



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

ARTIGO 267º TFUE: *LEX IMPERFECTA*?  
DAS CONSEQUÊNCIAS DA OMISSÃO DO REENVIO PREJUDICIAL À LUZ DA  
LEI CIVIL PORTUGUESA

Tese apresentada à Universidade Católica Portuguesa  
para obtenção do grau de Mestre em Direito

por

Mariana Nogueira Sá

ESCOLA DE DIREITO  
Dezembro de 2012





UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

ARTIGO 267º TFUE: *LEX IMPERFECTA*?  
DAS CONSEQUÊNCIAS DA OMISSÃO DO REENVIO PREJUDICIAL À LUZ DA  
LEI CIVIL PORTUGUESA

Tese apresentada à Universidade Católica Portuguesa  
para obtenção do grau de Mestre em Direito

Por Mariana Nogueira Sá

Sob orientação da Professora Doutora Sofia Oliveira Pais

ESCOLA DE DIREITO  
Dezembro de 2012

*Aos meus pais e irmão.*

*Ao Pedro.*

*“É, pois, da natureza do Direito ser positivo, ter vigência. Mas a vigência efectiva do Direito, numa sociedade de homens imperfeitos, requer a coercibilidade, isto é, a ameaça de uma sanção efectiva. Requer, pois, que estejam predispostas as sanções e instituídos os meios da sua efectiva aplicação àqueles que violem as normas. Requer, por outro lado, que por detrás do Direito esteja um poder social organizado, nas sociedades contemporâneas, o poder do Estado, capaz de o impor pela força se necessário. Pode conceber-se, como utopia ou até como ideal desejável, uma sociedade de homens perfeitos em que a coacção se tornasse dispensável.”*

J. Baptista Machado  
Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador  
(2006, Almedina)

## **SUMÁRIO**

### **CAPÍTULO I**

1. Introdução.
- 1.1. Considerações gerais acerca do reenvio prejudicial.
- 1.2. O reenvio prejudicial à luz das normas do CPC.
  - 1.2.1. Conformação jurídico-processual do reenvio prejudicial.
  - 1.2.2. Meios processuais nos quais pode ser suscitado o reenvio.

### **CAPÍTULO II**

2. Caracterização da obrigação de reenvio prejudicial e os meios sancionatórios previstos no ordenamento jurídico português para a sua omissão.
  - 2.1. Considerações prévias: as modalidades (facultativa e obrigatória) do reenvio prejudicial.
  - 2.2. Dos meios de reação à omissão da obrigação de reenvio prejudicial.
    - 2.2.1. Recursos ordinários – a apelação e a revista.
    - 2.2.2. Recurso extraordinário de revisão.
    - 2.2.3. Soluções no plano constitucional: a fiscalização concreta da constitucionalidade.
    - 2.2.4. Ação de responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos praticados no exercício da função jurisdicional.

### **CAPÍTULO III**

3. Conclusões.

## LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão  
Al. – Alínea  
AUJ – Acórdão Uniformizador de Jurisprudência  
CC – Código Civil  
CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem  
CPC – Código do Processo Civil  
CRP – Constituição da República Portuguesa  
DL – Decreto-lei  
EM – Estado-Membro  
EMP – Estatuto do Ministério Público  
ETJUE – Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia.  
JOUE – Jornal Oficial da União Europeia  
LTC – Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional  
MP – Ministério Público  
Pr. - Processo  
RPTJ – Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça  
STJ – Supremo Tribunal de Justiça  
TC – Tribunal Constitucional  
TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem  
TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia  
TJ – Tribunal de Justiça  
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia  
TPA - Tramitação processual acelerada  
TPU – Tramitação processual urgente  
TRE – Tribunal da Relação de Évora  
TRP – Tribunal da Relação do Porto

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

*Vd. – Vide*

*v.g. – verbi gratia*

# CAPÍTULO I

## 1. Introdução.

O art. 267º TFUE dá corpo normativo ao mecanismo de reenvio prejudicial, instrumento basilar da interação entre as jurisdições dos EM's e o TJUE e, por consequência, garante da uniformidade na interpretação e aplicação das normas europeias, ao serviço de interesses maiores de igualdade entre os cidadãos da UE e do projeto de integração que a mesma representa. Este mecanismo pode, em alguns casos, assumir um caráter injuntivo e constituir uma verdadeira obrigação adjetiva dos nossos tribunais. Mas, como todas as obrigações jurídicas, a obrigação de reenvio não é insuscetível de transgressão.

É nosso objetivo, nas linhas que se seguirão, proceder a um enquadramento do reenvio no plano do processo civil luso e, bem assim, à caracterização da ilicitude adjetiva que decorre da sua omissão<sup>1</sup>. Cumprido este desiderato, os nossos esforços concentrar-se-ão na identificação dos meios sancionatórios que o nosso direito civil pode oferecer aos litigantes para reagir à sobredita ilicitude. A título de nota preliminar, e em certa medida justificativa do nosso interesse no mote deste texto, convirá esclarecer que os Tratados se limitaram a criar o mecanismo sem, contudo, o dotar de sanção para a eventualidade de violação o que, face à sua indiscutível importância no processo de integração, poder-se-ia afigurar algo paradoxal. Cremos todavia que, para além da confiança no respeito pelos EM's do seu dever geral de lealdade e cooperação no cumprimento dos objetivos da UE<sup>2</sup>, caucionado pela ação de incumprimento<sup>3</sup>,

---

<sup>1</sup> A obrigação de reenvio é uma obrigação complexa cujo incumprimento pode, por isso, assumir uma miríade de condutas ilícitas. *Vd.*, a este propósito, QUADROS (2006, pp.55-56). O presente texto ater-se-á à ilicitude que resulta da inércia do tribunal nacional.

<sup>2</sup> Art. 4º n.º 3 TUE.

<sup>3</sup> A ação de incumprimento, prevista no art. 258º TFUE, tem por fito sancionar os EM's que faltem ao cumprimento das obrigações que decorrem dos Tratados e do direito derivado. Atendendo à sua vocação

este “silêncio” justificou-se pelo facto de, nos primórdios, o projeto de integração europeia assentar na instituição do mercado comum. Em decorrência, as normas criadas no seu seio dirigiam-se essencialmente aos EM’s. Conforme aquele processo foi avançando, e verificada a posição secundarizada dos particulares no acesso ao TJUE, o reenvio foi assumindo-se como meio indireto de tutela para aqueles. Encetou-se, assim, um processo de “subjativização” do reenvio que vem a traduzir-se no progressivo reconhecimento de que este mecanismo não serve apenas os interesses da aplicação uniforme e eficaz do direito da UE mas também o interesse dos particulares de beneficiar dos direitos que aquele acervo lhes reconhece e da tutela do TJUE para o efeito<sup>4</sup>. É tendo em conta esta específica dimensão subjetiva que nos propomos apreciar o quão apetrechada está a lei civil portuguesa para debelar hipotéticas omissões da obrigação de reenvio.

Mas a análise a que nos propomos não servirá desígnios meramente descritivos. Antes servirá como caminho a percorrer para encontrar a resposta para a seguinte questão: o ordenamento jurídico português prevê cominação para a inobservância da obrigação de reenvio? Das respostas que encontremos para esta questão seguiremos para a ponderação de uma situação de incumprimento, decorrente da violação de uma obrigação prevista no TFUE ou, de forma mais indirecta, por apelo a um princípio da efetividade. Segundo este princípio<sup>5</sup> as normas nacionais só estão em conformidade com o direito da UE se não tornarem o exercício

---

sancionatória, de alcance geral, a ação de incumprimento foi a primeira forma de reação à omissão de reenvio apontada pela doutrina. Segundo INÊS QUADROS, o fenómeno explica-se pelo facto da doutrina clássica reconhecer ao reenvio uma função eminentemente objetiva, servindo interesses comunitários de aplicação uniforme do direito da UE. A autora, por seu lado, propende para o reconhecimento de uma função também subjetiva da figura, sublinhando o papel dos particulares no seu exercício atento o facto do reenvio, na arquitetura jurisdicional da UE, representar um meio importante para garantir a efetividade dos direitos plasmados no seu acervo (QUADROS, 2006, p.58).

<sup>4</sup> Esta é a tese, em termos gerais, de INÊS QUADROS, *ibidem*.

<sup>5</sup> Este princípio foi, pela 1ª vez, referido no Pr. 33/76, de 16.12.76 (*Rewe*) e posteriormente desenvolvido em outras decisões judiciais como o Pr. 106/77, de 09.03.78 (*Simmenthal II*).

dos direitos conferidos pela ordem jurídica da UE impossível ou excessivamente difícil. Se o reenvio, meio indireto de tutela dos direitos conferidos aos particulares, pode ser suprimido inconsequentemente, então os próprios direitos subjetivos, cuja aplicação se pretendia, são preteridos. Não ignoramos que esta conformação do princípio da efetividade assume aqui um alcance global – é a ordem jurídica (civil) no seu conjunto e não regras específicas que reputamos de entrave ao reconhecimento dos direitos subjetivos fundados nas normas da UE – mas cremos também que este é um enfoque que favorece largamente a tutela dos interesses dos particulares. E é justamente esta a perspectiva que nos move: a dos particulares para quem o reenvio representa, muitas vezes, a única forma de alcançar a tutela que a ordem jurídica da UE oferece e a quem a sua omissão ilícita prejudica de forma mais imediata.

### **1.1. Considerações gerais acerca do reenvio prejudicial.**

O reenvio prejudicial, previsto no art. do 267º do TFUE, consiste num mecanismo de interação entre os tribunais de cada EM, os tribunais nacionais, e o TJUE. Os tribunais nacionais são os tribunais comuns da ordem jurídica da UE: estando os órgãos de cada EM vinculados à obrigação de tomarem medidas adequadas para garantir o cumprimento das imposições que decorram dos Tratados ou direito derivado e a absterem-se de tomar medidas suscetíveis de fazerem perigar os seus objetivos, e não dispondo a UE de um aparelho de tribunais próprios destinados a aplicar especificamente as suas normas, aos tribunais nacionais, no exercício da função jurisdicional, cumpre a aplicação daquele acervo que, atento os princípios do primado e da efeito direto, convive com as normas internas. No exercício deste “mandato europeu”<sup>6</sup>, são constantemente confrontados com a necessidade de o interpretar

---

<sup>6</sup> A expressão é NUNO PIÇARRA, *As incidências do direito da União Europeia sobre a organização e o exercício da função jurisdicional nos EM's*, in <http://docs.google.com/fileview?id=0B1fVyhqCKzNmExODZkZDgtMGI5Zi00MmE4LWEyZDUtZjA3MzUxMmI4NTUw&hl=en> (12.12.02, 9h).

sendo compreensível o surgimento de dúvidas relativas à aplicação do direito da UE aos casos concretos, facto a que não é alheia a sua proficuidade e complexidade.

O legislador da UE, ciente do indesejável efeito a que o adágio popular “*Cada cabeça, sua sentença*” se refere, mormente para o objetivo declarado de construção de um direito comum que o reenvio serve, procurou evitar a prolação de soluções judiciais tão diferenciadas quanto o número de tribunais das diversas ordens jurídicas nacionais, acerca da interpretação e validade do direito da UE, criando, para tanto, o mecanismo do reenvio.

Convirá notar, a este propósito, que a necessidade da criação de um mecanismo que garanta a uniformidade de decisões judiciais chamadas a aplicar o direito da UE é inarredável atento o facto da arquitetura jurisdicional da UE não apresentar uma natureza federal, de estrutura hierarquizada<sup>7</sup>. Se assim não fosse, o TJUE poderia corrigir as decisões proferidas pelos tribunais nacionais que, eventualmente, aplicassem o direito da UE erradamente. Não é, todavia, esta a realidade. A UE prescindiu da criação de um sistema de tribunais próprios, destinados a aplicar exclusivamente o seu direito, pelo que os tribunais dos EM’s são, como se referiu, os tribunais comuns da ordem jurídica da UE, existindo entre estes e o TJUE uma relação de cooperação horizontal e não de hierarquia.

Através do reenvio, o tribunal nacional, na apreciação de um caso concreto e perante dúvidas de interpretação e validade de normas da UE relevantes para o julgamento da causa, pode (e, em alguns casos a que adiante nos referiremos, deve) solicitar a pronúncia do TJUE acerca daquelas questões<sup>8</sup>. A seu tempo, apreciaremos a sua concretização no *iter* processual civil português.

---

<sup>7</sup> *Vd.*, sobre este ponto, KOMÁREK (2005).

<sup>8</sup> TRIDIMAS (2003).

Teleologicamente, o reenvio é um instrumento jurídico-processual que visa garantir da *uniformidade* na aplicação e interpretação do direito da UE: o TJUE, ao responder da mesma forma às questões suscitadas, substancialmente idênticas, permite que os tribunais nacionais dos diversos EM's apliquem de forma uniforme aquele direito<sup>9</sup>.

Por outro lado, tendo em conta que no contexto da arquitetura do contencioso da UE os particulares têm um papel residual – é-lhes reconhecida legitimidade ativa em casos contados - o reenvio surge como um meio idóneo, ainda que indireto, para alcançar o reconhecimento judicial dos direitos que as normas do acervo comunitário lhes conferem. Nas expressivas palavras de M. NOGUEIRA SERENS, o reenvio representa uma “*vereda que complementa a avenida*” do recurso de anulação, “*cujo acesso [aos particulares] é sobremaneira restringida*”<sup>10</sup>. Desta perspectiva, o reenvio responde à necessidade de garantir a *eficácia* do direito da UE.

## **1.2. O reenvio prejudicial à luz das normas do CPC.**

### **1.2.1. Conformação jurídico-processual do reenvio prejudicial.**

Nos termos do art. 267º TFUE, o tribunal nacional pode, sempre que surja alguma dúvida quanto à validade e interpretação do direito da UE, “*pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie*”. Mas como caracterizar este “pedido” jurídico-processualmente? E como se concretiza no nosso *iter* processual?

Em resposta a ambas as questões, avançamos já que o reenvio se afigura como uma questão (ou causa) prejudicial que pode determinar a suspensão da instância (art. 279º n.º 1 CPC). Com efeito, através do reenvio, o julgador nacional solicita a jurisdição do TJUE relativamente a uma questão cuja decisão preliminar, em seu entender, é necessária para a justa

---

<sup>9</sup> Neste sentido, *vd.* CAMPOS (2011, p.177).

<sup>10</sup> SERENS (2011, p.627).

composição do litígio concreto. A questão de direito da UE é prejudicial relativamente ao objecto do litígio principal no sentido de que a sorte deste depende do que relativamente àquela se decida. Uma questão é, pois, prejudicial relativamente a um litígio decidendo se, para a sua resolução, o julgador necessita da sua consideração prévia por se tratar de uma premissa que integra o silogismo judiciário que subjaz a decisão final sob pena de, não o fazendo, incorrer em errada aplicação do direito.

Partindo destas considerações, percebemos as afinidades entre o juízo de existência de uma questão prejudicial que, nos termos do nosso CPC, justifica a suspensão da instância, por um lado, e o *juízo de pertinência e necessidade* do reenvio que a aplicação do art. 267º TFUE pressupõe, por outro. De facto, tal como INÊS QUADROS<sup>11</sup>, a este propósito, menciona, será pertinente e, portanto, fundamento para a operatividade do reenvio, “*toda a questão colocada pelo juiz nacional ao Tribunal de Justiça, quando a resposta que lhe venha a ser dada constitua uma premissa no raciocínio que conduz à decisão final por parte daquele juiz.*”. A apontada afinidade baseia-se no objetivo partilhado por ambas as figuras: garantir que, no mesmo ordenamento jurídico, não convivem duas decisões jurisdicionais incompatíveis.

No que tange à iniciativa processual, cumpre, desde logo, esclarecer que os particulares não podem, eles próprios, e por seu impulso, suscitar a apreciação de uma questão prejudicial ao TJUE, sendo-lhes apenas permitido requerer ao juiz que o faça. O reenvio não constitui, assim, “*uma via de recurso aberto às partes num litígio pendente perante um juiz nacional*”<sup>12</sup>. Muito embora a letra do art. 267º TFUE não pareça deixar margem para dúvidas, o TJ já se pronunciou, de forma inequívoca, quanto à impossibilidade dos particulares suscitarem o reenvio prejudicial, nos Pr. 44/65, de 09.12.65 (*Hessische Knappschaft*) e 93/78, de 22.11.78 (*Lothar Mattheus*, n.º 5).

---

<sup>11</sup> QUADROS (2011, p.224).

<sup>12</sup> Pr. 283/81, de 06.10.82 (*Cilfit*, n.º9).

O reenvio pode, assim, nascer de duas formas, consoante o impulso que o origine: o juiz da causa, *ex officio*, considera a necessidade de esclarecer questões de interpretação e promove o reenvio ou as partes solicitam que aquele o faça. Este “pedido” das partes pode ser feito através de qualquer articulado admissível, consoante a forma processual em causa, ou em requerimento autónomo para o efeito. Poderá, ainda, ter lugar em alegações de recurso, se for o caso.

A este respeito refira-se que o MP deve, no cumprimento dos seus deveres estatutários de garante da legalidade, solicitar ao tribunal o reenvio. A única diferença desta solicitação, face à operada pelas partes, reside na natureza diversa dos interesses que os pedidos prosseguem: enquanto o pedido de reenvio feito pelas partes visa satisfazer os seus particulares interesses na resolução do litígio à luz do direito da UE e, portanto, é uma faculdade que lhes assiste, o reenvio solicitado pelo MP corresponde ao cumprimento do dever de zelar pela correcta aplicação da lei<sup>13</sup> assumindo, por isso, a feição de um verdadeiro poder-dever.

### **1.2.2. Meios processuais nos quais pode ser suscitado o reenvio prejudicial.**

A letra do art. 267º TFUE não restringe a aplicação de reenvio a tipos ou formas processuais específicas pelo que, em tese, a sua promoção poderia ter lugar em qualquer fórmula processual prevista no nosso direito adjetivo. Cremos, todavia, que, ainda que admissível, o exercício do reenvio não é isento de dificuldades em certas ações ou expedientes processuais.

O TJ teve já oportunidade para se pronunciar acerca da questão da admissibilidade do reenvio em sede de *procedimentos cautelares*, defendendo que a natureza urgente do processo não constitui óbice à promoção do reenvio bastando, para tanto, o exercício de uma função

---

<sup>13</sup> Art. 1º da Lei n.º 47/86 de 15.10 (EMP).

jurisdicional: “Não há qualquer dúvida de que o carácter sumário ou urgente do processo pendente no tribunal nacional não impede o Tribunal de se considerar validamente demandado ao abrigo do parágrafo [segundo do art. 267º TFUE] sempre que o tribunal nacional considere necessário dele fazer uso.”<sup>14</sup>. Atendendo a que, nos termos dos Tratados, a definição do sentido e alcance das normas da UE cabe ao TJUE, esta será a posição a observar pelos tribunais nacionais.

Contudo, a apontada admissibilidade comporta algumas dificuldades não desprezíveis. A finalidade dos *procedimentos cautelares* – acautelar o efeito útil das decisões que definitivamente compõem os litígios – determinam o cunho do seu regime, regime este que, como veremos, oferece algumas resistências operacionais à aplicação do reenvio. Logo à cabeça, parece-nos que a natureza urgente<sup>15</sup> que caracteriza estes expedientes processuais é uma condição que torna difícil (senão, impossível) a sua concatenação com a tramitação geralmente demorada do reenvio prejudicial. Não olvidamos, nesta sede, a possibilidade de tramitação urgente<sup>16</sup> e acelerada<sup>17</sup> do reenvio prejudicial. Mas cremos, que para além das suas especificidades, mormente o âmbito de aplicação da TPU, as dificuldades de articulação não são, de facto, despiciendas. Vejamos.

---

<sup>14</sup> Pr. n.º 107/76, de 24.05.77 (*Hoffmann/La Roche*).

<sup>15</sup> Art. 382º CPC.

<sup>16</sup> Prevista no art. 267º § 4) e regulada no art. 23º - A do Protocolo relativo ao Estatuto do TJUE e art. 104º - B do RPTJ, foi pensada para os casos de processos no âmbito dos quais haja detidos. A TPU caracteriza-se por uma simplificação das fases processuais e prolonga-se por cerca de 2 meses.

<sup>17</sup> A TPA - art. 23º - A do Protocolo relativo ao Estatuto do TJUE e art. 104º - B do RPTJ – contrariamente à TPU, é admissível em qualquer domínio do DUE e depende sempre de um pedido fundamentado, no sentido da adopção desta tramitação, dirigido ao TJUE pelo órgão de reenvio. A TPA caracteriza-se pelo encurtamento de algumas fases processuais face à tramitação ordinária, prolongando-se, ainda assim, cerca do dobro do tempo da TPU.

À natureza urgente destes procedimentos, acresce a sua natureza cautelar: os procedimentos cautelares existem para assegurarem o efeito útil das decisões finais que venham a ter lugar e não se destinam a promover uma apreciação da questão de fundo. Por isso, a procedência de um procedimento cautelar basta-se com verificação do *fumus boni iuris*, da aparência do direito, que se traduz num juízo de verosimilhança, de probabilidade séria da existência do direito invocado pelo requerente da providência cautelar (art. 387º CPC)<sup>18</sup>, prescindindo do juízo de certeza do direito que se reserva para a ação principal. Exigir um juízo de certeza quanto ao direito invocado, propósito que o reenvio prejudicial serve, aporta ao procedimento cautelar um elemento estranho à sua natureza criando uma espécie de *quimera* jurídica que reúne no seu seio elementos de ação cautelar com elementos de ação principal. Assim, e sem perder de vista que as decisões tomadas nesta sede têm carácter meramente provisório, o reenvio justificar-se-ia, sendo o caso, na ação principal que justamente se destina a apreciar a questão de fundo e obter uma composição definitiva do litígio. E será nesta ação principal que, atentos os interesses em presença, se poderá lançar mão do reenvio prejudicial, eventualmente com tramitação acelerada ou urgente. Reconhecemos, contudo, que este argumento perde acuidade se o reenvio tiver como objecto não as normas de direito substantivo que serão chamadas na composição do litígio principal mas sim as normas que especificamente regem os procedimentos cautelares. Neste caso, são concebíveis situações que possam justificar o reenvio. Finalmente, pesará um argumento de ordem prática: o TJUE fica assoberbado de reenvios cuja subsistência, umbilicalmente ligada ao processo cautelar, é, naturalmente, provisória<sup>19</sup>.

No que concerne às *ações executivas*, somos da opinião que, nesta sede, não é, em princípio, possível o recurso ao reenvio. A razão é simples: as ações executivas, pela sua

---

<sup>18</sup> GERALDES (2010, p.90).

<sup>19</sup> *Vide*, no mesmo sentido, ANDRADE (1991, p.50).

natureza, destinam-se a assegurar, em regra<sup>20</sup>, o cumprimento de uma decisão já formulada pelo que, no seu âmbito, não se discute o direito, antes se aplica o direito já discutido e assente<sup>21</sup>. Por conseguinte, o reenvio, a ter cabimento, só o tem na fase declarativa do processo. Nesta sede, é esclarecedor o sumário do AUJ de 27.01.10 (Pr.594/09.5YFLSB), sobre a inadmissibilidade de questões prejudiciais no âmbito das acções executivas: “I - O processo de execução visa dar realização efectiva e prática ao direito do exequente, definido pelo tribunal em sede de acção declarativa ou consubstanciado em outro título a que a lei atribua força executiva. II - Mantém-se em vigor a doutrina fixada pelo Assento do STJ de 24-05-1960, no sentido de que o art. 279.º do CPC não se aplica ao processo executivo, uma vez que «a execução não é uma causa por decidir; é a sequência de uma decisão».”

Há, todavia, um reparo a fazer. Na pendência de uma acção executiva, podem suscitar-se momentos processuais declarativos que fundamentem o recurso ao reenvio prejudicial. É o caso da oposição à execução. A oposição à execução constitui uma verdadeira acção declarativa com pedido e causa de pedir (os fundamentos, de facto e de direito<sup>22</sup>), por via da qual o oponente (executado) pretende que se julgue extinta, total ou parcialmente a execução<sup>23</sup>. Este enxerto declarativo na instância executiva configura-se “como contra-acção susceptível de se basear, conforme os casos, em fundamentos de natureza substantiva ou de natureza processual”<sup>24</sup> pelo que na apreciação destes mesmos fundamentos pode justificar-se o reenvio. Daí que, conforme

---

<sup>20</sup> As acções executivas podem ter por base não só sentenças ou despachos judiciais como também outros documentos a que a lei processual atribua a natureza de título executivo – art. 46º CPC. Todavia, todos os títulos executivos têm um denominador comum: do seu teor podemos extrair o direito do seu titular, cuja existência não é discutível ou litigiosa.

<sup>21</sup> Art. 4º, n.º 3 CPC.

<sup>22</sup> Que apresentam maior ou menor latitude consoante a espécie do título que serve de base à acção executiva – 46º CPC.

<sup>23</sup> 813º CPC.

<sup>24</sup> Ac. STJ de 10.07.08 (Pr. n.º 08B2107).

pronúncia do STJ a este respeito<sup>25</sup>, o processo executivo “*apenas admit[a] uma espécie de prejudicialidade (...) através do instituto da oposição e da possibilidade desta poder dar origem a suspensão da própria execução*” sendo, pois, configurável o reenvio.

## **CAPÍTULO II**

### **2. Caracterização da obrigação de reenvio prejudicial e os meios sancionatórios previstos no ordenamento jurídico português para a sua omissão.**

#### **2.1. Considerações prévias: as modalidades (facultativa e obrigatória) do reenvio prejudicial.**

A compreensão das circunstâncias que podem fundar uma situação de incumprimento relativo ao reenvio pressupõe o conhecimento prévio dos casos em que este expediente é obrigatório para o julgador nacional. Uma vez definida esta forma de ilicitude adjetiva, seguimos para a identificação das sanções de que o particular dispõe na ordem jurídica lusa face ao inadimplemento, a que se seguirá a apreciação da sua eficácia cominatória.

Logo nas primeiras linhas, foi feita a referência ao facto de, na arquitetura do sistema jurisdicional da UE, os tribunais nacionais de cada EM serem concebidos como os órgãos a quem incumbe a competência genérica para aplicar o direito da UE. São, como se referiu, os *tribunais comuns* da UE. É no desempenho desta função que, face a dúvidas de interpretação e validade do direito da UE, lançam mão do reenvio prejudicial e provocam a jurisdição do TJUE.

---

<sup>25</sup> Ac. STJ de 31.05.07 (Pr. n.º 07B864).

Mas estarão os tribunais nacionais **sempre** obrigados a proceder ao reenvio?

O art. 267º TFUE, nos seus §2 e §3, responde a esta questão, esclarecendo-nos quanto à natureza que o reenvio pode assumir, consoante o julgador nacional se encontre (ou não) vinculado a provocar a jurisdição do TJUE para a interpretação ou apreciação da validade do direito da UE.

Em regra, o reenvio é meramente facultativo: o §2 daquele normativo, refere-se à *possibilidade* do julgador nacional, perante uma dúvida de interpretação ou validade do direito da UE e cujo esclarecimento se afigure relevante para a decisão da causa que tem entre mãos, solicitar a apreciação do TJUE sobre a mesma. O reenvio é, na maior parte dos casos, uma *faculdade* ao dispor dos tribunais nacionais que são sempre soberanos na consideração da sua pertinência e oportunidade, ainda que suscitado pelas partes.

Há, todavia, duas (importantes) exceções àquela natureza.

A 1ª exceção resulta do §3 do art. 267º TFUE que impõe a obrigatoriedade do reenvio sempre que as questões prejudiciais sejam suscitadas perante “*um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno*”. O carácter injuntivo do reenvio nestas condições é indiscutível. Todavia, as certezas já não persistem quanto ao que se deva, nesta sede, considerar como tribunal cujas decisões são insuscetíveis de recurso. Atento o objecto do presente texto, não é nossa pretensão discorrer sobre as teses que, nesta sede, vigoram. Deixamos, ainda assim, esta pequena nota: de acordo com a *teoria do litígio abstrato*<sup>26</sup> (ou teoria orgânica), os tribunais obrigados ao reenvio, nos termos do §3 do art. 267º TFUE, são os tribunais que, segundo a organização judiciária nacional, são os

---

<sup>26</sup> Entre nós, defendida por J. M. CAMPOS e J.L.M. CAMPOS (2010, p.423).

tribunais de última instância, ou seja, os tribunais supremos. Por oposição, a *teoria do litígio concreto*<sup>27</sup> defende que os tribunais cujas decisões são insuscetíveis de recurso são aqueles que, no caso concreto e de acordo com as regras processuais vigentes, decidem efetivamente em última instância.

Em defesa da 1ª teoria são comumente aduzidos argumentos de cariz eminentemente prático: considerar que se encontram obrigados ao reenvio os tribunais que, em concreto, decidem em última instância significaria uma sobrecarga de trabalho para o TJUE e um concomitante prolongamento dos processos, quer no próprio TJUE, quer nos tribunais nacionais, que teriam que manter a instância suspensa nos litígios onde tivessem suscitado o reenvio durante mais tempo. Estes inconvenientes, poderiam, em teoria, justificar-se se atentarmos no interesse em assegurar a uniformidade na aplicação do direito da UE que inspira o reenvio. Sucede que, nesta sede, seriam apreciadas questões prejudiciais no âmbito de processos que, pela sua natureza e reduzido valor (argumento da “bagatela jurídica”), não representam grande perigo para a unidade de interpretação do direito da UE pelo que o sacrifício da celeridade da tramitação dos reenvios não parece, por isso, encontrar razão bastante. Em sentido inverso, a teoria do litígio concreto sublinha a necessidade imperiosa de garantir a coerência e uniformidade na aplicação judicial do direito da UE, necessidade essa que é mais intensa quando essa aplicação é definitiva. Acresce que aos litigantes dos diversos EM’s devem ser oferecidas iguais oportunidades de serem garantida a aplicação coerente das normas da UE, não devendo essa possibilidade ficar dependente do sistema de recursos judiciais que, em concreto, vigore e que, em última análise, poderia resultar em estatutos processuais mais ou menos favoráveis consoante a ordenamento jurídico nacional aplicável.

---

<sup>27</sup> No pr. n.º 6/64, de 15.07.64 (Costa/ENEL), o TJUE pronunciou-se, ainda que incidentalmente, acerca desta questão dispondo que “*as jurisdições nacionais cujas decisões são, como no caso sub judice, sem recurso, devem solicitar ao Tribunal que julgue a título prejudicial...*”.

Até à presente data, o TJUE nunca se pronunciou frontalmente sobre a opção por uma ou outra teoria, pelo que a pertinência da questão mantém-se. INÊS QUADROS<sup>28</sup> aponta para uma recente tendência (ainda que não ostensiva) para a teoria do litígio concreto dando como exemplo a decisão prolatada no Pr. n.º 99/2000, de 04.06.02 (*Lyckeskog*, n.º15). Cremos que, ainda que de forma incidental, se pode detectar a adoção desta teoria pelo TJ no ac. *Köbler*<sup>29</sup> (n.º 22). Com efeito, discorrendo sobre o princípio da responsabilidade dos EM's por actos cometidos no exercício da função jurisdicional, o TJ dispôs que, nesta sede, se deve considerar que o “*o órgão jurisdicional que decide em última instância constitui por definição a última instância perante a qual os particulares podem fazer valer os direitos que o direito comunitário lhes confere.*”. Parece, pois, que estando em causa a responsabilidade do Estado membro por violação do art. 267º TFUE, o TJ aceita a teoria do litígio concreto na interpretação do §3 do sobredito normativo e, por essa via, a possibilidade da efetivação da responsabilidade do Estado por decisões de tribunais de instância.<sup>30</sup>

Mas esta obrigação (originária) de reenvio por insuscetibilidade de recurso pode ser *dispensada*. Com efeito, o TJ, no ac. *Cilfit*<sup>31</sup>, diretamente confrontado com a questão, veio elencar as 3 situações em que o tribunal nacional, não obstante decidir em última instância, fica dispensado de proceder ao reenvio. Em 1º lugar, cessa a obrigação de reenvio quando a questão de direito da UE suscitada for *impertinente ou desnecessária* para a resolução do litígio concreto (n.º 10). Em 2º lugar, verifica-se dispensa de reenvio quando o TJUE já se tenha

---

<sup>28</sup> QUADROS (2011, p.221).

<sup>29</sup> Pr. n.º 224/01, de 20.09.03.

<sup>30</sup> SOFIA OLIVEIRA PAIS considera que a jurisprudência *Köbler* não decidiu definitivamente esta questão, lembrando, todavia, que o ac. *Lyckeskog*, ao definir que a obrigação de reenvio recai sobre os tribunais que, em concreto, decidam sem suscetibilidade de recurso e, bem assim, o objectivo de proteção dos particulares que a acção ressarcitória visa acautelar, implicam a aceitação da responsabilidade do Estado por decisões dos tribunais de instância (PAIS, 2011, p.133).

<sup>31</sup> Pr. n.º 283/81, de 06.10.82.

pronunciado sobre questão em *caso análogo*, em sede de reenvio ou outro meio processual, atento o efeito *erga omnes* das suas decisões (n.º 13 e 14). Por último, a obrigação de reenvio não tem lugar quando o tribunal nacional considere que as normas da UE aplicáveis não suscitam dúvidas interpretativas, ou sejam, são *claras* (n.º 16). Tratou-se da adoção pelo TJ da Teoria do Acto Claro e cujos perigos são fáceis de descortinar: o juízo de valoração da clareza da norma é sempre um juízo subjetivo que comporta o inevitável risco de, através do seu uso generoso, fazer perigar a uniformidade pretendida com o reenvio. Daí que o TJ, antevendo estes riscos, não tenha aberto uma porta à dispensa de reenvio, mas apenas uma janela, aduzindo um conjunto de requisitos para que uma norma seja considerada clara. Assim, é necessário que o julgador considere as especiais características do ordenamento jurídico da UE e as particulares dificuldades que a sua interpretação pode suscitar devendo, por isso, proceder-se à comparação das suas várias versões linguísticas, atender-se ao facto da terminologia jurídica poder variar conforme o contexto nacional e, ainda, a todo o acervo da UE, aos seus objetivos e estado de evolução aquando da aplicação da norma em causa (n.ºs 17 a 20). Foi intenção clara do TJ objectivar tanto quanto possível o juízo de clareza a realizar pelo julgador nacional de forma a evitar a utilização demasiadamente generosa da dispensa de reenvio por aplicação da Teoria do Acto Claro. Esta posição granjeou algumas críticas a este acórdão pois, na opinião de alguns, o número e a natureza dos requisitos tornariam praticamente impossível a aplicação da Teoria do Acto Claro e, por conseguinte, a dispensa de reenvio nos seus termos. Curiosamente, a realidade portuguesa é diametralmente oposta: grande parte dos reenvios suscitados pelas partes são rejeitados pelos tribunais portugueses com fundamento na clareza das normas aplicáveis de onde se conclui que, não obstante o filtro pretendido pelo TJ, a Teoria do Acto Claro tem, entre nós, entusiastas<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Num quadro geral de sucesso do reenvio – de acordo com o Relatório Anual 2011 do TJUE, disponível em [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-06/ra2011\\_statistiques\\_cour\\_pt.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-06/ra2011_statistiques_cour_pt.pdf), a “fatia de leão” da actividade do TJUE pertence aos reenvios prejudiciais, que ascenderam a 423 processos entrados em 2011, num universo de 688 processos – verificamos que Portugal contribuiu para este número com apenas 14 reenvios. É, pois, curioso notar a deslocação da raiz do *problema* para o próprio TJUE que o TRE, em acórdão

Finalmente, cumpre esclarecer que na verificação da natureza obrigatória do reenvio devemos ater-nos somente à possibilidade de recurso ordinário da decisão em causa, sob pena da obrigação de reenvio ficar praticamente esvaziada de sentido. Como consequência, a possibilidade de recurso para o TC, para o TEDH ou, ainda, a possibilidade de recursos extraordinários (propriamente ditos) como o recurso de revisão<sup>33</sup> não é relevante.

O 2º desvio à regra do reenvio facultativo resulta da chamada “*jurisprudência Foto-Frost*”<sup>34</sup>, segundo a qual os tribunais nacionais são incompetentes para declarar a invalidade das normas da UE (n.º15). Assim, se confrontados com a questão da validade de uma norma da UE e propenderem para a sua invalidade, os tribunais nacionais, independentemente da possibilidade de recurso, terão que obrigatoriamente proceder ao reenvio para o TJUE. A jurisprudência *Foto-Frost* cria, pois, uma obrigação de reenvio para as jurisdições de instância que, de outro modo, não existiria. O elenco dos casos de reenvio obrigatório é assim alargado: para além dos tribunais que decidem sem suscetibilidade de recurso, o reenvio é obrigatório também para os tribunais que façam um juízo de invalidade das normas da UE a aplicar, ainda que a sua decisão seja recorrível. Esta orientação jurisprudencial assenta não só na exigência de

---

recente, faz: “*E sendo comumente reconhecido aos tribunais portugueses o (bom) cumprimento das suas obrigações europeias (...) é-lhes apontado o pouco uso do reenvio prejudicial, o que os números parecem revelar. Mas se, por um lado, se pode justificar um esforço no sentido de incentivar o cumprimento desta obrigação decorrente dos Tratados, não podemos deixar de acompanhar os sinais dados pelo próprio Tribunal de Justiça – com elevadas pendências processuais, inimigas do cumprimento do prazo razoável – no sentido de uma racional contenção ou pelo menos de um uso não irrestrito do reenvio prejudicial.*” (Ac. de 06.12.12, Pr. n.º 1536/09.3GDLSB.E1). Não obstante o facto de o TJUE se ter tornado vítima do próprio sucesso, o “recado de contenção” não se destina propriamente aos tribunais portugueses. A título ilustrativo do que vem dito, NUNO PIÇARRA e FRANCISCO P. COUTINHO dão-nos conta que o STJ esperou 20 anos para proceder ao seu primeiro reenvio (PIÇARRA e COUTINHO, 2006, pp.17-16).

<sup>33</sup> Art. 771º CPC.

<sup>34</sup> Pr. n.º 314/85, de 22.10.82.

uniformidade mas também na “*necessária coerência do sistema de protecção jurisdicional instituído pelo Tratado*”: se a competência para a fiscalização da validade das normas, a título principal, é exclusiva do TJUE em sede de recurso de anulação, a fiscalização, a título incidental, terá também de o ser, sob pena de desarmonias. Não obstante, este entendimento não deixa de constituir um elemento estranho<sup>35</sup> à já assinalada arquitetura judicial da UE que pretende uma aplicação descentralizada do seu direito através dos seus tribunais comuns, os tribunais nacionais. Resta referir que a jurisprudência *Foto-Frost* foi mais recentemente confirmada no pr. n.º 27/95, de 15.04.97 (*Nailsea*, n.º 20).

## **2.2. Dos meios de reacção à omissão da obrigação de reenvio prejudicial.**

Entrando naquele que é, afinal, o mote do presente texto – as consequências da omissão da obrigação de reenvio – cremos ser de utilidade a identificação dos contornos que, pela pena dos nossos tribunais, a omissão ilícita do reenvio usualmente assume. NUNO PIÇARRA e FRANCISCO P. COUTINHO<sup>36</sup> enumeram 3 grupos de casos de violação desta obrigação. O 1º reconduz-se às situações em que o tribunal recusa o reenvio com base na Teoria do Acto Claro sem, contudo, fundamentar a desnecessidade ou estribando a sua posição em fundamentos diversos dos definidos na jurisprudência *Cilfit*. O 2º grupo inclui as situações em que, não obstante reconhecer as dúvidas de interpretação do direito da UE, o tribunal não recorre ao reenvio optando pelo recurso aos critérios hermenêuticos do art. 9º CC. Casos há em que a instância nacional crê que a obrigação de reenvio apenas subsiste no caso de dúvida interpretativa insanável. Por fim, os autores referem também o registo de casos de negação pelos tribunais da natureza oficiosa do reenvio ou da exclusão do âmbito de aplicação de

---

<sup>35</sup> Nas palavras de NUNO PIÇARRA, a jurisprudência *Foto-frost*, afirmando “*um sistema genuinamente concentrado de controlo de validade do direito derivado da UE (...) cerceia desnecessariamente a autonomia que afirma reconhecer genericamente aos juizes nacionais na sua qualidade de juizes comuns da União, acentuando a sua distância em relação ao TJ.*” (PIÇARRA, 2009, p.7). Identicamente, *vd.*, COUTINHO (2009, p.157).

<sup>36</sup> PIÇARRA, N. e COUTINHO, F.P. (2006, pp.18-19).

reenvio de certos atos jurídicos da UE como as recomendações, ao arrepio da jurisprudência *Grimaldi*<sup>37</sup>.

Diagnosticada a ilicitude apreciada, e passando ao elenco das suas possíveis cominações, convirá esclarecer que o TFUE não estabelece qualquer sanção específica para a inobservância do reenvio obrigatório. No plano da UE, a omissão ilícita de reenvio pode justificar uma ação de cumprimento (258º TFUE), meio processual gizado para sancionar os EM's pelas faltas no cumprimento das suas obrigações europeias. Mas, para além deste meio se circunscrever fora do âmbito deste texto, a proteção por ele conferido ao particular, principal interessado, é diminuta. Como adiante veremos, e em tese, a sua utilidade limita-se a abrir o caminho para a possibilidade de um recurso de revisão da decisão final em cujo processo a omissão se verificou.

### **2.2.1. Recursos ordinários – a apelação e a revista.**

Os recursos constituem o meio natural para corrigir *más* decisões dos tribunais, constituindo o garante da boa saúde da administração da justiça. O restabelecimento da legalidade violada pela decisão posta em crise é a sua vocação primordial. Deste modo, eventuais erros na apreciação dos factos e/ou na aplicação das normas, deverão, quando as normas processuais o permitam, ser sanados com uma reapreciação judicial. A solução encontrada pelo sistema judicial para lidar com o *error in iudicando* não diverge consoante se trate de normas de direito nacional ou de fonte europeia pelo que, em princípio, aquele erro, a existir, cederá o passo a um recurso.

Considerando o exposto, na eventualidade de omissão ilícita do reenvio, o expediente de que, em primeira linha, surge para a atacar é o recurso ordinário. No ac. *Köbler*, a que

---

<sup>37</sup> Pr. n.º 322/88, de 13.12.89.

voltaremos adiante, o TJ, discorrendo sobre as condições para a admissibilidade da responsabilidade dos EM's por actos praticados no exercício da função jurisdicional, aponta para a necessidade de estar em causa uma decisão de um órgão jurisdicional que decide em última instância, ou seja, sem possibilidade de recurso (n.ºs 33 a 36), donde se conclui a imposição das partes esgotarem todas as possibilidades de recurso que a lei oferece<sup>38</sup>. Por outras palavras, os recursos internos constituem a primeira linha de defesa da legalidade da UE em caso de omissão ilícita do reenvio.

Neste particular, convirá lembrar que é jurisprudência firmada do TJUE a consideração de que, na ausência de normas adjetivas de fonte europeia, cabe aos EM's assegurar que as suas normas processuais e o seu aparelho judiciário conferem à ordem jurídica da UE o mesmo nível de proteção conferido às normas internas. A forma – procedimental e substantiva – como esse nível de idêntica proteção é garantido é deixada à discricionariedade de cada EM (princípio da autonomia procedimental<sup>39</sup>). A única limitação imposta a essa autonomia é a equivalência, a nível interno, da proteção reconhecida aos direitos concedidos a particulares pelas normas europeias (princípio da equivalência) de forma a impedir que se torne impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efetividade; *Peterbroeck*, n.º 12). Estas exigências são corolário lógico do princípio da cooperação leal (art. 4º do TUE), segundo o qual os EM's deverão “*tomar todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratado*” como é o caso da obrigação de reenvio.

Vejamos, pois, se as normas relativas aos recursos ordinários estão à altura deste desafio europeu.

---

<sup>38</sup> *Vd.*, neste sentido, SCOTT e BARBER (2004, p.404).

<sup>39</sup> *Vd.*, entre muitos outros, acórdãos *Peterbroeck* (Pr. n.º 312/93, de 14.12.95), *Rewe* (Pr. n.º 33/76, de 16.12.76) e *Comet* ( Pr. n.º 45/76, de 16.12.76). Na doutrina, *vd.*, RODRÍGUEZ IGLESIAS (2001, pp.5-28).

As considerações sobre a validade do sistema de recursos ordinários para responder à omissão<sup>40</sup> de reenvio prejudicial pressupõem, de acordo com as regras do sistema recursivo luso, a possibilidade de recurso de apelação ou revista (conforme o caso) da sentença final<sup>41</sup> que venha a ser prolatada. Só poderemos falar de recurso se, *in casu*, a decisão final for recorrível. Mas se a decisão final é recorrível, então somos forçados a admitir que, para este efeito, só releva a omissão de reenvio de apreciação de validade, obrigatório nos termos da jurisprudência *Foto-frost*, independentemente da instância. Vejamos melhor.

De facto, a apreciação da omissão de reenvio, no âmbito do processo em que a mesma se verifica, está limitada aos reenvio de apreciação de validade, pois é apenas em relação a este que o recurso ordinário é possível. Na verdade, a obrigatoriedade de reenvio de validade, ao contrário do que acontece com os casos de reenvio de interpretação, decorre não da circunstância de o tribunal *a quo* ser aquele que decide em última instância mas sim da circunstância da apreciação de validade do direito da UE ser da exclusiva competência TJUE. Deste modo, se é a apreciação da validade que está em causa, a jurisdição do TJUE deve ser provocada, independentemente do grau da instância de origem. Pelo contrário, a obrigatoriedade do reenvio de interpretação apenas tem lugar nos casos em que o tribunal decide em última instância. E se decide em última instância, o que decidir não poderá ser reapreciado em sede de recurso ordinário.

---

<sup>40</sup> Para esclarecimentos quanto à situação inversa – recurso do despacho que **ordena** o reenvio – *vd.* SILVEIRA e FERNANDEZ (2011, pp.113-133).

<sup>41</sup> A omissão do reenvio prejudicial pode ter lugar com a recusa à sua efetivação expressa em despachos judiciais anteriores à sentença final, como o despacho saneador ou outro despacho interlocutório. Todavia, cremos que não se justifica esta diferenciação no corpo do texto tendo em conta que no sistema de recursos vigente, em regra, estas decisões interlocutórias são recorríveis se a decisão final o for também, salvo as exceções previstas no n.º 2 e 4 do art. 691º CPC, que, em nosso entender, não se aplicam ao despacho que recuse o reenvio (LAMEIRAS, 2009). Mas, como mencionado, da decisão final apenas se pode recorrer verificados que estejam os critérios da alçada e sucumbência que, evidentemente, se relacionam com as normas substantivas a aplicar e não com ilicitude adjectiva.

Coligindo todos estes aspectos, somos forçados a concluir que a possibilidade de recurso ordinário das decisões finais inquinadas pela omissão de reenvio tem um campo de aplicação diminuto, limitando-se aos casos do reenvio de validade que são menos frequentes. De facto, é muito mais frequente a ilicitude adjetiva decorrente da omissão de reenvio de interpretação quer na forma de omissão pura quer na forma de uso generoso das causas de dispensa dessa obrigação, frequentemente associadas a outro vício, o da falta de fundamentação da decisão de não reenviar. Todavia, ainda que pelo menos numericamente mais importantes, estas situações escapam à (re)apreciação judicial por via do recurso ordinário.

É evidente que não olvidamos a consideração de que estas situações reconduzir-se-ão, num grande número de casos, a processos que beneficiaram de, pelo menos, dois graus de jurisdição e que, portanto, foram oferecidas garantias acrescidas às partes. Todavia, não é menos verdade que a fraca interpenetração do direito da UE na nossa prática judicial e decorrente resistência dos tribunais nacionais à promoção do reenvio justificariam uma reflexão mais profunda sobre as potencialidades do sistema recursivo como meio de incentivo para o cumprimento daquela obrigação adjetiva. Além disso, seria a forma mais eficaz de acautelar os interesses dos particulares na correta aplicação do direito da UE.

Mas para além das limitações que se estribam no próprio conceito de reenvio obrigatório, outros há que decorrem exclusivamente das normas nacionais que regulam a instância recursiva. *Primo*, do conjunto dos requisitos de recorribilidade que a nossa lei impõe, destaca-se, para os propósitos deste texto, a sucumbência do recorrente, ou seja, o carácter desfavorável da decisão recorrida (art. 678º n.º 1 CPC). Mas como é bom de ver a omissão de reenvio, por si, não resulta necessariamente num prejuízo para o particular pois não é possível conhecer a posição do TJUE sem que a sua pronúncia seja suscitada, sendo insuficiente um mero juízo de prognose quanto ao seu conteúdo. *Secundo*, o requisito da sucumbência reporta-se às normas substantivas da UE de que as partes se pretendem valer, pelo que, na verdade, aquelas

são o verdadeiro fundamento do recurso e não a omissão do reenvio. Esta omissão apenas o é na exacta medida em que obsta à composição do litígio de acordo com aquelas normas de direito material. *Tertio*, do ponto de vista da caracterização da ilicitude adjetiva, a omissão de reenvio apresenta pontos de contacto com o vício da nulidade processual, previsto no art. 201º CPC<sup>42</sup>. Nos termos desta norma, a omissão de formalidade que a lei imponha, passível de influir na decisão final, gera nulidade do despacho judicial que sancione, direta ou indiretamente, essa omissão. Fazendo uma interpretação deste preceito, conforme ao direito da UE, concluímos que a referência à “lei” inclui todo o acervo comunitário, logo, também as normas adjetivas que dele promanam, como é o caso do art. 267º. Por outro lado, é inegável que o reenvio, permitindo a interpretação ou apreciação da validade de normas daquele acervo, convocadas para a composição do concreto litígio, influi na decisão final que as desconsiderou ou interpretou erradamente. Assim, ainda que consideremos que a decisão de não reenviar não é um despacho de natureza discricionária<sup>43</sup>, insuscetível de recurso nos termos do art. 679º CPC, como alguma doutrina parece advogar<sup>44</sup>, esta ilicitude adjetiva, isoladamente considerada, constitui uma nulidade processual que apenas poderá servir de fundamento de recurso se acompanhada de outros fundamentos de natureza material que justifiquem a sucumbência.

---

<sup>42</sup> O processo é composto por uma sucessão de actos das partes e do tribunal que a lei disciplina de forma mais ou menos rígida consoante sua espécie. Os desvios ao “figurino legal” representam nulidades processuais quando se reconduzam às nulidades expressamente previstas nos arts 193º a 200º ou quando se afigurem suscetíveis de influir no exame e decisão da causa. Para mais desenvolvimentos, *vd.*, SOUSA, M. T. (2001).

<sup>43</sup> O fito do presente texto consiste precisamente na definição das consequências da omissão do reenvio obrigatório. Nos casos de reenvio facultativo, a decisão de não reenviar é, evidentemente, discricionária, logo irrecorrível. Mas a irrecorribilidade, neste domínio, não representa nenhuma fatalidade pois, nesta sede, movemo-nos no campo das decisões proferidas por órgãos jurisdicionais que não decidem, em concreto, em última instância. Logo, passíveis de recurso.

<sup>44</sup> SILVEIRA e FERNANDEZ (2011, p.116) mencionam a existência deste entendimento doutrinal.

Todas estas considerações, baseadas nas normas que regulam a apelação, aplicam-se *ipsis verbis* ao recurso de revista, com uma ressalva. Vimos atrás que a recusa de reenvio poderia resultar da decisão final ou de despacho anterior à mesma e que, neste último caso, a impugnação poderá ter lugar com o recurso que venha a ser interposto da decisão que ponha termo ao processo, se verificados os requisitos gerais de recorribilidade (691º n.º 3 CPC). Todavia, idêntica possibilidade não ocorre com o recurso de revista cujo regime veda expressamente o acesso ao STJ para apreciação de despachos interlocutórios impugnados com a sentença final (721º n.º 5 e 725º n.º 1 al. d) CPC). Queremos com isto dizer que, em abstrato, o STJ apenas se pronunciará sobre uma omissão de reenvio se essa omissão se tiver verificado na decisão final. Nestes termos, a efetividade oferecida pelas normas recursórias é ainda mais reduzida.

Em face do exposto, concluímos que os recursos ordinários têm o seu âmbito de aplicação reduzido às situações de reenvio de apreciação de validade deixando de lado todos os casos de reenvio de interpretação obrigatório que, como se disse também, são os casos numericamente mais preponderantes. Tal circunstância retira a eficácia que os recursos ordinários poderiam ter como meio de garantia do cumprimento desta obrigação. Por outro lado, também priva as partes do mecanismo sancionatório que melhor serviria os seus interesses: ao poderem suscitar a vigilância judicial da observância do reenvio no seu próprio processo dilatariam as possibilidades do mesmo ser decidido à luz do direito da UE corretamente interpretado.

*De jure condendo*, poder-se-ia aventar a possibilidade de criar um mecanismo recursório, limitado à questão prejudicial, dirigido ao TJUE, para as situações em que o reenvio de interpretação é obrigatório mas não foi promovido pelo tribunal nacional. Neste quadro, e concluindo pela omissão ilícita do reenvio, o TJUE apreciaria a questão prejudicial que, uma vez devolvida à instância nacional, garantiria aos particulares que litígio seria solucionado à luz das normas da UE. É evidente que não somos insensíveis às implicações logísticas desta

possibilidade – sem dúvida, que este mecanismo acarretaria um acréscimo muito significativo de trabalho para o TJUE – mas se atentarmos nas contingências associadas aos demais meios de sanção para a omissão da obrigação de reenvio a que adiante nos referiremos, porventura, este fosse “dos males, o menor”. Esta solução, que INÊS QUADROS apelida de “queixa comunitária”<sup>45</sup>, representaria uma conquista incomensurável na proteção dos particulares perante a omissão de reenvio.

### **2.2.2. Recurso extraordinário de revisão.**

O recurso extraordinário de revisão, previsto no art. 771º CPC, constitui, como é próprio da natureza dos recursos extraordinários, um desvio ao princípio geral da intangibilidade do caso julgado nos termos do qual as decisões definitivamente transitadas em julgado não podem ser alvo de ulterior apreciação.

A redação do art. 771º que resultou das alterações introduzidas pelo DL n.º 303/2007, de 24.07, responsável pela reforma dos recursos cíveis, trouxe consigo a promessa de vir a figurar como um importante contributo para a reposição da legalidade em caso de violação da obrigação de reenvio pelos tribunais nacionais. De facto, aquele diploma introduziu uma nova alínea ao art. 771º, a al. f), segundo a qual uma decisão judicial transitada em julgado é passível de recurso de revisão quando seja “*inconciliável com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português*”. Ora, esta norma veio abrir caminho para a possibilidade de “correção” de decisões de tribunais nacionais que, embora desconformes com o direito da UE, alcançaram o estatuto de intangíveis por força do caso julgado quanto a elas operado.

---

<sup>45</sup>QUADROS (2006, pp.192-193). NUNO PIÇARRA, que a autora cita, também menciona esta solução considerando, contudo, que o processo de integração europeia ainda não permitia, à data, garantir um mecanismo de proteção dos particulares com estes contornos (PIÇARRA, 1991, pp. 49, 68). Volvidos mais de 20 anos sobre a data daquele obra, o quadro jurídico europeu mantém-se, neste ponto, inalterado.

Não é nossa intenção, nem esta é a sede adequada, para proceder a uma exegese da al. f) do art. 771º pelo que, para este propósito, daremos por assente que as decisões do TJUE constituem decisões provindas de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português<sup>46</sup>. Mas já terá importância definir, por um lado, quais sejam as decisões do TJUE que podem fundamentar um recurso de revisão e, por outro, que conteúdo têm assumir as decisões proferidas pela instância internacional para se afirmar o seu carácter inconciliável com a decisão revidenda.

Quanto à 1ª questão, parece que apenas as decisões que resultem de acções por incumprimento podem basear recursos de revisão de decisões nacionais em que se tenha verificado a omissão de reenvio. E a razão é simples: a ação de incumprimento é o único meio contencioso comunitário expressamente destinado à apreciação do incumprimento dos EM's. Quanto ao carácter “inconciliável” da decisão do TJUE, M. J. RANGEL MESQUITA<sup>47</sup> esclarece que a mesma implica que “*o teor material da decisão jurisdicional interna [seja] desconforme, por ação ou omissão, com uma decisão jurisdicional de uma instituição jurisdicional internacional (...) e que deixe sem tutela o direito ou situação jurídica regulada por aquela decisão jurisdicional internacional.*”. Não ignorando a necessidade de verificação casuística deste requisito, parece-nos que, sendo proferido acórdão do TJUE que declara a violação da obrigação de reenvio e, em consequência, a violação de normas substantivas de direito da UE, como é o caso mais frequente, a decisão revidenda que deu origem à ação de incumprimento é inconciliável com aquele acórdão.

Não obstante, o STJ, em acórdão recente datado de 21.03.12 (Pr. n.º 868/04.1TAMTS-B.S1), deixou claro o seu nível de exigência na concretização do “carácter inconciliável” da decisão da instância internacional com a decisão nacional revidenda. No caso, o particular,

---

<sup>46</sup> Sobre este ponto, *vd.*, MESQUITA (2009, pp.78ss).

<sup>47</sup> MESQUITA (2009, p.86).

arguido num processo criminal, recorreu para o TEDH alegando a violação, pelo Estado Português, do art. 6º n.º 1 da CEDH, por não ter sido ouvido, em audiência pública, na fase do recurso da decisão de 1ª instância para o TRP. O TEDH considerou que, tratando-se de um recurso da decisão de determinação da pena em que o arguido defendia que a sua responsabilidade deveria ser considerada diminuída, o TRP não poderia decidir a questão sem o ouvir. Nesta esteira, concluiu pela violação do citado preceito da CEDH.

Colocando de lado a bondade da decisão do TEDH, importa notar que neste aresto a instância europeia considerou que uma **omissão procedimental** constituiu uma violação de uma convenção de que Estado Português é signatário e, com base nesta consideração, o particular pretendeu obter um recurso de revisão da decisão na qual a dita omissão se verificou. Todavia, o STJ considerou que, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude da omissão adjetiva pelo TEDH, este acórdão não contraria, em termos substantivos, a decisão nacional. Ou seja, para o STJ aquilo que se verificou foi uma *“inconciliabilidade entre o procedimento que a relação adoptou na realização da audiência que antecedeu a decisão de recurso e aquele que o TEDH considerou indispensável para assegurar os direitos de defesa.”*

Não pretendemos tecer juízos acerca da bondade desta decisão mas apenas retirar as ilações a que a mesma se presta no que tange à hipotética viabilidade de um recurso de revisão baseado numa ação de incumprimento por omissão de reenvio. E na verdade, bem vistas as coisas, as perspectivas não prometem: se para o STJ uma omissão procedimental não tem o condão de mudar uma vírgula de uma decisão final, uma pronúncia do TJUE que conclua pela omissão ilícita do reenvio prejudicial não constitui argumento para um recurso de revisão pois o dito critério da inconciliabilidade<sup>48</sup> não estará, nestes casos, preenchido.

---

<sup>48</sup> Cremos que o dito critério de “inconciliabilidade”, no raciocínio do STJ, se aproxima da noção de caso julgado. E, de facto, entre a decisão do tribunal nacional que omitiu o reenvio e a decisão do TJUE que declara o incumprimento não há identidade de sujeitos, pedido e causa de pedir que caracteriza a figura.

Mas, para além das apontadas dificuldades na concretização da natureza “inconciliável” da decisão revidenda e, bem assim, do tipo de processos que podem gerar uma decisão relevante para o efeito, acrescem ainda dois aspetos de ordem prática que podem dificultar a aplicação do recurso de revisão: este recurso só pode ser interposto no prazo de 5 anos após o trânsito em julgado da decisão revidenda e só se aplica aos processos intentados após 01.01.08.

Coligindo todos estas especificidades do recurso de revisão podemos concluir que, não obstante a bondade do princípio que lhe subjaz, a sua aplicação prática encontra importantes (senão, intransponíveis) obstáculos. As apontadas limitações deste recurso ganham maior acuidade se tivermos em consideração que, nos termos do diploma que rege a responsabilidade civil do Estado por actos cometidos no exercício da função jurisdicional, a Lei n.º 67/2007, de 31.12, a ação ressarcitória depende da prévia revogação da decisão que lhe serve de fundamento.

### **2.2.3. Soluções no plano constitucional: a fiscalização concreta da constitucionalidade.**

Ao modelo de justiça constitucional portuguesa é estranha a figura da ação constitucional para defesa de direitos fundamentais com a fisionomia do recurso de amparo espanhol ou da queixa constitucional alemã (*Verfassungsbeschwerde*) apesar de a introdução de um tal mecanismo já ter sido sugerida em diversa doutrina<sup>49</sup> e em projetos de revisão constitucional. Com efeito, naquelas paragens – espanhola<sup>50</sup> e alemã<sup>51</sup> – confirmada a ausência de cominação para a omissão de reenvio, a doutrina foi desbravando soluções que passam pela defesa de ações directas de constitucionalidade baseadas no entendimento de que a omissão de

---

<sup>49</sup> A título meramente exemplificativo, *vd.*, ALEXANDRINO (2010) e BOTELHO (2010).

<sup>50</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre o amparo espanhol por omissão do reenvio, *vd.*, a título meramente exemplificativo, MARTIN RODRIGUEZ (2004, pp.315-346).

<sup>51</sup> Sobre a queixa constitucional germânica por omissão de reenvio, *vd.*, QUADROS (2006, pp. 146-153) e PIÇARRA (1991, pp. 43-76).

reenvio pode, em determinadas circunstâncias, redundar numa violação dos direitos ao juiz legal e à tutela jurisdicional efetiva dos particulares, ambos constantes das Constituições daqueles EM's, justificando, desta forma, o acesso à instância constitucional.

Em termos muito gerais<sup>52</sup>, o discurso argumentativo da doutrina castelhana em defesa do amparo como remédio para o descaso da obrigação de reenvio pelos tribunais nacionais assenta no seguinte raciocínio: a Constituição Espanhola prevê o direito ao juiz legal (art. 24º n.º 1) como o direito dos particulares a que os seus litígios sejam apreciados por tribunal constituído e cuja competência haja sido atribuída por lei anterior. Assim, na exata medida em que o Estado espanhol se vinculou aos Tratados e, por essa via, aceitou a competência do TJUE para interpretar e controlar a validade das normas da UE, é forçoso concluir que, quando se verifique uma situação de reenvio obrigatório essa competência é exclusiva daquele tribunal europeu. Omitindo o reenvio, o tribunal nacional *usurpa* uma competência que não lhe pertence, frustrando o direito do particular ao juiz legal. Por outro lado, quando da omissão de reenvio resulta uma desconsideração das normas europeias de que o particular se pretende fazer valer, é o seu direito à tutela jurisdicional efetiva, a uma decisão ponderada, de acordo com as *normas aplicáveis*, que é posto em causa. Sem prejuízo, a mesma doutrina dá-nos notícia da resistência da instância constitucional em aceitar, de forma consequente, esta posição: em diversas ocasiões, o Tribunal Constitucional espanhol<sup>53</sup> recusou o amparo advogando que, nos casos do reenvio de interpretação, caberá sempre ao juiz nacional aferir da sua pertinência ou desnecessidade (aludindo à jurisprudência *Cifit* como meio de afastar a obrigatoriedade) e, em caso de reenvio de apreciação da validade, o amparo só seria de conceder nos casos de arbitrariedade ou irrazoabilidade na sua recusa. A introdução deste requisito de arbitrariedade

---

<sup>52</sup>É abundante a produção doutrinal acerca das acções constitucionais de defesa em caso de omissão de reenvio. Todavia, e na ausência de mecanismo idêntico na CRP, ater-nos-emos apenas aos subsídios que dela possamos retirar para enquadrar a fiscalização concreta da constitucionalidade como meio de que o particular se pode servir para reagir contra uma omissão ilícita do reenvio, cumprindo aquele que é o desiderato deste texto.

<sup>53</sup> *V.g.*, Sentença n.º 58/2004, de 19.04, apreciada criticamente por MARTIN RODRIGUEZ (2004).

veio gorar as possibilidades de procedência do recurso de amparo fundado em incumprimento do reenvio o que, diga-se, tem granjeado um coro de críticas por parte dos autores mais autorizados no país vizinho.

Por seu lado, o relacionamento entre os tribunais alemães<sup>54</sup>, em particular o TC (*Bundesverfassungsgericht*), tem-se caracterizado por alguma tempestuosidade cuja gênese alguns autores atribuem a uma certa desconfiança, pelo menos inicial, do Tribunal de Karlsruhe acerca do grau de proteção dos direitos fundamentais<sup>55</sup> que a ordem jurídica da UE pode oferecer. Com relevância para os propósitos destas linhas, convirá esclarecer que a doutrina alemã, em linha com o que vimos no contexto espanhol, defende a possibilidade do TC alemão chamar a si a fiscalização o cumprimento da obrigação de reenvio, estribando esta competência no direito ao juiz legal, com assento no art. 101º n.º 1 da *Grundgesetz* (Constituição). Todavia, à semelhança da experiência espanhola, também as possibilidades têm ficado aquém da realidade jurisprudencial. De facto, este tribunal tem vindo a defender consistentemente que, não lhe cumprindo apreciar a violação das normas da UE, a omissão de reenvio apenas poderá configurar uma violação do dito princípio ao juiz legal se e quando tal venha a representar uma violação de direitos fundamentais que a *Grundgesetz* estatua. A violação do princípio ao juiz legal que, no plano alemão, anda associada ao direito à igualdade, só é, pois violado, quando “*o tribunal nacional, de forma arbitrária (ou por manifesta irrazoabilidade), violando o princípio da igualdade, não reenvie*”<sup>56</sup>.

Mas podem as virtudes das construções defendidas pela doutrina espanhola e germânica ser aproveitadas de modo a tornar o nosso sistema de justiça constitucional apto a responder a omissões ilícitas do reenvio? Não obstante os méritos que o recurso de amparo e a queixa

---

<sup>54</sup> *Vd.* LUEBBE-WOLFF (2011).

<sup>55</sup> Sobre a proteção dos direitos fundamentais no quadro da UE, *vd.*, VON BOGDANDY *et al.* (2012), FABRINI (2011), CARTABIA (2009), HARPAZ (2009).

<sup>56</sup> QUADROS (2006, p.154).

constitucional possam (ou poderiam) ostentar nesta sede, o nosso modelo de justiça constitucional não goza de idêntico mecanismo de proteção de direitos fundamentais pelo que, à semelhança do que acontece com outros sistemas desprovidos de ação directa de controlo de constitucionalidade das decisões judiciais, a proteção do particular pode apenas contar com o próprio sistema de fiscalização da constitucionalidade, mormente, através do recurso de constitucionalidade<sup>57</sup>. Com efeito, o direito à tutela jurisdicional efetiva tem consagração expressa no art. 20º CRP e, bem assim, o direito ao juiz legal como corolário daquele princípio mais amplo<sup>58</sup>, repousa na letra do art. 32º n.º 9, pelo que seguindo o raciocínio aventado pelas doutrinas espanhola e castelhana que acima nos referimos, poder-se-ia sustentar a possibilidade de suscitar a apreciação do TC com base na sua violação por omissão de reenvio. Mas atendendo a que o sistema luso de fiscalização de constitucionalidade não permite a apreciação da constitucionalidade das decisões judiciais mas sim de normas, de que forma se pode garantir, por esta via, o respeito pelo direito o juiz legal? O TC já afirmou, em diversas ocasiões, a sua competência para a apreciação da constitucionalidade da *interpretação* das normas feita pelos tribunais na sua actividade jurisdicional. Mas, a verdade, como refere INÊS QUADROS<sup>59</sup>, é que a fronteira entre a permitida apreciação da constitucionalidade da interpretação das normas e da constitucionalidade da própria decisão, vedada ao TC, nem sempre é de definição simples. A eventualidade de omissão ilícita do reenvio redundará, num grande número de casos, numa interpretação errónea das normas aplicáveis, não permitida pelos seus termos. Nestes casos, estando fora do âmbito dos termos da norma aplicável, âmbito definido pelos critérios da hermenêutica jurídica, não há vício de inconstitucionalidade (da norma e interpretações que dela se faça) mas sim interpretação errada da mesma e que inquina a decisão. E o demérito das decisões dos tribunais é corrigido por via dos recursos, não através da fiscalização da constitucionalidade.

---

<sup>57</sup> Previsto e regulado nos art. 280º CRP e 69º ss LTC.

<sup>58</sup> Sobre a miríade de princípios que derivam do amplo direito a uma tutela jurisdicional efetiva, *vd.*, MIRANDA e MEDEIROS (2005, p. 189).

<sup>59</sup> QUADROS (2006, p.162).

Chegados aqui, parece-nos que, por muito promissora que pudesse parecer a fiscalização concreta da constitucionalidade para colmatar a lacuna da ausência de cominação para a omissão do reenvio, e não sendo despicienda a tendência do TC adoptar, por vezes um conceito lato de “norma” que alargue a sua esfera de actuação e supra o vazio deixado pela ausência de um instrumento de tutela directa, não é para já possível afirmá-lo sem assinaláveis entorses ao espírito do sistema de justiça constitucional.

#### **2.2.4. Ação de responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos praticados no exercício da função jurisdicional.**

O caminho para a plena afirmação do princípio da responsabilidade do Estado por violação do direito da UE começou a ser trilhado com o ac. *Francovich*<sup>60</sup>, posteriormente reiterado, entre outros, pelos acórdãos *Brasserie du Pecheur*<sup>61</sup> e *Factortame*<sup>62</sup>. Todavia, estes acórdãos comungavam do seguinte: todos incidiam sobre a responsabilidade dos EM’s no exercício da sua *função político-legislativa*.

A expressa consagração do princípio da responsabilidade dos EM’s por violação do direito da UE, no exercício da *função jurisdicional*, veio a acontecer com a prolação do ac. *Köbler*, muito embora o conceito lato de Estado que, nesta sede, é premissa lógica daquela decisão, já resultasse, embora de forma mais vaga e, por isso, menos consequente, dos mencionados acórdãos *Brasserie du Pecheur* e *Factortame*, entre outros (n.º 31, *Köbler*). Com efeito, este acórdão<sup>63</sup> partindo de um princípio geral da responsabilidade dos Estados membros por violação do direito da UE, vem afirmar que devem ser consideradas todas as esferas de

---

<sup>60</sup> Pr.s apensos n.ºs 6/90 e 9/90, de 19.11.91.

<sup>61</sup> Pr. n.º 46/93, de 05.03.96.

<sup>62</sup> Pr. n.º 48/93, de 05.03.96.

<sup>63</sup> *Vd.* CLASSEN (2004).

atuação do Estado, razão pela qual o princípio é válido “*independentemente da entidade do EM cuja ação ou omissão está na origem do incumprimento*”. Logo, também a atuação dos tribunais, enquanto entidades responsáveis pela prossecução da função jurisdicional do Estado, é passível de fundamentar uma ação de responsabilidade do Estado, se preenchidos os pressupostos a que adiante nos referiremos. Este mesmo entendimento foi, mais tarde, perfilhado no denominado acórdão *Traghetti del Mediterraneo*<sup>64 65</sup>.

Pela bondade da sua posição, o TJ veio esclarecer que o princípio da responsabilidade dos EM's por violação do direito da UE por atos cometidos no exercício da função jurisdicional, para além de configurar um princípio “*que foi aceite sob uma forma ou outra pela maioria dos EM's*”<sup>66</sup>, é inerente ao sistema do próprio Tratado pois permite assegurar a plena eficácia do direito da UE. Com efeito, cabendo aos órgãos jurisdicionais um papel primordial de proteção dos direitos que as normas da UE conferem aos particulares, é inegável o prejuízo que para a eficácia dessas mesmas normas adviria se os particulares não pudessem ser ressarcidos, em certas condições, nos casos em que aqueles direitos são violados por uma decisão judicial proferida em contradição com o acervo da UE. Por outro lado, este princípio, ao responsabilizar o Estado pelas decisões dos seus tribunais, constitui (ou pode constituir) um poderoso incentivo para o cumprimento do direito da UE garantindo, no que ao reenvio prejudicial concerne, a uniformidade que este mecanismo pretende alcançar<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup>Pr. n.º 173/03, de 13.06.06.

<sup>65</sup>Para melhor conhecimento da matéria de facto neste aresto, *vd.* ANAGNOSTARAS (2006, pp.737-738).

<sup>66</sup>Conforme nota SOFIA OLIVEIRA PAIS, foi evidente o desconforto do TJUE em afirmar o princípio da responsabilidade dos Estados membros por atos cometidos no exercício da função jurisdicional como “*princípio geral de direito*”, como fez, de forma mais acutilante, no ac. *Francovich*, onde se discutia uma omissão imputável ao poder legislativo e não ao poder jurisdicional. Foi, pois, sua intenção clara não antagonizar os tribunais nacionais e preservar a salutar relação de cooperação e diálogo entres as duas jurisdições: nacional e da União (PAIS, 2011, p.130)

<sup>67</sup>Conclusões do advogado-geral LÉGER, apresentadas em 08.04.03, no ac. *Köbler* (n.º43).

O ac. *Köbler*, pela audácia manifestada na afirmação do princípio da responsabilidade dos EM's por actos cometidos pelos seus tribunais, proporcionou vasta produção doutrinal que escarpelizou os argumentos do TJUE e as suas implicações ao nível da arquitetura jurisdicional da UE, da relação entre jurisdições nacionais e o TJUE e da própria organização judiciária de cada EM<sup>68</sup>. Reconhecendo a pertinência e acutilância dos reparos apontadas pela doutrina mais autorizada nesta matéria, aos quais, mais cedo ou mais tarde, o TJUE ver-se-á forçado a dar resposta, deter-nos-emos apenas nas dificuldades de articulação do dito princípio com o instituto da responsabilidade civil na medida em que o objetivo do presente texto é perceber quais os meios de que os particulares dispõem, no ordenamento jurídico português, para reagir à omissão de reenvio. Desta forma, interessa-nos, sobretudo, fazer um exercício de antevisão quanto àquela que seria a atuação dos tribunais nacionais perante uma ação deste cariz.

No plano do direito português, a responsabilidade do Estado por actos cometidos no exercício da função jurisdicional encontra o seu fundamento constitucional no art. 22º CRP. Ao nível da lei ordinária, encontramos a sua regulamentação na Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, a saber, nos art.s 12º a 14º. É, pois, neste diploma que encontramos o fundamento legal para uma ação de responsabilidade civil do Estado Português, por actos cometidos no exercício da função jurisdicional, mormente, por violação das normas da UE. Nas linhas que se seguirão, ater-nos-emos a cada um dos pressupostos para a afirmação dessa responsabilidade, de verificação necessária, portanto.

No plano da *ilicitude*, impõe-se como ponto de partida o seguinte esclarecimento: a Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, no conceito de ilicitude que estabelece para a afirmação da responsabilidade do Estado, omite qualquer referência à violação do direito da UE e aos requisitos da responsabilidade por incumprimento do Estado estabelecidos na jurisprudência do TJUE. Não obstante estas “falhas” poderem ser colmatadas através dos princípios da

---

<sup>68</sup>*Vd.*, entre muitos outros, SCOTT e BARBER (2004, pp.403-406). Em tom muito crítico, por vezes acutilante, *vd.* WATTEL (2004).

interpretação conforme da lei nacional e do primado do direito da UE, cremos que a juventude do diploma<sup>69</sup> e particulares exigências de segurança e certeza jurídicas justificariam uma redação mais rigorosa que contemplasse a devida alusão ao direito da UE que, juntamente com o direito interno, formam um bloco uno de legalidade.

O TJ, no ac. *Köbler*, enunciou as três condições para a afirmação da responsabilidade do EM, condições essas que já haviam sido enunciadas em momento anterior, nos acórdãos *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, a saber: 1) a norma jurídica violada visa atribuir direitos aos particulares, 2) a violação é suficientemente caracterizada e 3) existência de um nexo de causalidade direto entre a violação que ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas (*Köbler*, n.º 51). Todavia, e neste particular o ac. *Köbler* inovou: estas condições, nesta sede, não são de aplicação automática devendo ter sempre lugar a sua adaptação às especificidades daquela função. Veremos adiante que esta adaptação alcançar-se-á através da concretização da noção de violação suficientemente caracterizada que, em rigor, apresenta pontos de contacto quer com o juízo de ilicitude quer com o juízo de culpa, ambos necessários à afirmação de responsabilidade civil.

Das 3 condições acima referidas, cremos que apenas a 1ª delas se refere estritamente ao campo da ilicitude, enquanto juízo de censura ético-jurídica puramente *abstrato*, de verificação de conduta contrária ao direito. Para a afirmação da ilicitude é necessária, antes de mais, a violação de uma norma que confira direitos aos particulares. Poder-se-ia colocar a questão de saber se a norma que obriga o tribunal ao reenvio é uma norma que confere direitos aos particulares e cuja violação é, por essa via, suscetível de fundamentar uma ação de responsabilidade. O TJ dá resposta a esta questão no ac. *Köbler* (n.º 35) ao esclarecer que o órgão jurisdicional nacional é obrigado a reenviar justamente para evitar que os direitos conferidos pelo direito comunitário sejam violados e que, portanto, forçosa é a conclusão de

---

<sup>69</sup> Criticando a ausência de referências ao direito da UE, *vd.*, GOMES (2009, p.294)

que a omissão de reenvio implica normalmente a violação de uma outra norma (substantiva) da UE. Assim, não terá grande utilidade, nesta sede, a discussão sobre se o art. 267º §3 confere ou não direitos aos particulares pois a sua inobservância acarreta uma violação consequencial de uma norma de direito substantivo o que já permite afirmar, sem hesitar, o 1º dos requisitos de responsabilidade. Mas chegaríamos à mesma conclusão por apelo ao conceito de “interesse em agir”<sup>70</sup> das partes, como pressuposto processual, que no caso de uma hipotética ação de responsabilidade baseada apenas na violação da norma adjetiva contida no art. 267º do TFUE, faltaria, ditando o seu fracasso.

Os maiores óbices surgem na articulação da noção de ilícito judicativo prevista no n.º 1 do art. 13º da Lei n.º 67/2007, segundo o qual o Estado só responde civilmente pelos danos causados por “*decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto*” com a omissão a qualquer referência às decisões que violem o direito da UE. Com efeito, é legítima a questão de saber se as decisões judiciais violadoras de normas da UE são, de *per si* e sem mais, passíveis de fundamentar uma ação de responsabilidade civil por actos jurisdicionais ou se, pelo contrário, é necessário que a apontada contradição seja também *manifesta*. É nosso entendimento que a resposta encontrar-se-á na concretização que se faça da segunda das condições de responsabilidade elencadas pelo TJ: a existência de uma “*violação suficientemente caracterizada*”. A estipulação desta condição de responsabilidade vai ao encontro a uma das mais importantes preocupações do TJ, aquando a prolação do ac. *Köbler*: sublinhar a natureza excecional da responsabilidade do Estado por actos cometidos pela função jurisdicional. De facto, o TJ discorrendo sobre o conceito de “*violação suficientemente caracterizada*” esclarece que a mesma implica que o juiz tenha ignorado de *modo manifesto* o

---

<sup>70</sup> Corresponde à necessidade de tutela e a sua falta constitui uma exceção dilatória insuprível determinante da absolvição na instância (494º e 288º CPC).

direito aplicável (Köbler, n.º 35) num esforço inequívoco de qualificar o ilícito judicativo através da fixação de critérios mais exigentes de responsabilidade<sup>71</sup>.

Cremos, pois, que à semelhança do que a Lei nº 67/2007 estipula para a verificação de responsabilidade civil por decisões judiciais que apliquem o direito interno, a afirmação dessa responsabilidade por decisões judiciais que apliquem o direito da UE só se verifica se e quando a violação das suas normas seja manifesta, caso em que a mesma se apresenta suficientemente caracterizada. E sendo assim, tal como M. J. RANGEL DE MESQUITA<sup>72</sup> conclui “*o requisito do carácter “manifesto” previsto em relação ao erro judiciário de direito, quando aplicado ao Direito da União Europeia, não se afigurarà a priori contrário com o princípio comunitário da responsabilidade estadual por incumprimento e respectivos pressupostos.*”.

No que concerne à *culpa*, é de salientar que, contrariamente ao que acontecia no regime legal anterior, o critério para aferir a culpa não é mais o previsto no art. 487º CC, mas sim o previsto no n.º 1 do art. 10º da Lei 67/2007, aplicável *ex vi* art. 12º, e nos termos do qual a “*a culpa será apreciada pela diligência e zelo que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso*”. Defendemos que neste concreto ponto bem andou o legislador português ao permitir a formulação de um juízo de culpa, enquanto “*juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente*”<sup>73</sup> imputável ao órgão jurisdicional, em que se atenda às especificidades das suas funções e aos contornos do caso concreto, em lugar de uma apreciação da culpa em abstrato a que nos teríamos que ater se a remissão para o art. 487º do CC se

---

<sup>71</sup> BREUER (2004, pp.253-254) aplaude a exigência destes critérios considerando que a omissão de reenvio só justificará uma ação de responsabilidade quando aquela omissão redunde na violação do direito fundamental a um processo equitativo (art. 6º CEDH). O autor sublinha o facto de este entendimento se apresentar mais conforme com as necessidades de segurança jurídica e com o caminho trilhado pelo *Bundesverfassungsgericht* nas queixas constitucionais desta jaez.

<sup>72</sup> MESQUITA (2009, Almedina, p.59).

<sup>73</sup> VARELA (2000, p.587).

mantivesse, pois permite um alinhamento, no plano da culpa, com os critérios de responsabilidade avançados pelo TJ. Senão, vejamos. O TJ, discorrendo sobre a concretização do conceito de “*violação suficientemente caracterizada*”, faz notar a necessidade de, nesta operação, não se dever perder de vista as especificidades da função jurisdicional e as legítimas expectativas de segurança jurídica. Mais esclarece que uma violação do direito da UE é suficientemente caracterizada quando o juiz ignore de modo manifesto o direito aplicável. E como é que o tribunal que aprecia a responsabilidade do Estado determina a verificação desta condição? Atendendo a “*todos os elementos que caracterizam a situação que lhe é submetida*” mormente “*o grau de clareza da norma e de precisão da regra violada, o carácter intencional da violação, o carácter desculpável ou não do erro de direito, a atitude eventualmente adoptada por uma instituição comunitária, bem como o não cumprimento, pelo órgão jurisdicional em causa, da sua obrigação de reenvio prejudicial.*” (Köbler, n.ºs 53-55).

Bem vistas as coisas, o TJ adotou a aquilo que a doutrina portuguesa denomina de tese da culpa em concreto<sup>74</sup> e que, no plano da lei portuguesa aplicável foi expressamente adotada no mencionado n.º 1 do art. 10º da Lei 67/2007. De notar, ainda, que as condições ora tecidas implicam a aceitação de um certo hibridismo do conceito comunitário de “*violação suficientemente caracterizada*” que se prende indubitavelmente com o pressuposto da “*ilicitude*” mas também apresenta pontos de contacto com “*culpa*”.

Ainda no plano da culpa, é de repudiar o entendimento de que a responsabilidade dos EM’s ficaria limitada aos casos de dolo ao culpa grave. A dúvida surgiu na sequência dos argumentos aduzidos pelo TJ, no ac. Köbler, para considerar que a violação do direito da UE não era, *in casu*, manifesta, em articulação com o teor de outros acórdãos conexos<sup>75</sup>. A resposta surgiu com o ac. Traghetti pela qual o TJ, embora reconhecendo a natureza específica da função jurisdicional, vem considerar que uma legislação nacional que faça depender a

---

<sup>74</sup>Vd. VARELA (2000, pp.594ss).

<sup>75</sup>Vd. PAIS (2011, p.144).

afirmação da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais da verificação de dolo ou culpa grave do julgador é contrária ao direito da UE porquanto a exclusão da responsabilidade nesses termos acarretaria um esvaziamento (quase total, diga-se, devido às dificuldades de prova da existência daqueles graus de culpa) do princípio que resulta da jurisprudência *Köbler*.

Na verificação de nexo de causalidade entre a violação do direito da UE e o prejuízo sofrido, as dificuldades são, como veremos, de molde a dificultar a viabilidade de uma ação de responsabilidade civil do Estado por omissão do reenvio. É que, como o advogado-geral LÉGER refere nas suas conclusões (n.º 148), o “*nexo de causalidade pressupõe que o particular demonstre que a falta de reenvio lhe causou necessariamente um prejuízo, real e certo, e não hipotético, que não se teria verificado se o tribunal supremo tivesse decidido colocar uma questão prejudicial*”. Mas como pode o particular demonstrar (provar) a existência de danos por omissão de reenvio? Como bem refere o advogado-geral os danos não podem ser hipotéticos, não podem ser os danos que, em tese, o particular não sofreria se a obrigação de reenvio tivesse sido cumprida porque esses são sempre insuscetíveis de demonstrar, são insindicáveis por serem apenas suposições. A resposta a esta questão passará pela conceção que façamos do dano nesta sede, se puramente moral ou se de natureza material.

Assim, se considerarmos que o prejuízo a ter em consideração tem natureza material, ou seja, que se reporta aos prejuízos que o lesado sofreu diretamente na sua esfera patrimonial, a indemnização dos danos só se afigura possível se o particular conseguir demonstrar que a decisão do tribunal lhe seria favorável se o reenvio prejudicial tivesse sido concretizado. Ora, tal apenas parece possível no caso do TJUE vir a considerar, em sede de ação de incumprimento, que o reenvio foi ilicitamente omitido ou, ainda, no caso daquele Tribunal vir a proferir um acórdão, sobre a mesma questão, depois de proferida decisão final, que trilhe um entendimento favorável à pretensão do particular. Tanto uma situação como outra são de difícil verificação. De facto, desconhece-se, à presente data, a existência de alguma ação de incumprimento baseada na omissão de reenvio; por outro lado, a segunda das hipóteses pode

sempre levantar problemas de qualificação do que seja um acórdão proferido sobre a mesma questão. Daí que se afigure mais curial considerar que o prejuízo decorrente da omissão de reenvio tem natureza não patrimonial, ou moral, nas palavras do advogado-geral LÉGER, reportando-se à oportunidade perdida para o particular de ver suscitada a apreciação do TJUE, ou mais corretamente, o valor que a essa oportunidade perdida se atribua.

Não há dúvidas que este enquadramento do dano apresenta a vantagem de facilitar a prova quanto à existência do dano permitindo, por essa via, afirmar o necessário nexo de causalidade entre a omissão do reenvio e a sua verificação. Mas convém ter sempre presente que esta solução, no contexto do direito português, é algo arrojada e não isenta de dúvidas quanto à sua admissibilidade. A ideia de fazer equivaler o dano à oportunidade perdida de apreciação judicial pelo TJUE (e, em consequência, uma composição do litígio nacional de acordo com as pretensões do particular visado) remonta a uma discussão que, não sendo nova, não logrou ainda um final esclarecedor: a ressarcibilidade, no direito português, do denominado “dano de perda de chance” ou “dano de perda de oportunidade”. Ajuizando quanto ao que se deva ter por “dano de perda de chance”, o Ac. STJ de 26.10.2010 (Pr. n.º 1410/04.OTVLSB.L1.S1) esclarece que este *“dano consiste na perda da probabilidade de obter uma futura vantagem sendo, contudo, a perda de chance uma realidade actual e não futura (...) O dano de perda de chance reporta-se ao valor da oportunidade perdida (estatisticamente comprovável) e não ao benefício esperado. O dano da perda de chance deve ser avaliado em termos hábeis, de verosimilhança, e não segundo critérios matemáticos, sendo o quantum indemnizatório fixado atendendo às probabilidades de o lesado obter o benefício que poderia resultar da chance perdida. É precisamente o grau de probabilidade de obtenção da vantagem (perdida) que será decisivo para a determinação da indemnização”*. Invariavelmente, as principais dificuldades apontadas pela doutrina<sup>76</sup> na aceitação desta forma

---

<sup>76</sup> *Vd.* FERREIRA (2012) e GOMES, J. (2005). Este último autor considera que a admissibilidade do dano de perda de chance representa não uma ampliação do conceito de dano mas uma verdadeira rutura com a própria noção de causalidade adequada sendo, por isso, de recusar.

de dano assentam em duas ordens de considerações. Por um lado, quanto a estes danos, é difícil demonstrar onexo de causalidade exigível e, por outro, ainda que dado por assente aquele nexo, a quantificação do prejuízo não se consegue alcançar em termos precisos. Quanto à 1ª das objeções, e tal como referido no mencionado aresto, o nexo de causalidade pode afirmar-se em *“situações pontuais, tais como a situação em que ocorre a perda de um bilhete de lotaria, ou em que se é ilicitamente afastado de um concurso ou de uma fase posterior de um concurso”* porquanto se *“trata de situações em que a chance já se densificou o suficiente para, sem se cair no arbítrio do juiz, se poder falar (...) de uma quase propriedade, de um bem.”* A objeção relativa à impossibilidade de quantificação do “dano de perda de chance” pode ser ultrapassada com o recurso à equidade (art. 566º CC). Não obstante os contributos da doutrina nesta matéria, no mesmo aresto é feita à alusão àquele que parece ser o entendimento preponderante na jurisprudência lusa de que *“não parece que exista para já, entre nós, base jurídico-positiva para apoiar a indemnização de perda de chance”*, tendo em conta o princípio da certeza do dano e das regras da causalidade adequada.

Independentemente da posição que se advogue quanto à natureza do dano a ressarcir nesta sede há sempre um princípio que nos norteia e que, em última análise, poderá determinar uma inversão de sentido da jurisprudência portuguesa quanto à ressarcibilidade do “dano de perda de chance”. É o princípio da efetividade segundo o qual cabe aos Estados membros regulamentar as condições para a concretização da responsabilidade por actos jurisdicionais garantindo, todavia, que essas condições não são de molde a tornar muito difícil ou impossível a reparação do dano. Ora, a resposta satisfatória passará ou pela inversão do ónus da prova – ao Estado caberia provar que não se verificaram danos -, solução que nos parece incongruente com o carácter excepcional da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, ou, como se referiu, através de uma prática jurisprudencial que acolha o conceito de “dano de perda de chance”.

Finalmente, uma última mas importante nota relativa à condição, de natureza processual, prevista no n.º 2 do art. 13º da Lei n.º 67/2007. Nos termos deste preceito, a ação de

responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais depende da revogação prévia da decisão que lhe serve de fundamento. Ora, o acima dito sobre o recurso de revisão facilmente se depreende que esta exigência pode significar, na prática, a impossibilidade dos particulares acederem à ação de responsabilidade. Senão, vejamos: se não tiver sido intentada pela Comissão uma ação de incumprimento, por meio da qual o TJUE aprecie (e decrete) a violação da obrigação de reenvio, ou os tribunais nacionais não reenviarem questões que gerem jurisprudência contrária à da decisão revidenda – expedientes processuais para os quais não é facultada qualquer possibilidade de impulso processual aos particulares - falecerá o requisito da existência “decisão inconciliável”, necessário à procedência do recurso de revisão. E se não há possibilidade de recurso de revisão, por força daquele n.º 2 do art. 13º da Lei n.º 67/2007, não é possível intentar uma ação de responsabilidade do Estado. Parece que, neste campo, mal andou o legislador português, ao estabelecer este critério para a afirmação da responsabilidade do Estado mais exigentes do que os estabelecidos pela jurisprudência do TJUE ao arrepio dos princípios da efetividade e da equivalência.

Por conseguinte, não obstante as apontadas desconformidades da lei nacional aplicável, seremos sempre forçados a concluir que as mesmas não dispensam o Estado Português de responder civilmente sempre que os requisitos previstos no direito da UE se verifiquem, pois os mesmos são “*condições necessárias e suficientes*” à afirmação dessa responsabilidade (n.º 57, *Köbler*). E como decorrência lógica das considerações sobreditas, entendemos que o recurso de revisão, quando esteja em causa a efetivação da responsabilidade do Estado por decisões contrárias ao direito da UE, é uma mera faculdade do particular não configurando, por isso, uma condição da ação de responsabilidade. O princípio da interpretação conforme a tanto obriga.

Reunindo todos os aspectos que fomos referindo, concluímos que a idoneidade deste meio processual como meio sancionatório eficaz para a omissão de reenvio é altamente comprometido pela sua natureza aquiliana. Com efeito, a viabilidade desta ação depende do

preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil e esta circunstância arrasta consigo a necessidade de fundar o pedido de indemnização na violação das próprias normas substantivas já que, apenas nesse caso, os pressupostos deste instituto se preencherão. Dito de outra forma: a violação da obrigação de reenvio acaba por ser sancionada na exacta medida em que os direitos subjetivos cuja tutela (indireta) visava também se demonstrarem lesados, condenando a omissão de reenvio à eterna condição de “ilicitude secundária”<sup>77</sup>, sem ressarcibilidade autónoma.

## CAPÍTULO III

### 3. Conclusões.

De forma bastante impressionante, PAUL CRAIG e GRAINNE de BÚRCA crismaram o reenvio prejudicial de “a jóia da Coroa”<sup>78</sup> da jurisdição da UE, pretendendo, com tanto, sublinhar a sua relevância na construção do seu ordenamento jurídico e o aprofundamento da sua relação com os ordenamentos jurídicos dos Estados membros. É, indubitavelmente, um instrumento valioso na desejada interpenetração do direito da UE nos ordenamentos jurídicos de cada Estado membro e, por consequência, na construção de um verdadeiro *jus commune*. Por outro lado, e agora do ponto de vista do interesse dos cidadãos da UE, esta lacuna representa um duro golpe na garantia da efetividade dos direitos que a ordem jurídica europeia lhes confere.

---

<sup>77</sup> ANAGNOSTARAS (2006, p.745) defende igualmente, a insuscetibilidade da mera omissão da obrigação de reenvio servir de fundamento a uma acção de responsabilidade civil do Estado.

<sup>78</sup> CRAIG e BÚRCA (2008, p.460).

Não obstante as suas virtudes, o sucesso na realização dos propósitos do reenvio depende, em larga medida, dos mecanismos de que dispomos para sancionar a sua inobservância. O elenco dos eventuais meios de tutela da obrigação de reenvio é vasto mas esta é uma constatação *agridoce*, atentas as importantes insuficiências que, um a um, demonstraram.

O sistema de recursos ordinários representaria, cremos, a mais válida solução para reparar a omissão ilícita do reenvio, na medida em que permitiria assegurar o interesse dos particulares no reconhecimento dos seus direitos nas decisões que diretamente os afectam. Todavia, somos forçados a concluir que aquele sistema, não obstante a sua vocação natural de paliativo para um *error in iudicando* que a omissão de reenvio pode fundar, ostenta escolhos significativos. Estes escolhos têm a sua génese em duas ordens de considerações. Por um lado, a própria construção do conceito de reenvio obrigatório que por se ligar, na maioria dos casos, à insuscetibilidade de recurso da decisão final retira praticamente toda a utilidade aos recursos ordinários como meio de reacção à omissão de reenvio. Por outro lado, o enquadramento da omissão de reenvio como nulidade processual e concomitante aplicação do seu tratamento jurídico impede que o incumprimento do reenvio possa, por mérito próprio, fundar um recurso. Estas dificuldades poderiam ser superadas com a criação de um recurso para o TJUE de iniciativa dos particulares: “a queixa comunitária”. Esta seria a solução ideal do ponto de vista dos particulares, principais interessados no arbitramento da decisão à luz da aplicação correcta do direito da UE. *De jure condendo* também, alvitramos ainda a possibilidade da pretensa omissão de reenvio ser incluída no rol de hipóteses que, nos termos do n.º 2 do art.678º CPC, admitem recurso independentemente do valor da alçada e da sucumbência.

O enquadramento da omissão de reenvio ilícita como violação do direito ao juiz natural e à tutela jurisdicional efetiva, apesar de muito aliciante, não encontra respaldo no nosso sistema de tutela constitucional dos direitos fundamentais. Como vimos, e na ausência de meios de tutela constitucional dos direitos fundamentais com os atributos do amparo espanhol ou da queixa constitucional germânica, a apreciação da omissão de reenvio pelo TC dificilmente se

distinguirá da apreciação do mérito das decisões judiciais onde a mesma se verificou não podendo, por essa razão, ser perfilhada.

Por seu turno, o recurso de revisão e a ação de responsabilidade civil do Estado por actos cometidos no exercício da função jurisdicional, para além das apontadas particularidades do seu regime, que podem dificultar o seu acesso aos particulares, comungam de uma importante desvantagem: ambos providenciam uma tutela meramente reativa à violação o que, em grande partes dos casos, será insuficiente para acautelar os legítimos interesses dos visados.

No caso particular da ação de responsabilidade, e pondo de lado as (muitas) críticas tecidas a seu propósito, da perspectiva do particular que a pretende efetivar, as dificuldades mais prementes com que se deparará em juízo são aquelas que se prendem com a aplicação do próprio sistema da responsabilidade civil, a verificação dos seus pressupostos. Daí que como defende GEORGIOS ANAGNOSTARAS<sup>79</sup>, a ação de responsabilidade vale mais como “meio indireto de pressão” sobre os EM’s, uma espada de Dâmocles sobre as cabeças dos juízes a lembrar constantemente das consequências adversas do incumprimento da obrigação de reenvio, do que como efetiva cominação. Vale mais pela promessa do que poderia ser do que pelo que, na prática judiciária, provavelmente será.

E no cotejo de todas estas considerações, no fim voltamos ao princípio: a lei civil portuguesa dispõe de sanções para a omissão ilícita do reenvio que garanta a sua efetividade? Não cremos. Mesmo nos casos em que teoricamente o admitamos, as dificuldades são de tal forma significativas que afirmar a sua existência é quase um exercício de fé.

O art. 267º TFUE é, pois, uma verdadeira *lex imperfecta*. Esta imperfeição gera um nível de garantia inferior das normas da UE face às garantias concedidas às normas nacionais e

---

<sup>79</sup> ANAGNOSTARAS (2006, p.735).

torna o exercício dos direitos concedidos por aquelas uma tarefa árdua e provavelmente infrutífera. E nessa medida, a lei civil portuguesa incumpe com as obrigações que para si decorrem dos princípios da efetividade e da equivalência.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, J. M. (2010). Sim ou não ao recurso de amparo?. *Julgar*, 11, pp. 41-49.

ANAGNOSTARAS, G. (2006). Erroneous judgements and the prospect of damages: the scope of the principle of governmental liability for judicial breaches. *European Law Review*, 31, pp.735-747.

ANDRADE, M. A. (1991). *Guia Prático do Reenvio Prejudicial: o artigo 177º do Tratado CEE e a cooperação entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado.

BOTELHO, C. S. (2010). *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais – Avanços e Recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina.

CAMPOS, M.F. (2011). *Princípios fundamentais de Direito da União Europeia – Uma abordagem jurisprudencial*. Coordenação: Sofia Oliveira Pais. Coimbra: Almedina.

CAMPOS, J. M. e CAMPOS, J. L. M. (2010). *Manual de Direito Europeu - O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora.

CARTABIA, M. (2009). Europe and rights: Taking dialogue seriously. *European Constitutional Law Review*, 5, pp.5-31.

CLASSEN, C. D. (2004). Case C-224/01, *Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, Judgement of 30 September 2003, Full Court. *Common Market Law Review*, 41, pp.813-824. Holanda: Kluwer Law International.

COUTINHO, F.P. (2009). *Os tribunais nacionais na ordem jurídica comunitária: o caso português*, Lisboa: [s.n.]. Dissertação de Doutoramento e Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

CRAIG, P. e DE BÚRCA, G. (2008). *EU Law – Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press.

FABRINI, F. (2011). The european multilevel system of fundamental rights protection: a “neo-federalist” perspective. *Jean Monnet Working Paper* (2011, forthcoming), pp.1-45.

FERREIRA, R. C. (2012). A perda de chance – análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática. *O Direito*, 144.º, I, pp.29-58.

GERALDES, A.S.A. (2010). *Temas da Reforma do Processo Civil*. Vol.III Coimbra: Almedina.

GOMES, C. A. (2009). O Livro das Ilusões: a responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário, apesar da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro. *Revista do CEJ*, XI, pp.291-315.

GOMES, J. V. (2005). Sobre o dano de perda de chance. *Direito e Justiça*, XIX, pp.9-47.

HARPAZ, G. (2009). The European Court of Justice and its relations with the European Court of Human Rights: The quest for enhanced reliance, coherence and legitimacy. *Common Market Law Review*, 46, pp.105-141. Holanda: Kluwer Law International.

KOMÁREK, J. (2005). Federal elements in the Community judicial system – Building coherency in the Community legal order. *Common Market Law Review*, 42 (I), pp.1-20. Holanda: Kluwer Law Internacional.

LAMEIRAS, L. F. B. (2009). A marcha dos recursos ordinários. *Revista do CEJ*, 12 (2º), pp.281-322.

LUEBBE-WOLFF, G. (2011). Who has the last word? National and Transnational Courts – Conflict and Cooperation. *Yearbook of European Law*, 30, pp. 86-99.

MARTIN RODRIGUEZ, P.J. (2004). La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevância constitucional del derecho comunitário. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24 (72), pp.315-346.

MESQUITA, M. J. R. (2009). *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina.

MIRANDA, J. e MEDEIROS, R. (2005). *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I – Introdução. Coimbra: Coimbra Editora.

PAIS, S.O. (2011). *Princípios fundamentais de Direito da União Europeia – Uma abordagem jurisprudencial*. Coordenação: Sofia Oliveira Pais. Coimbra: Almedina.

PIÇARRA, N. (1991). *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal e o processo do artigo 177º do Tratado CEE – As relações entre a ordem jurídica comunitária e as ordens jurídicas dos Estados-membros a prespectiva dos tribunais constitucionais*. Lisboa: AAFDL.

PIÇARRA, N. e COUTINHO, F.P. (2006). A europeização dos tribunais portugueses. *Working Paper 18*. Lisboa: Instituto Português de Relações Internacionais – Universidade Nova de Lisboa.

QUADROS, I. (2006). *A função subjectiva da competência prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. Coimbra: Almedina.

QUADROS, I. (2011). *Princípios fundamentais de Direito da União Europeia – Uma abordagem jurisprudencial*. Coordenação: Sofia Oliveira Pais. Coimbra: Almedina.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. (2001). Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli stati membri nell'applicazione del diritto comunitário. *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitário*, pp.6-28.

SCOTT, H. e BARBER, N.W. (2004). State Liability under *Francovich* for decisions of national courts. *The Law Quarterly Review*, 120, pp.403-406.

SERENS, M.N. (2011). A obrigação de reenvio prejudicial decorrente do art. 234.º, § 3.º (ex-art.177.º, § 3.º), do Tratado CE. *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Comissão Organizadora: Rui Pinto Duarte, José Lebre de Freitas, Assunção Cristas e Marta Tavares da Silva. Volume IV. Coimbra: Almedina, pp.627-642.

SILVEIRA, A. e FERNANDEZ, S. P. (2011). O porteiro e a lei – A propósito da possibilidade de interposição de recurso do despacho de reenvio prejudicial à luz do direito da União Europeia. *Julgar*, 14, pp. 113-133.

SOUSA, M. T. (2001). Arguição de nulidades processuais e diligência das partes. *Revista da Ordem dos Advogados*, 61 (III), pp.1455-1478.

TAVARES, M. I. (2011). *Princípios fundamentais de Direito da União Europeia – Uma abordagem jurisprudencial*. Coordenação: Sofia Oliveira Pais. Coimbra: Almedina.

TRIDIMAS, T. (2003). Knocking on heaven's door: fragmentation, efficiency and defiance in the preliminary reference procedure. *Common Market Law Review*, 40, pp.9-50. Holanda: Kluwer Law International.

VARELA, J. M. A. (2000). *Das obrigações em geral*. Volume I. 10ª Edição. Coimbra: Almedina.

VON BOGDANDY, A.; KOTTMANN, M.; ANTPÖHLER, C.; DICKSCHEN, J.; HENTREI, S.; SMRKOLJ, M. (2012). Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States. *Common Market Law Review*, 49, pp.489-520. Reino Unido: Kluwer Law Internacional.

## OUTRAS FONTES

PIÇARRA, N.. As incidências do direito da União Europeia sobre a organização e o exercício da função jurisdicional nos EM's. Acedido em 01.12.2012, em: <http://docs.google.com/fileview?id=0B1fVyohqdCKzNmExODZkZDgtMGI5Zi00MmE4LWEyZDUtZjA3MzUxMmI4NTUw&hl=en>.

Relatório Anual 2011 do TJUE. Acedido em 20.11.12, em: [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-06/ra2011\\_statistiques\\_cour\\_pt](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-06/ra2011_statistiques_cour_pt).

## ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS.....	7
CAPÍTULO I	
1.Introdução.....	9
1.1. Considerações gerais acerca do reenvio prejudicial.....	11
1.2. O reenvio prejudicial à luz das normas do CPC.....	13
1.2.1. Conformação jurídico-processual do reenvio prejudicial.....	13
1.2.2. Meios processuais nos quais pode ser suscitado o reenvio.....	15
CAPÍTULO II	
2. Caraterização da obrigação de reenvio prejudicial e os meios sancionatórios previstos no ordenamento jurídico português para a sua omissão.....	19
2.1. Considerações prévias: as modalidades (facultativa e obrigatória) do reenvio prejudicial.....	19
2.2. Dos meios de reação à omissão da obrigação de reenvio prejudicial.....	25
2.2.1. Recursos ordinários – a apelação e a revista.....	26
2.2.2. Recurso extraordinário de revisão.....	32
2.2.3. Soluções no plano constitucional: a fiscalização concreta da constitucionalidade.....	35
2.2.4. Ação de responsabilidade civil extracontratual do Estado por actos praticados no exercício da função jurisdicional.....	39
CAPÍTULO III	
3. Conclusões.....	50
BIBLIOGRAFIA.....	54
OUTRAS FONTES.....	59