

A RESPONSABILIDADE DO LEGISLADOR NO ÂMBITO DO ARTIGO 15.º DO NOVO REGIME INTRODUZIDO PELA LEI N.º 67/2007, DE 31 DE DEZEMBRO*

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA

O Autor dissecou de forma crítica o recentemente publicado DL n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprovou o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, centrando-se no seu art. 15.º, relativo à responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa, sublinhando que a materialidade do acto legislativo não se confunde com o carácter geral e abstracto das determinações nele contidas. Depois de fazer o enquadramento constitucional da responsabilidade civil extracontratual do Estado pelos referidos danos decorrentes do exercício da função legislativa, o Autor parte para a análise dos diversos pressupostos em que a mesma assenta, para concluir criticamente pela dificuldade encontrada pelos particulares em reagir contra o Estado, face à omissão do dever de legislar.

1. RESPONSABILIDADE POR ACTO COMETIDO NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA

Cumpra, antes de mais, ter presente que um acto (formalmente) legislativo pode conter uma ou mais determinações de natureza administrativa, passíveis de serem qualificadas como *actos administrativos*. Por esse motivo, a Constituição da República Portuguesa (CRP), no seu artigo 268.º, n.º 4, e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, no seu artigo 52.º, n.º 1, consagram o princípio de que a impugnabilidade dos actos administrativos não depende da forma segundo a qual esses actos foram praticados¹.

A doutrina distingue, portanto, dentro do universo dos actos jurídicos que são adoptados sob a forma legislativa, aqueles que são apenas formalmente legislativos, mas, na realidade, contêm decisões materialmente admi-

* O presente texto constituiu o suporte de intervenção proferida no Centro de Estudos Judiciários, no âmbito de uma acção de formação subordinada ao tema do novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. O Autor não pode deixar de exprimir ao Centro de Estudos Judiciários e respectiva Direcção o seu reconhecimento pelo honroso convite para colaborar na referida acção de formação.

¹ Cfr., por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, vol. IV, Lisboa, 1988, pp. 153 segs.; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ª ed., Coimbra, 2005, p. 162.

nistrativas, daqueles que podem e dever ser qualificados como legislativos, não apenas do ponto de vista formal, mas também do ponto de vista material.

No primeiro tipo de situação, a decisão, embora contida num acto formalmente legislativo, é meramente administrativa porque é, na realidade, adoptada ao abrigo de lei anterior, em cujos pressupostos já se encontram assumidas as opções políticas primárias que competiam ao legislador: trata-se, pois, de uma decisão que é produzida no exercício de uma competência tipificada numa lei e que, portanto, apenas pode envolver a eventual realização de opções circunscritas a aspectos secundários, menores ou instrumentais em relação às opções já contidas nessa lei.

Pelo contrário, no segundo tipo de situação, a decisão pode e deve ser qualificada, do ponto de vista material, como legislativa na medida em que exprime a realização de opções primárias, inconstituídas, com um conteúdo inovador — expressão da intencionalidade específica, consubstanciada na formulação de opções políticas primárias da comunidade política, que é característica do exercício da função legislativa².

Com efeito, como a função legislativa exprime a *vontade política primária da comunidade*, definindo o que esta assume ser o interesse geral, para que uma norma seja materialmente legislativa, ela tem de ser uma fonte de direito inicial e, portanto, de ter um conteúdo inovador, determinado por directo apelo à consciência ético-social vigente. Pelo contrário, como à função administrativa corresponde um papel condicionado e subordinado de concretização, de realização prática do interesse geral superiormente definido pelo legislador, o contributo inovador dos comandos ditados a esse nível não pode deixar de circunscrever-se a aspectos secundários, menores ou instrumentais, como o desenvolvimento ou a adaptação das normas legais, por razões de eficiência, de flexibilidade e de proximidade em relação aos factos³.

Repare-se, entretanto, que a materialidade do acto legislativo não se confunde com o carácter geral e abstracto das determinações nele contidas. Embora, por regra, a intencionalidade própria da função legislativa se tenda a exprimir na emissão de regras de carácter geral e abstracto, a verdade é que é frequente o fenómeno da aprovação de actos legislativos que, embora exprimam uma opção política primária, inovadora, introduzem uma ou mais determinações de conteúdo concreto, correspondendo, assim, ao que, na doutrina, tem sido qualificado como *leis-medida (Massnahmengesetz)*⁴.

² Para o quadro terminológico subjacente à contraposição traçada no texto, cfr. MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e causa da lei. A causa da lei na Constituição Portuguesa de 76*, Porto, 1995, designadamente a pp. 57-58, 406-408, 421-423, 494-504, 507 e 512. Em geral sobre a questão da materialidade do conceito de lei, cfr., por todos, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *As Leis Reforçadas*, Coimbra, 1998, pp. 83 segs.

³ Cfr. MANUEL AFONSO VAZ, *op. loc. cit.*; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, pp. 130 segs.

⁴ Sobre o conceito, cfr. JORGE MIRANDA, "Sentido e conteúdo da lei como acto da função legislativa", in *Nos Dez Anos da Constituição*, Lisboa, 1987, pp. 188-190; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra, 2003, pp. 717 segs., com outras referências. Para uma apreciação crítica, entretanto, das complexas questões que, entre nós, se

Pode, pois, dizer-se que o exercício da função legislativa só tendencialmente se concretiza na emanação de normas gerais e abstractas. Decisiva é a intencionalidade do acto, o facto de introduzir opções políticas primárias, por apelo directo à consciência ético-social vigente na comunidade. Desde que isto suceda, temos um acto materialmente legislativo, ainda que as opções nele contidas tenham conteúdo concreto⁵.

É, pois, neste domínio que se coloca a questão da eventual responsabilidade do Estado pelo exercício da função legislativa.

2. ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR DANOS DECORRENTES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA

Já em momento anterior ao da sua regulação no artigo 15.º do novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, era reconhecida na nossa ordem jurídico-constitucional, à face do disposto no artigo 22.º da CRP, a existência do instituto da *responsabilidade do Estado por danos ilicitamente causados no exercício da função legislativa*.

Por estritas razões de economia de exposição, permitimo-nos, a este propósito, remeter para a conseguida síntese de *Rui Medeiros*⁶, que se passa a enunciar.

“Aparentemente, dir-se-á que as diversas opiniões que têm sido manifestadas nos anos mais recentes [sobre a matéria da responsabilidade do Estado pelo exercício da função legislativa] são muito diversas, impedindo por isso que, mesmo em pontos essenciais, se possa falar numa *communis opinio*.

“Todavia, e em rigor, não é isso o que se passa. Com efeito, não obstante as dificuldades interpretativas que o art. 22.º [da CRP] suscita e as controvérsias doutrinárias que em torno dele têm, surgido, existe actualmente um consenso muito alargado — que não é sinónimo de unanimidade — sobre as questões fundamentais em que se joga *o tudo ou nada* de uma acção de indemnização proposta, mesmo na ausência de lei concretizadora do art. 22.º, contra o Estado por acções ou omissões ilícitas do Legislador. Isto é bem visível na resposta substancialmente comum que a doutrina largamente dominante dá a três aspectos centrais da teoria da responsabilidade por facto ilícito do Legislador.

colocam a propósito do conceito de *lei-medida*, cfr. MARIA LÚCIA AMARAL PINTO CORREIA, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra, 1998, designadamente a pp. 260 segs.

⁵ Cfr., a propósito, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo. V, 3.ª ed., Coimbra, 2004, pp. 137-139 e 150.

⁶ Cfr. RUI MEDEIROS, “A responsabilidade civil pelo *ilícito legislativo* no quadro da reforma do Decreto-Lei n.º 48 051”, *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 27, pp. 20 segs.

“1.º) O art. 22.º estabelece um princípio geral de responsabilidade por facto das leis⁷.

“2.º) Não obstante ser controverso se este preceito vale apenas para a responsabilidade por factos ilícitos ou, pelo contrário, abrange também a reparação pelo sacrifício ou pelo risco, cabe claramente no âmbito do art. 22.º a responsabilidade por ilícito legislativo.

“Convém referir antes de mais que são já em número significativo os autores que sustentam que o art. 22.º da Constituição está justamente pensado para a responsabilidade por factos ilícitos, cobrindo assim também os danos causados pelo ilícito legislativo⁸.

“Todavia, mesmo os autores que recusam uma leitura mais restritiva do art. 22.º da Constituição não hesitam em vislumbrar nesse preceito constitucional o fundamento para uma responsabilidade civil do Estado pelo exercício ilícito da função legislativa⁹.

“3.º) Em face da omissão do Legislador, que tarda em concretizar a referida disposição constitucional, o art. 22.º pode ser directamente invocado [...] actualmente, a esmagadora maioria da doutrina [...] não hesita em reconhecer que este preceito constitucional pode já hoje, mesmo na ausência de lei, ser aplicado directamente pelos tribunais numa acção de responsabilidade¹⁰”.

⁷ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra, 2000, p. 289; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1999, pp. 474-475; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, p. 168; JOÃO CAUPERS, “Responsabilidade do Estado por actos legislativos e judiciais”, in *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Madrid, 1999, pp. 79 segs.; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Lisboa, 1997, p. 62; MARIA LUÍSA DUARTE, “A responsabilidade dos Estados-membros por actos normativos e o dever de indemnizar os prejuízos resultantes da violação do Direito Comunitário — em especial, o caso português”, in *A cidadania da União e a responsabilidade dos Estados por violação do Direito Comunitário*, Lisboa, 1994, pp. 83-84; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, “Responsabilidade do Estado e demais entidades públicas: o Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, e o artigo 22.º da Constituição”, in *Perspectivas Constitucionais*, vol. II, Coimbra, 1997, pp. 380 segs.; LUÍS CATARINO, *A responsabilidade do Estado pela administração da justiça*, Coimbra, 1999, p. 152.

⁸ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, “Responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde: culpa do agente ou culpa da organização?”, in *Direito da saúde e da bioética*, Lisboa, 1996, pp. 162-163; M. REBELO DE SOUSA/MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisboa, 2000, p. 105; MANUEL AFONSO VAZ, *A responsabilidade civil do Estado — considerações breves sobre o seu estatuto constitucional*, Porto, 1995, pp. 8-9 e 12-13; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *op. cit.*, pp. 58-59 e 66. V. ainda, embora em termos menos incisivos, J. CAUPERS, *op. cit.*, p. 83.

⁹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, *cit.*, tomo IV, pp. 289-290 e 293; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1999, p. 476; MARIA LUÍSA DUARTE, *op. cit.*, pp. 85-86.

¹⁰ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1999, p. 476; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 170; M. REBELO DE SOUSA/MELO ALEXANDRINO, *op. cit.*, p. 105; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *op. cit.*, p. 61; MARIA LUÍSA DUARTE, *op. cit.*, pp. 87-89, e “O artigo 22.º da Constituição Portuguesa e a necessária concretização dos pressupostos da responsabilidade extracontratual do legislador — ecos da jurisprudência comunitária recente”, in *Legislação* n.º 17 (1996), pp. 17-18 e 33, em nota. V. ainda JORGE MIRANDA, *Manual...*, *cit.*, tomo IV, p. 289; ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO/MÁRIO JOÃO FERNANDES, *Comentário*

Como, entretanto, também refere o mesmo Autor, com indicação de referências, “este entendimento — adoptado pela doutrina largamente maioritária — obteve inequívoco acolhimento na jurisprudência”. E por isso concluía o Autor que o art. 22.º da CRP era “uma *norma directamente aplicável* mesmo na falta de lei concretizadora, cabendo aos juízes e aos tribunais criar a *norma de decisão respectiva*”.

Cumprir ter, pois, presente que, já antes da entrada em vigor do novo regime agora introduzido, era entendimento generalizado, tanto na doutrina, como na jurisprudência, que do artigo 22.º da CRP decorria o fundamento directo da responsabilidade do Estado pelo facto das leis, competindo, por isso, aos juízes, na falta de lei concretizadora, proceder à densificação dos correspondentes pressupostos, a partir do referido artigo 22.º e/ou dos princípios gerais da responsabilidade civil. A responsabilidade do legislador não constitui, portanto, uma excentricidade que o legislador, com a Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, se tenha agora lembrado de inventar. Pelo contrário, do que se trata é de procurar preencher o vazio normativo dentro do qual os tribunais se vinham, até agora, movendo, em matéria tão sensível e delicada, densificando os pressupostos de que, de harmonia com o que tem defendido a doutrina maioritária, deve depender a responsabilidade do Estado pelo facto das leis.

3. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR FACTO ILÍCITO COMETIDO NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA

Como é sabido, os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual subjectiva são quatro: o facto ilícito, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

3.1. O pressuposto da ilicitude

Existe uma conduta ilícita por parte do legislador, passível de constituir o Estado em responsabilidade por facto ilícito, quando o legislador produza uma lei que viole parâmetros objectivos de validade que se lhe imponham e da qual resulte a ofensa de direitos ou interesses juridicamente protegidos. Para que a conduta do legislador seja ilícita, é, pois, necessário que ela configure a violação de normas cuja observância se lhe imponha e que daí advenha a lesão de direitos ou interesses juridicamente protegidos¹¹.

à *IV Revisão Constitucional*, Lisboa, 1999, p. 107. V., enfim, PAULO OTERO, “Responsabilidade civil pessoal dos titulares de órgãos, funcionários e agentes da Administração do Estado”, in *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Madrid, 1999, p. 492; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *op. cit.*, p. 392; LUÍS CATARINO, *op. cit.*, pp. 171 segs.

¹¹ Cfr. RUI MEDEIROS, “A responsabilidade civil...”, *cit.*, p. 26.

Neste sentido, o n.º 1 do artigo 15.º do novo regime procura densificar este critério, prevendo que a ilicitude pode advir da “desconformidade com a Constituição, o direito internacional, o direito comunitário ou acto legislativo de valor reforçado”¹².

3.2. O pressuposto da culpa

Não se pode deixar de entender, à face do disposto no n.º 4 do artigo 15.º do novo regime, que a responsabilidade civil do Estado pelos danos resultantes do exercício da função legislativa pressupõe a existência de culpa¹³.

Tem sido reconhecido, é certo, que o conceito civilístico de culpa se conjuga mal com a liberdade de conformação inerente à função política e com o contraditório inerente ao pluralismo parlamentar, pelo que só se pode falar neste domínio em culpa numa acepção objectivizada e imbricada com o princípio da responsabilidade política¹⁴. Mas isso explica, precisamente, a previsão do n.º 4 do artigo 15.º do novo regime.

Nas palavras de *Antunes Varela*, pode, com efeito, dizer-se, em termos gerais, que “agir com culpa significa actuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou a censura do direito. E a conduta do lesante é reprovável quando, pela sua capacidade e em face das circunstâncias concretas da situação, se concluir que ele podia e devia ter agido de outra forma”¹⁵. Por esse motivo, o referido artigo 15.º adopta, no seu n.º 4, o critério de saber se, atendendo às circunstâncias concretas do caso, o legislador podia e devia ter evitado a conduta ilícita, inspirando-se para o efeito, no modo como o Tribunal de Justiça da União Europeia vem exigindo uma violação suficientemente caracterizada do Direito Comunitário para reconhecer a existência de responsabilidade dos Estados membros da União por violação grave e manifesta de obrigações impostas pelo Direito Comunitário, “de tal modo que o conteúdo do acto demonstre que o seu autor agiu de modo

¹² Como é sabido, as *leis de valor reforçado* têm em comum o facto de serem actos legislativos com um *valor paramétrico* em relação a outros actos legislativos, que lhes devem obediência e para os quais eles funcionam como um *marco de aferição da respectiva validade material*. Entre as leis de valor reforçado e as leis que venham a ser emanadas dentro do respectivo âmbito de aplicação existe, com efeito, uma *relação de prevalência funcional*, por força da qual serão inválidas as disposições contidas nas leis que, devendo fazê-lo por se reportarem a matéria por ela regulada, não se conformem com os parâmetros de validade decorrentes de uma lei de valor reforçado. Em geral sobre as leis de valor reforçado, cfr., por todos, JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., tomo V, pp. 353 segs.; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., pp. 781 segs.; BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, designadamente a pp. 157 segs., que, no sentido do texto, utiliza o conceito de *parametricidade directiva* para explicar a capacidade da lei de valor reforçado de “fixar vínculos de direcção material sobre outras leis”.

¹³ Cfr. RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, Coimbra, 1992, p. 175.

¹⁴ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., tomo IV, pp. 294-295. Cfr. também RUI MEDEIROS, “A responsabilidade civil...” cit., p. 27.

¹⁵ Cfr. RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., p. 177.

arbitrário e em flagrante violação das regras conformadoras da sua competência”¹⁶.

Afigura-se, em todo o caso, válido, no domínio em análise, o critério geral — que, no domínio da responsabilidade pelo exercício da função administrativa, veio, de resto, a encontrar consagração expressa no artigo 10.º, n.º 2, do novo regime — de que, quando a responsabilidade dos poderes públicos decorre da prática de um acto jurídico ilícito, é, por regra, de entender que existe uma presunção de culpa, que “resulta do princípio segundo o qual a ilegalidade dos actos jurídicos contém em si culpa suficiente, à luz da referência geral do Estado de Direito, para a imputação ao Estado dos danos que tais actos produzem”¹⁷.

3.3. O pressuposto dos danos

De acordo com o disposto no artigo 15.º, n.º 1, o Estado só responde pelos *danos anormais* que cause no exercício da função legislativa. O preceito faz, desse modo, apelo a um conceito que, no domínio da responsabilidade pelo exercício da função administrativa, o Decreto-Lei n.º 48 051 já utilizava e que, por conseguinte, foi sendo objecto, ao longo do tempo, de aturada elaboração jurisprudencial e doutrinal. Como agora expressamente dispõe o artigo 2.º do novo regime introduzido pela Lei n.º 67/2007, a referência tem o alcance de limitar a responsabilidade do Estado, no domínio em análise, à reparação dos danos “que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito”.

Note-se, porém, que o legislador não circunscreve a reparação aos *danos especiais*, tal como definidos também no artigo 2.º: por conseguinte, a especialidade do dano constitui, nos termos do artigo 16.º, pressuposto da obrigação de indemnizar pelo sacrifício — que, a nosso ver, também se impõe ao legislador, quando em relação a determinada lei se preenchem os pressupostos do artigo 16.º, sem que a lei em causa se refira à indemnização devida pelo sacrifício por si imposto —, mas não da obrigação de reparar por facto ilícito. No propósito, ainda assim, de prevenir encargos demasiado pesados com o pagamento de indemnizações, o n.º 6 do artigo 15.º admite, no entanto, que o montante da indemnização a atribuir possa ser limitado, quando seja muito elevado o número dos lesados¹⁸.

¹⁶ Cfr., a propósito, a intervenção de RUI MEDEIROS, *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado — Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra, 2002, p. 206.

¹⁷ Para a afirmação, no domínio da responsabilidade pelo exercício da função administrativa, do critério em referência no texto, cfr. BARBOSA DE MELO, “Responsabilidade civil extra-contratual — não cobrança de derrama pelo Estado”, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XI, tomo 4, pp. 37-38.

¹⁸ Cfr., a propósito, RUI MEDEIROS, “A responsabilidade civil...” *cit.*, p. 28.

3.4. O pressuposto do nexo de causalidade entre os danos e o facto ilícito

Embora o artigo 15.º a tal não se refira, na apreciação do preenchimento deste último pressuposto, cumpre distinguir os danos que devem ser efectivamente imputados à *ilicitude* da lei, de outros eventuais danos, não imputáveis à lei, em si mesma considerada, mas a circunstâncias exógenas entretanto verificadas, designadamente em virtude da deficiente aplicação da lei.

Cumprido, em todo o caso, recordar que, para se poder dar por quebrado o nexo de causalidade entre os danos e a conduta do legislador, é necessário que se possa afirmar que a actuação que foi desenvolvida pelos órgãos incumbidos da execução da lei não foi uma consequência provável da conduta do legislador, mas antes se apresentou como uma consequência excepcional do quadro normativo resultante da lei¹⁹.

Acrescente-se, em todo o caso, que, ainda que, no plano dos factos, seja de concluir que também houve lugar a uma execução negligente, por parte da Administração Pública, de uma lei que já era, em si mesma, lesiva, essa eventual circunstância não tem o alcance de extinguir a responsabilidade do legislador. Com efeito, se for de admitir que não só o legislador, *ab initio*, mas também, mais tarde, certos órgãos administrativos concorreram, cada um à sua maneira e na medida das suas funções, para a produção (e continuação) da situação danosa, apenas restará concluir que existe um concurso de responsabilidades pelo exercício ilícito, tanto da função legislativa, como, depois, da função administrativa. Nem por isso, deixará, pois, de existir responsabilidade pelo exercício da função legislativa.

4. A RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO DO LEGISLADOR

O artigo 15.º do novo regime em análise refere-se à responsabilidade pela omissão de providências legislativas nos seus n.ºs 3 e 5.

No n.º 3, estabelece que essa responsabilidade só existe quando a omissão diga respeito à adopção de “providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais”: ou seja, quando exista uma situação de inconstitucionalidade por omissão, tal como ela surge configurada no artigo 283.º da CRP. E, por isso mesmo, acrescenta, no n.º 5, que a constituição nessa modalidade de responsabilidade depende da prévia verificação pelo Tribunal Constitucional, nos termos do referido artigo 283.º da CRP, da existência da situação de inconstitucionalidade por omissão.

Não podemos deixar de assinalar a infelicidade das soluções deste modo consagradas, que, na prática, esvaziam o instituto da responsabilidade do

¹⁹ Cfr., com as devidas adaptações, RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., pp. 202-203.

Estado por omissão do dever de legislar, em termos cuja conformidade ao disposto no artigo 22.º da CRP se afigura questionável.

Com efeito, afigura-se desde logo inaceitável que a constituição do Estado em responsabilidade perante os lesados dependa, nas situações de inconstitucionalidade por omissão, de uma prévia verificação, pelo Tribunal Constitucional, que, nos termos do artigo 283.º da CRP, os lesados não têm legitimidade para pedir, pois que, em termos gerais, só pode ser requerida pelo Presidente da República ou pelo Provedor de Justiça²⁰.

Mas, ainda mais grave, ao circunscrever a possibilidade da existência de responsabilidade por omissão do legislador às situações previstas no n.º 3, de omissão de providências necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais, o legislador deixa de fora todo o universo das situações de incumprimento dos deveres de protecção de direitos fundamentais que, nos modernos Estados de Direito democráticos, se tende a reconhecer que se impõem ao legislador e que, pelo menos em situações de violação evidente, não se devem deixar de considerar ressarcíveis, à face do artigo 22.º da CRP, mesmo na ausência de previsão no artigo 15.º em análise²¹.

Talvez se possa dizer que temos, finalmente, aqui a resposta ao caso *Aquaparque*. Resposta, contudo, desproporcionada em nossa opinião, na medida em que — independentemente do juízo crítico que, a nosso ver, merecem as decisões que foram proferidas no caso *Aquaparque* (sem que, no entanto, o Estado tenha esgotado as vias de recurso de que dispunha para reagir contra elas) —, opções legislativas de fundo não devem ser influenciadas pela eventual incorrecção de decisões jurisdicionais concretas.

5. O NOVO REGIME DE RECURSO PARA O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A adequada compreensão do sentido da previsão introduzida pelo n.º 2 do artigo 15.º do novo regime em análise supõe um breve enquadramento, do

²⁰ Veja-se, a propósito, o Acórdão n.º 238/97 do Tribunal Constitucional.

²¹ Não se pode, pois, deixar de notar que vai (infelizmente) longe o tempo em que RUI MEDEIROS, “A responsabilidade civil...”, *cit.*, pp. 28 segs., lançava a sua (desproporcionada) ira contra a (inocente) proposta de lei por cuja elaboração fomos responsáveis, no âmbito do Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, e que, no já longínquo ano de 2001, desencadeou o longo procedimento legislativo de mais de seis anos (!) que conduziu à aprovação do novo regime aqui em análise — proposta à qual o referido Autor imputava “importantes restrições juridicamente inaceitáveis”, mas que, em todo o caso, nem circunscrevia a responsabilidade do legislador por omissão às situações de inconstitucionalidade por omissão, nem fazia depender a constituição nessa modalidade de responsabilidade da prévia verificação pelo Tribunal Constitucional da existência da situação de inconstitucionalidade por omissão... Na verdade, o longo procedimento de elaboração do regime em análise foi marcado por uma evolução marcada pela crescente limitação do âmbito da responsabilidade por omissões cometidas no exercício da função legislativa. Veja-se, a propósito, a apreciação crítica de RUI MEDEIROS, “Apreciação geral dos projectos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 40, pp. 16-17, embora ainda reportada aos projectos existentes em 2003.

ponto de vista da caracterização do sistema dos recursos para o Tribunal Constitucional que se encontram previstos na CRP.

Como é sabido, o artigo 280.º da CRP prevê que cabe recurso para o Tribunal Constitucional — em determinados casos, obrigatório para o Ministério Público — de todo um conjunto de decisões dos tribunais que apliquem ou recusem a aplicação de normas com fundamento na respectiva inconstitucionalidade ou ilegalidade por violação de leis de valor reforçado.

Ora, para que um tribunal recuse, num determinado processo, a aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, é necessário que, nesse processo, ele tenha sido chamado a aplicar essa norma ao caso concreto e, portanto, que a referida norma constitua o *padrão de decisão* que ao tribunal cumpriria aplicar para a resolução do caso *sub iudice*. Por este motivo se assume que o poder-dever de recusar a aplicação de normas inconstitucionais é um poder de que, no nosso ordenamento jurídico-constitucional, os tribunais são investidos pelo artigo 204.º da CRP, que os impede de aplicar normas inconstitucionais aos feitos submetidos ao seu julgamento, exigindo-lhes que os julguem como se não existissem as normas julgadas inconstitucionais, aplicando, se for caso disso, e em vez delas, as normas anteriores, que elas tinham vindo revogar ou substituir^{22 23}.

Sucede, porém, que, numa acção de responsabilidade civil extracontratual do Estado fundada na prática de um ilícito legislativo consubstanciado na emissão de uma lei inconstitucional — ou ilegal, por violação de lei com valor reforçado —, o tribunal não é chamado a aplicar as normas da lei que no processo vem qualificada como ilícita. Tais normas não constituem, na verdade, o *padrão de decisão* que o tribunal é chamado a aplicar. Por conseguinte, o tribunal, no âmbito dessa acção, não pode, por definição, recusar a aplicação das referidas normas (tal como também não pode, por definição, proceder à respectiva aplicação...): na verdade, a lei alegadamente inconstitucional — ou ilegal — apenas releva, no âmbito da acção, como um *facto*, que ao tribunal cumpre qualificar juridicamente.

As decisões que atribuem indemnizações por danos decorrentes da emissão de actos legislativos ilícitos não põem, na verdade, em causa a capacidade de tais actos para produzir os efeitos a que se dirigem: limitam-se a qua-

²² Cfr., por todos, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, tomo II, Coimbra, 2005, p. 550; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 1028.

²³ Como explica GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., pp. 901 e 983, no controlo concreto (difuso) de constitucionalidade, a cargo dos tribunais ordinários, trata-se de “dar operatividade prática à ideia da *judicial review* americana: qualquer tribunal que tem de decidir um caso concreto está obrigado, em virtude da sua vinculação pela constituição, a fiscalizar se as normas jurídicas aplicáveis ao caso são ou não válidas”. Como “uma norma em desconformidade material, formal ou procedimental com a constitucionalidade é nula”, deve o juiz, “antes de decidir qualquer caso concreto de acordo com esta norma, examinar (‘direito de exame’, ‘direito de fiscalização’) se ela viola as normas e princípios da constituição. Desta forma, os juízes ‘têm acesso directo à constituição’, aplicando ou desapplicando normas cuja inconstitucionalidade foi impugnada”.

lificar esses efeitos como ilícitos, para daí extrair as devidas consequências no plano da responsabilidade, sem porem em causa a subsistência na ordem jurídica de tais efeitos, cuja produção assumem como um facto. É, aliás, porque esses efeitos se produziram e subsistem na ordem jurídica que existem danos e cumpre repará-los.

Para melhor ilustrar a distinção, pense-se no exemplo da pessoa que, no âmbito de uma acção de despejo, suscita o incidente da inconstitucionalidade da norma legal em que essa acção se sustenta e que, portanto, o tribunal é chamado a aplicar no âmbito dessa acção. Se o tribunal julgar a norma inconstitucional, recusará a sua aplicação e decidirá o caso como se a norma em causa não existisse, fazendo com que os seus efeitos não se projectem sobre a esfera do interessado, que não sofrerá, por isso, qualquer dano causado pela norma inconstitucional: a recusa de aplicação afasta a produção de efeitos lesivos no caso concreto e, portanto, a ocorrência de danos.

A nosso ver, isto é precisamente o contrário do que sucede numa acção de responsabilidade civil extracontratual fundada na inconstitucionalidade — ou na ilegalidade, por violação de lei de valor reforçado — de uma norma legal, em que o tribunal que julga a norma inconstitucional (ou ilegal) não procede, por definição, à recusa de aplicação dessa norma, decidindo o caso como se ela não existisse, mas, pelo contrário, assume como um facto a existência da norma, para o efeito de extrair consequências da sua ilicitude, no plano da responsabilidade pelos danos que dela possam resultar.

Daqui se retira que a modalidade de juízo de inconstitucionalidade que os tribunais são chamados a formular nas acções de responsabilidade civil extracontratual do Estado emergente da emissão de actos legislativos inconstitucionais (ou ilegais por violação de lei de valor reforçado) não corresponde ao paradigma que se encontra subjacente ao sistema previsto na CRP de fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade das normas e da legalidade das leis. Como, na verdade, assinala *Rui Medeiros*, “a desvalorização da conduta inconstitucional não é, em rigor, o único efeito da inconstitucionalidade. Sendo o efeito porventura mais relevante e um efeito prototípico, outros podem existir. A obrigação de indemnizar por ilícito legislativo é, precisamente, um dos outros efeitos da inconstitucionalidade: não se trata já de impedir que a norma inconstitucional produza os efeitos jurídicos que lhe corresponderiam, mas de eliminar todos os danos que resultaram da vigência da lei na ordem jurídica”²⁴.

As decisões que, nas acções de responsabilidade pelo exercício da função legislativa, os tribunais são chamados a proferir não se enquadram, por isso, no sistema de recursos para o Tribunal Constitucional que se encontra previsto no artigo 280.º da CRP. Quando concebeu o sistema de recursos das decisões jurisdicionais para o Tribunal Constitucional, reportando-o exclusivamente às situações (paradigmáticas) de aplicação ou recusa de aplica-

²⁴ Cfr. RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., p. 131.

ção de normas, a CRP não teve em vista a modalidade de juízo de constitucionalidade a que, no âmbito destas acções, os tribunais são chamados a realizar.

É esta circunstância que o novo regime em análise procura dar resposta, no n.º 2 do artigo 15.º, assegurando a existência, também nestes casos, de recurso para o Tribunal Constitucional²⁵.

²⁵ Cumpre, em todo o caso, notar que, a nosso ver, a necessidade de um recurso para o Tribunal Constitucional se coloca com maior acuidade nos domínios em que é posta em causa a aplicabilidade das normas. Com efeito, ao contrário das decisões em que os tribunais exercem o poder de afastar a aplicação de normas em casos concretos, em que se trata de decidir, ainda que apenas para o caso concreto, se as normas em causa se devem aplicar ou não, e que dão, por isso, origem a situações de disfuncionalidade na aplicação das normas, numa acção de responsabilidade por danos emergentes do exercício da função legislativa não é posta em causa a aplicabilidade da lei, cujas soluções não se deixam de impor no ordenamento jurídico, sem que a decisão do tribunal obstaculize à sua plena operatividade: do que apenas se trata, é de reconhecer aos lesados o direito à reparação dos danos decorrentes da aplicação da lei. Afigura-se-nos, por isso, discutível a necessidade de estender a este domínio o regime do artigo 280.º, n.º 3, da CRP, cujo propósito, ao instituir os recursos obrigatórios para o Ministério Público, é o de impedir que certas categorias superiores do ordenamento jurídico sejam desaplicadas pelos demais tribunais sem que o Tribunal Constitucional tenha a última palavra na matéria (cfr., por todos, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA *op. cit.*, pp. 1019 e 1024; RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Lisboa, 1999, pp. 70 segs.) — questão que, como vimos, não colocam as decisões jurisdicionais que se limitam a declarar a responsabilidade do Estado por danos emergentes de leis inconstitucionais ou ilegais.