com a Lei Fundamental – por violação do direito de acesso aos tribunais, consignado no n.º 1 do artigo 20.º, e da correspondência necessária entre direito e ação – qualquer entendimento que remetesse para o próprio Tribunal Constitucional (ou para o processo do artigo 283.º) a resolução de litígios respeitantes à responsabilidade por omissões legislativas. Ora, é precisamente isso que agora sucede: ainda que a competência para julgar a ação seja dos tribunais comuns, estes verdadeiramente não podem efetivar a responsabilidade do legislador sem uma prévia decisão do Tribunal Constitucional. Além disso, é o próprio artigo 22.º a prever a responsabilidade do Estado pelo exercício da função legislativa, tanto por ação, quanto por omissão, e com este n.º 5, feitas as contas, o legislador só responderia por ação. Sem a responsabilidade por omissão legislativa esvazia-se parte do conteúdo essencial daquele preceito constitucional (n.º 3 do artigo 18.º), não apenas enquanto garantia institucional, mas sobretudo enquanto norma definidora de um direito, liberdade e garantia de natureza análoga (artigo 17.º).

5. Limitação excepcional da obrigação de indemnizar

Um dos principais problemas da responsabilidade pelo exercício da função legislativa prende-se com o número potencialmente muito grande dos lesados. Leis com um acentuado grau de generalidade podem ser efetivamente aplicadas – provocando danos indemnizáveis – a muitos milhares ou até milhões de pessoas (v.g., uma lei fiscal retroativa). As próprias omissões inconstitucionais também podem afetar direitos de um elevado número de pessoas (v.g., a falta de uma prestação social concretizadora de um importante direito social). Quando assim sucede, a aplicação das regras gerais sobre a obrigação de indemnizar, previstas no artigo 3.º – isto é, reparação integral de todos os danos causados, incluindo danos patrimoniais e não patrimoniais, passados e futuros –, tornar-se-ia absolutamente impraticável, podendo inclusive pôr em causa a sustentabilidade financeira do Estado.

I – Para obviar a esse problema, o legislador admite a fixação equitativa da indemnização em montante inferior ao que corresponderia à reparação integral dos danos causados, desde que estejam preenchidos três requisitos (que são também três conceitos indeterminados):

- a) Número considerável de lesados;
- b) Razão de interesse público de excepcional relevo;
- c) Justificativos da limitação do âmbito da obrigação de indemnizar.

O legislador – que já cinge a responsabilidade aos *danos anormais* (n.º 1) e que já prevê a redução da obrigação de indemnizar nos casos de culpa leve (n.º 4) – optou por esta solução, em detrimento da limitação do dever de responder civilmente aos *danos ou encargos especiais* (artigo 2.º). O juiz do processo terá assim de aferir em separado da verificação de cada um destes três requisitos, mas também o deve fazer de modo articulado, fundamentando a sua decisão com clareza – dada a índole excepcional desta cláusula de salvaguarda. Não será fácil, todavia, fazer essa avaliação.

II – Note-se, desde logo, que o número de lesados tem de ser conjugado com o montante das indemnizações destinadas a cada um deles se fixados à medida da reparação integral dos danos. Neste sentido, 10 lesados, em que cada um apresenta danos da ordem das dezenas dos milhões de euros, podem representar

efetivamente um número demasiado elevado de lesados. Assim como 10000 lesados, em que cada um sofreu danos da ordem dos milhares de euros, não constituirão, por junto, um número de lesados justificativo da aplicação da norma em questão. Simplesmente, salvo porventura em casos de litisconsórcio ativo, nem sempre o juiz da ação de responsabilidade poderá ter uma noção precisa de quantos são os destinatários da lei e, em especial, de quantos foram concretamente afetados pelos seus efeitos lesivos e, mais ainda, com que intensidade. Caberá, portanto, ao Estado requerer a fixação equitativa do montante indemnizatório e fazer a demonstração cabal, com elementos estatísticos, do número de destinatários da lei – designadamente através do elenco possível dos atos de execução das mesmas, ao longo do período da sua vigência – e do valor global das indemnizações que teriam de ser pagas. Caso contrário, o tribunal deve cingir-se aos dados do seu processo e arbitrar uma indemnização pelo valor integral dos danos – que, naturalmente, não constitui precedente para futuras ações de responsabilidade fundadas na mesma ilicitude.

Já as razões de interesse público, que têm de assumir excepcional relevância, prendem-se essencialmente com a sustentabilidade das finanças públicas. Mas não basta que o pagamento das indemnizações represente um encargo pesado para o erário público. Isso também acontece relativamente à responsabilidade da Administração e pelo exercício da função jurisdicional e não se prevê aí nenhuma cláusula de salvaguarda. É necessário que o peso das indemnizações seja suscetível de, mesmo diluído no tempo – desde logo porque nem todas as ações de responsabilidade se concluirão no mesmo período orçamental –, pôr em causa o equilíbrio (já de si frágil) das finanças públicas, comprometendo a sua futura sustentabilidade.

Finalmente, a verificação dos dois requisitos em conjunto deve ser suficiente para, numa ponderação global, justificar a *limitação* do âmbito da obrigação de indemnizar. Isto quer dizer, por um lado, que este número do artigo 15.º apenas serve de arrimo a decisões de *redução* do montante das indemnizações, mas não legitima – ao contrário do que sucede no n.º 4 – a sua *supressão* pura e simples no processo em curso. Por outro lado, significa também que, por princípio, não deve admitir-se uma *segunda* limitação do valor da indemnização. Ou seja, a redução equitativa prevista no n.º 6 não deve somar-se a uma primeira redução dos valores indemnizatórios já efetuada ao abrigo do n.º 4, com fundamento na escassa culpabilidade do legislador. A norma em

análise não permite o arbitramento de indenizações meramente simbólicas ou irrisórias, sem qualquer correspondência com os danos realmente sofridos pelos particulares.

III – A norma do n.º 6 é inspirada na competência conferida ao Tribunal Constitucional, pelo n.º 4 do artigo 282.º, para limitar os efeitos das suas decisões de inconstitucionalidade. Há, apesar dessa inspiração, importantes diferenças que importa sublinhar.

A competência do Tribunal Constitucional refere-se apenas, na letra da Constituição, a decisões de fiscalização abstrata, ao passo que no n.º 6 do artigo 15.º estão em causa decisões da competência dos tribunais comuns, embora esteja prevista no decurso desse processo a prolação pelo Tribunal Constitucional de uma decisão (*sui generis*) de fiscalização concreta (n.º 2). Em princípio, o Tribunal Constitucional apenas está autorizado a limitar o efeito retroativo e o efeito repristinatório da sua decisão, mas não (ou não diretamente) o efeito da responsabilidade civil associado à ilicitude da lei – efeito que é precisamente o objeto do n.º 6. Também os fundamentos que são pressuposto do exercício da competência são diferentes: apenas é comum o requisito do “interesse público de excecional relevo”; o n.º 4 do artigo 282.º permite também a invocação de razões de segurança jurídica e de equidade; o n.º 6 do artigo 15.º não se refere àquele primeiro requisito, e a equidade surge com uma função diversa. Comum aos dois casos será sempre a necessidade de fundamentação, ainda que ela não surja expressamente consagrada no regime da responsabilidade civil do legislador (n.º 1 do artigo 205.º).

Neste quadro, importa saber se, havendo limitação dos efeitos nos termos do n.º 4 do artigo 282.º, fundada em razões de interesse público de excecional relevo, isso implica também o afastamento da obrigação do Estado de indemnizar pelos danos causados pela lei ilícita – danos que, apesar da sua natureza verdadeiramente anormal, seriam preservados pela decisão do Tribunal Constitucional por junto com os outros efeitos produzidos pela lei. Ora, independentemente de, em tal situação, se extravasar já o campo da responsabilidade do legislador – uma vez que há que contar também com o efeito de uma decisão jurisdicional, embora lícita –, afigura-se que aquele afastamento é plausível, mas não deve ser automático. O tribunal da causa deve ter a oportunidade de efetuar a sua própria ponderação, em função das circunstâncias concretas do caso. As duas coisas devem ser mantidas em separado, ainda que as mesmas razões que levam à limitação dos efeitos da

inconstitucionalidade – mormente razões de equilíbrio financeiro do Estado – possam conduzir também à redução equitativa do montante das indemnizações. Sobretudo, uma projeção automática da limitação dos efeitos da inconstitucionalidade no domínio da responsabilidade civil do legislador conduziria invariavelmente à completa eliminação da obrigação de indemnizar, quando, como se sublinhou, mesmo o n.º 6 do artigo 15.º apenas autoriza a redução equitativa da indemnização.

6. (Ir)responsabilidade dos titulares dos órgãos legislativos

O n.º 1 do artigo em análise – e, em abono da verdade, todo o artigo 15.º – passa completamente ao lado do problema da responsabilidade dos titulares dos órgãos legislativos: deputados à Assembleia da República, membros do Governo, deputados às Assembleias Legislativas das regiões autónomas. E não se fala apenas da questão da responsabilidade solidária perante terceiros – uma vez que o princípio da solidariedade do artigo 22.º da Constituição sofre naturalmente modulações em razão das diferentes funções estatais abrangidas e não exclui sequer casos de responsabilidade exclusiva do Estado –, mas também da absoluta ausência de previsão de direito de regresso.

I – Tal ausência choca claramente com o reforço dos mecanismos de regresso que – com o propósito de poupar os contribuintes a esforços financeiros desnecessários e numa lógica de exigência relativamente a todos os servidores públicos – esta Lei n.º 67/2007 estabelece no âmbito da responsabilidade da Administração (artigo 6.º e n.ºs 3 e 4 do artigo 8.º) e no âmbito da própria responsabilidade pelo exercício da função jurisprudencial (artigo 6.º e n.ºs 1 e 2 do artigo 14.º). Sendo certo, para mais, que no segundo caso o princípio constitucionalmente definido sobre esta matéria (n.º 3 do artigo 216.º) é precisamente o oposto do que vigora em matéria de responsabilidade pelo exercício da função administrativa (artigo 271.º). Irresponsabilidade dos juizes pelas suas decisões, responsabilidade dos funcionários e agentes administrativos no plano criminal, civil e disciplinar.

A questão essencial é aqui a de saber se o direito de regresso do Estado não é inviabilizado pelo n.º 1 do artigo 157.º da Constituição, segundo o qual “os deputados não respondem civil, criminal ou disciplinarmente pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções”. Do que se trata com este preceito é, claramente,

de estabelecer uma imunidade parlamentar, que visa garantir as condições de exercício do mandato de deputado, assegurando a cada um liberdade de voto e liberdade de opinião e expressão. Mas, trata-se também de uma exceção ao princípio geral do n.º 1 do artigo 117.º, onde se pode ler que *os titulares de cargos políticos respondem política, civil e criminalmente pelas ações e omissões que pratiquem no exercício das suas funções.*

II – Desde logo, não é absolutamente seguro que se possa estender sem mais a imunidade dos legisladores parlamentares aos legisladores governamentais. Ainda que uns e outros se encontrem irmanados pelo exercício da função legislativa, o estatuto constitucional dos membros do governo não pode ser assimilado ao estatuto dos deputados. Nem o procedimento legislativo governamental é comparável – desde logo pela sua maior opacidade, resultante da ausência de contraditório político e debate público – ao procedimento legiferante do Parlamento. O n.º 1 do artigo 157.º tem claramente natureza excecional e, ainda que não possa excluir-se em absoluto a aplicação analógica de normas excecionais, não se vislumbra como fazer essa extensão sem ao mesmo tempo esvaziar significativamente o princípio do n.º 1 do artigo 117.º no importante domínio da responsabilidade civil.

Nem tão-pouco se percebe por que motivo os membros do governo hão de estar sujeitos a diferentes regimes de responsabilidade: pela prática de um ato administrativo – que apesar do seu carácter individual e concreto pode ter uma enorme projeção política e gerar prejuízos imensos – serão civilmente responsáveis; o mesmo se diga se esse mesmo ato for praticado sob a forma de decreto-lei (por força do n.º 4 do artigo 268.º); mas já serão irresponsáveis se houver emanção de um decreto-lei, ainda que este seja uma simples lei-medida; e voltarão a ser responsáveis se, em vez de um decreto-lei, o Governo optar pela emanção de um decreto regulamentar (geral e abstrato). A existência de uma certa intermutabilidade (e continuidade) entre as formas de atuação à disposição do Governo desaconselha a que a alternativa entre responsabilidade e irresponsabilidade pessoal dos membros do Executivo possa ser decidida pelos próprios.

III – Mesmo no que respeita aos deputados, não é absolutamente líquido que a irresponsabilidade perante terceiros impeça sempre e necessariamente o direito de regresso quando o Estado

foi condenado ao pagamento de uma indemnização, em virtude de uma lei manifestamente inconstitucional, em especial quando se trate de leis violadoras de direitos, liberdades e garantias. O princípio da irresponsabilidade dos juízes, que tem uma tradição tão longa quanto a da irresponsabilidade dos deputados, também não impediu a previsão do direito de regresso em casos de dolo ou culpa grave.

É importante ter em conta que o nível de participação de cada um dos deputados na feitura das leis não é sempre o mesmo. Há deputados que simplesmente votam favoravelmente uma lei, mas há também aqueles que são autores materiais dos projetos legislativos e os conduzem até à aprovação final. Quanto a estes, não deve excluir-se que possam ter uma consciência clara da inconstitucionalidade e de que as soluções previstas são lesivas de certos direitos fundamentais dos cidadãos e, porventura até, benéficas para outros interesses. Pode haver deputados que intervêm no processo legislativo numa situação de conflito de interesses ou movidos por influências externas que sobre eles são exercidas. Respondendo o Estado por ilícito legislativo perante os terceiros lesados, não pode afastar-se a possibilidade de detetar no processo de feitura da lei casos de dolo ou culpa grave, materialmente justificativos de um direito de regresso.

Recorde-se, a este respeito, que o n.º 1 do artigo 157.º, literalmente, vale apenas para os “votos e opiniões” dos deputados, que são os seus atos mais típicos. À luz da natureza excepcional deste preceito, carece de uma justificação convincente o alargamento dessa irresponsabilidade a outros atos ou condutas dos deputados no exercício das suas funções, dentro ou fora do Parlamento. A *ratio* do princípio de irresponsabilidade dos deputados é, como disse, a preservação da liberdade de expressão no debate político-partidário e da liberdade de voto – de acordo com a convicção pessoal acerca do interesse público. E não deve ser estendida muito para além disso – sob pena de perder a sua natureza de garantia ao serviço do exercício do mandato popular e de se converter uma prerrogativa pessoal.

Note-se, de resto, que o n.º 1 do artigo 157.º não impediu que o regime dos crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos incluisse no seu âmbito de aplicação os próprios deputados (CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, cit., pp. 298-299). Essa lei – a Lei n.º 34/87, de 16 de junho – que é, inclusivamente, uma lei que a Constituição manda

expressamente elaborar no n.º 3 do artigo 117.º, prevê nos seus artigos 45.º e 46.º que:

- a) É aplicável a lei civil à indemnização pelos danos emergentes dos crimes de responsabilidade cometidos pelos titulares de cargos políticos;
- b) O Estado responde solidariamente perante os lesados e tem direito de regresso contra o titular do cargo político;
- c) A absolvição pelo tribunal criminal não extingue o dever de indemnizar conexo com a responsabilidade penal.

O Estatuto dos Deputados, que é posterior a esta lei, limita-se todavia a reproduzir a regra constitucional da irresponsabilidade, sem apresentar quaisquer exceções. Mas é evidente que a irresponsabilidade pessoal dos deputados e a inexistência de direito de regresso não pode ser hoje encarada como um dogma – mormente quando exista responsabilidade criminal.

JORGE PEREIRA DA SILVA