

O Direito da União Europeia e o princípio da efectividade – sua leitura à luz do princípio da proibição do défice e da responsabilidade extracontratual do estado-juiz por violação do direito da união europeia – a “perda de chance” como direito?: (ainda) o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14/01/2014

Hugo Luz dos Santos

Magistrado do Ministério Público

Resumo: O presente estudo reflecte sobre a responsabilidade extracontratual do Estado-Juiz por violação do Direito da União Europeia, nomeadamente em matéria de acidentes de viação.

Sustenta-se a flagrante inconstitucionalidade do art.º 13.º, n.º 2, da Lei N.º 67/2007, de 31 de Dezembro; advoga-se, igualmente, a afirmação do *dano de perda de chance* de syndicar judicialmente uma decisão enfermada de um erro judiciário grave e manifesto.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil do Estado-Juiz; Dano de Perda de Chance; Violação manifesta do Direito da União Europeia.

Abstract: The present article intend to scrutinize the State Liability for Breaches of Community Law by National Courts, namely in the matter of road accidents.

Likewise, we address the blatant unconstitutional nature of the article 13.º, n.º 2, of the Law N.º 67/2007, of 31 of December; moreover, this article emphasize the *loss of chance* to *quash* (or, at the very least, *thwart*) a judicial decision which is enshrined by a manifest infringement of the European applicable law.

Keywords: State Liability; Lost of Chance; Manifest Infringement of the European applicable law.

Sumário^{1/2}: I) Introdução; II) Breve súmula do sentido da decisão; III) Breve resenha da recente doutrina nacional e da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, relativamente ao concurso entre a *culpa do lesado* e o *risco do veículo*; IV) A responsabilidade extracontratual do Estado-Juiz por violação do Direito da União Europeia emergente da não aplicação da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (*violação suficientemente caracterizada*); V) O *princípio da efectividade* do Direito da União Europeia e a condição de admissibilidade da acção de “*prévia revogação da decisão danosa*” (art.º 13.º, n.º 2, da Lei N.º 67/2007, de 31 de Dezembro) V.1) O *princípio da proibição do défice ou da insuficiência* - e a condição de admissibilidade da acção de “*prévia revogação da decisão danosa*” (art.º 13.º, n.º 2, da Lei N.º 67/2007, de 31 de Dezembro); V.2) A “*perda de chance*” processual como (um) direito? VI) A admissibilidade, *de iure condendo*, da derrogação do *caso julgado*, através do *recurso de revisão* contra “*decisões intoleravelmente injustas*”, na esteira da doutrina nacional (Paula Costa e Silva) - breves notas.

¹ Muito agradecemos ao Senhor Professor Doutor Joaquim Freitas da Rocha, brilhante académico da Escola de Direito da Universidade do Minho, pelo estímulo, continuamente manifestado, e sempre tão bondosamente nutrido, no que toca à publicação deste e de outros estudos deste *proto-jurista*. O que devo ao académico, exemplo de pundonor científico, e à pessoa, repositório fiel das qualidades *dianoéticas* propugnadas por Aristóteles, transcende, em muito, a mera menção de um agradecimento público e nunca, pelo menos com a justiça devida, poderia ser aqui narrado. Endereçamos, igualmente, uma palavra de agradecimento, à Senhora Professora Doutora Carla Amado Gomes e ao Senhor Mestre Dr. Luís Heleno Terrinha, Professores da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pela amabilidade académica manifestada e, essencialmente, pela generosa disponibilidade em analisar criticamente as primeiras versões deste estudo. Agradecemos, penhoradamente, ao Senhor Professor Dr. Paulo Cardinal, da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, por todo (o muito!) incentivo científico bondosamente endereçado a este aprendiz de jurista. Os erros, omissões e imprecisões – e são muitos!- são imputáveis, em exclusivo, ao autor deste estudo.

² Este estudo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

I

Como escrevemos noutra local³, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Janeiro de 2014, ao arremate de uma, ao que julgamos sedimentada, linha jurisprudencial inaugurada pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04 de Outubro de 2007, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Santos Bernardino, e na esteira da denominada *doutrina clássica* sobre essa temática, rejeitou o *concurso entre a culpa do lesado e o risco do veículo* considerando que “*nem se compreenderia que fosse de outra forma, uma vez que uma situação concomitante de risco e culpa, é de todo em todo inadmissível já que sendo aquela uma zona de excepção nos quadros da responsabilidade civil, de tal sorte que os danos só são indemnizáveis se estiverem no círculo dos riscos inerentes ao funcionamento da viatura, uma situação de culpa exclusiva não permite qualquer tipo de harmonização com estouta, sempre se dizendo que a própria Lei civil apenas concebe situações de concorrência de culpa, cfr artigo 570º e não quaisquer outras, como a de culpa e risco*”.

II

Relativamente ao sentido da *decisão judicativa* e aos fundamentos que, a montante, dogmática e jurisprudencialmente, a escoram, o douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Janeiro de 2014, asseverou que “*a condução pelo Autor, sob o efeito do álcool, foi determinante para a produção do resultado, sobre si incidindo a culpa efectiva do mesmo, o que leva à elisão da culpa do condutor do veículo seguro na Ré.*

³ E que aqui seguiremos, em certos pontos (I, II e III), de muito perto; HUGO LUZ DOS SANTOS, «O recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14/01/2014: Concurso entre o Risco do Veículo e a culpa do lesado? Um passo atrás no padrão de jusfundamentalidade do Direito da União Europeia?», in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, Cejur, Braga, Director: Fernando Gravato de Moraes, (2015), *passim*, em curso de publicação; HUGO LUZ DOS SANTOS, “A Responsabilidade Extracontratual do Estado-Juiz por violação do Direito da União Europeia: o art.º 13.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007 é constitucional?”, in: *Scientia Iuridica (SI)*, Número 334, Janeiro/Abril 2015, *Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Cejur, Braga, Rio de Janeiro, São Paulo, (2015), *passim*.

Resultando do normativo inserto no artigo 503º, nº3 do CCivil a responsabilidade do comissário, tal conduziria se outras razões em contrário não existissem, à culpa do condutor da segurada da Ré “Materiais de Construção, Lda” (M), funcionário da referida empresa, e que conduzia o veículo por conta, no interesse directo, sob as ordens e orientações da respectiva dona, como decorre da matéria dada como provada na alínea C) da matéria assente e ponto 2. da base instrutória.

Todavia, como assinalamos supra, o comportamento do Autor consubstanciado na prática sequencial de infracções estradais – ultrapassagem inopinada, em violação de traço continuo, conduzindo sob o efeito do álcool – constitui fundamento bastante para descartar qualquer juízo de censura que eventualmente pudesse subsistir e a assacar ao segurado da Ré, posto que o dano está sempre condicionado por uma relação de causalidade indirecta, com o facto que materializa o risco, que no caso sujeito se não verificou, encontrando-se a sua eventual responsabilidade excluída nos termos do normativo inserto no artigo 505º do CCivil, cfr Dário Martins de Almeida, manual de Acidentes de Viação, 3ª edição, 320/323. Nem se compreenderia que fosse de outra forma, uma vez que uma situação concomitante de risco e culpa, é de todo em todo inadmissível já que sendo aquela uma zona de excepção nos quadros da responsabilidade civil, de tal sorte que os danos só são indemnizáveis se estiverem no circulo dos riscos inerentes ao funcionamento da viatura, uma situação de culpa exclusiva não permite qualquer tipo de harmonização com estouta, sempre se dizendo que a própria Lei civil apenas concebe situações de concorrência de culpa, cfr artigo 570º e não quaisquer outras, como a de culpa e risco alvitada pelo Autor, embora indirectamente, nas suas conclusões de recurso, cfr Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, Volume I, 2ª edição, 449/451; Dário Martins de Almeida, ibidem, 154/155; Ac STJ de 7 de Novembro de 1978 (Relator Aquilino Ribeiro), BMJ 281/291 e de 10 de Janeiro de 2012 (Relator Alves Velho), in www.dgsi.pt”. (sic).

III)

Salvo o devido respeito, que é muito, dissentimos, *in totum*, do douto acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Janeiro de 2014.

E escandiremos essa discordância em dois hemisférios argumentativos: o primeiro, secundando, *pari passu*, a doutrina e a jurisprudência nacionais em matéria de responsabilidade civil, mormente no que tange ao *concurso entre risco do veículo e culpa do lesado*; o segundo, perfilhando, outrossim, a doutrina nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, que advogam a tese da *admissibilidade do concurso entre o risco do veículo e a culpa do lesado*, inclusive no que se refere a arestos tirados, em sede de reenvio prejudicial, a pedido do Supremo Tribunal de Justiça.

No que se refere ao primeiro hemisfério argumentativo, e acompanhando de perto a tese (há muito defendida)⁴ pelo Professor Calvão da Silva entendemos que o texto do art.º 505º, do Código Civil, devidamente interpretado, expressa a doutrina seguinte:

Sem prejuízo do concurso da culpa do lesado, a responsabilidade objectiva do detentor do veículo só é excluída quando o acidente for devido unicamente ao próprio lesado ou a terceiro, ou quando resulte exclusivamente de causa de força maior⁵ estranha ao funcionamento do veículo^{6/7}.

⁴ Neste sentido, JOÃO CALVÃO DA SILVA «Acidentes de viação: concorrência do risco com a culpa do lesado (art.º 505.º); os limites máximos da responsabilidade objectiva (art.º 508.º) e montantes mínimos obrigatórios do seguro; indemnização e juros de mora (art.º 566.º, n.º 2, do CC e art.º 805.º, n.º 3, do CC)», in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 134.º, pp. 112 e seguintes, especialmente o n.º 5 (pp. 115 a 118), Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

⁵ No direito alemão assistiu-se, inclusivamente, à substituição da expressão “evento inevitável” constante do § 7,2 da *Strassenverkehrsgesetz* pela expressão “força maior”; Neste sentido, na doutrina alemã, G. MULLER, «Das reformierte Schadensersatzrecht», in *Versicherungsrecht*, 1, 2003, pp. 1-7.

⁶ Neste sentido, JOÃO CALVÃO DA SILVA «Concorrência entre risco do veículo e facto do lesado: o virar da página?», in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 137.º, n.º 3946, Setembro - Outubro de 2007, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 51.

⁷ Referindo que “O art.º 505.º deverá interpretar-se restritivamente, para que se concilie ou harmonize com as decisões legislativas implícitas nos arts.º 494.º e 570.º - e interpretado restritivamente, deverá generalizar-se para que se aplique a todos os casos de responsabilidade

No entendimento deste ilustre Mestre conimbricense, a lei admite, assim, o *concurso da culpa do lesado com o risco próprio do veículo*, sempre que ambos concorram na produção do dano, decorrendo essa admissibilidade (se bem captámos o seu pensamento), do teor da parte inicial do preceito em apreço⁸.

Na verdade – diz CALVÃO DA SILVA, decompondo a norma em análise – a ressalva feita no início do art. 505º (“*Sem prejuízo do disposto no artigo 570º*”) é para aplicar à responsabilidade fixada no n.º 1 do artigo 503º⁹; e esta é a responsabilidade objectiva; logo, a concorrência entre a culpa do lesado (art. 570º) e o risco da utilização do veículo (art. 503º) resulta do disposto no art. 505º, que só exclui a responsabilidade pelo risco quando o acidente for imputável¹⁰ – *i.e., unicamente devido, com ou sem culpa – ao próprio lesado ou a terceiro, ou quando resulte (exclusivamente) de força maior estranha ao funcionamento do veículo*¹¹.

E, efectivamente, parece-nos que só assim interpretado o art. 505º, logra significado e *efeito útil* a sua parte inicial. Assentando a responsabilidade fixada no n.º 1 do artigo 503º no risco da utilização do veículo, e não na culpa, e estando o concurso da conduta culposa do condutor ou detentor do veículo com facto culposos do lesado previsto directamente no art. 570º, não seria razoável interpretar a parte inicial, acima transcrita, do art. 505º, como aplicável havendo

objectiva (desligada da ilicitude e da culpa)”; NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, «Princípios de Direito dos Contratos», Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 732.

⁸ Neste preciso sentido, o pioneiro Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04 de Outubro de 2007, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Santos Bernardino, disponível em www.dgsi.pt, que acompanharemos de muito perto, mesmo textualmente, em certas partes deste estudo.

⁹ A este propósito, o Professor JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, refere que “a redacção da parte inicial dessa norma tem apenas a ver com uma remissão pura e simples e não com uma analogia de remissão”; nesse preciso sentido, V. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, «Acidentes de viação e fragilidade por menoridade (para uma nova conformação normativa)», in *Juris et de Jure – Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, 1998, pp. 101-103.

¹⁰ Parecendo, na esteira de ADRIANO PAES VAZ SERRA, expressar adesão a esta posição doutrinal, PAULA MEIRA LOURENÇO, «A Função punitiva da Responsabilidade Civil», Tese de Mestrado, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 222-224.

¹¹ Neste sentido, JOÃO CALVÃO DA SILVA «Concorrência entre risco do veículo e facto do lesado: o virar da página?», cit., p. 51.

culpas de ambas as partes¹². Numa tal interpretação, aquela parte inicial seria absolutamente desnecessária: mesmo que o art. 505º dela fosse amputado, *sempre o caso de concorrência entre facto ilícito e culposos do condutor e facto culposos do lesado* seria regulado pelo disposto no art. 570º. do Código Civil^{13/14/15}.

O Professor CALVÃO DA SILVA chama ainda, em favor da sua tese, vária legislação avulsa – em matéria de responsabilidade civil por acidentes com intervenção de aeronave (Dec-lei 321/89, de 25 Set., art. 13º; Dec-lei 71/90, de 2 Mar., art. 14º), ou de embarcação de recreio (Dec-lei 329/95, de 9 Dez., art. 43º), ou no domínio da produção e distribuição de energia eléctrica (Dec-lei 184/95, de 27 Jul., art. 44º), e sobretudo, a respeitante à responsabilidade civil do produtor ou fabricante de produtos defeituosos (Dec-lei 389/89, art. 7º/1, já acima referido) – *onde expressamente se refere ou da qual decorre a necessidade de conduta culposa exclusiva do lesado para afastar a responsabilidade pelo risco, ganhando particular relevância este último diploma, que consagra “modelarmente” a tese da concorrência entre o risco da actividade do fabricante e a culpa da vítima*^{16/17/18/19}.

¹² Neste preciso sentido, o pioneiro Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04 de Outubro de 2007, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Santos Bernardino, disponível em www.dgsi.pt.

¹³ Neste sentido, JOÃO CALVÃO DA SILVA «Concorrência entre risco do veículo e facto do lesado: o virar da página?», cit., p. 51.

¹⁴ É de referir que, como bem aduz o Professor FILIPE ALBUQUERQUE DE MATOS, “este entendimento encontra-se, de resto, em consonância com a orientação dogmática prevalecente na Alemanha acerca da aplicação do § 254 do B.G.B.”, esclarecendo, todavia, que “o preceito germânico patenteia uma maior flexibilidade em virtude de depender a sua aplicabilidade das circunstâncias do caso”; Neste sentido, FILIPE ALBUQUERQUE DE MATOS, «O Fundo de Garantia Automóvel. Um organismo com uma vocação eminentemente social», in Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Volume I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp. 572-573, nota 31.

¹⁵ Neste sentido, muito recentemente, FILIPE ALBUQUERQUE DE MATOS, «Reparação por danos não patrimoniais: inconstitucionalidade da relevância da situação económica do lesado (art.º 496.º, n.º 3, e art.º 494.º do Código Civil)», in Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ), ano 143.º, Janeiro-Fevereiro de 2014, n.º 3984, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), pp. 211-212.

¹⁶ Neste sentido, JOÃO CALVÃO DA SILVA «Acidentes de viação: concorrência do risco com a culpa do lesado (art.º 505.º); os limites máximos da responsabilidade objectiva (art.º 508.º) e montantes mínimos obrigatórios do seguro; indemnização e juros de mora (art.º 566.º, n.º 2, do CC e art.º 805.º, n.º 3, do CC)», cit., pp. 112-118.

¹⁷ No mesmo sentido, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, «Responsabilidade pelo risco do detentor do veículo e conduta do lesado: a lógica do “tudo ou nada”? – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06 de Novembro de 2003, Processo 565/2003», in Cadernos de Direito Privado n.º 7, Julho/Setembro de 2004, CEJUR, Braga, 2004, p. 29.

¹⁸ No mesmo sentido, na doutrina italiana, G. FACCI, «Insidia stradale, responsabilità della p. a. e concorso di colpa del danneggiato: la Cassazione contradice la Corte costituzionale, segnando una

Assim, uma interpretação *evolutiva* ou *actualista* do art. 505º mas também do art.º 570.º, do CC²⁰, que tenha em conta (art. 9º/1) a *unidade do sistema jurídico*²¹ – isto é, que considere o sistema jurídico global de que a norma faz parte e, neste, o referido acervo de normas que consagram o concurso da culpa da vítima com o risco da actividade do agente, e repute adquirida, como princípio geral e universal do pensamento jurídico contemporâneo, essa regra do concurso – e as condições do tempo em que tal norma é aplicada – em que a responsabilidade pelo risco é enfocada a uma nova luz, iluminada por novas concepções, de *solidariedade e justiça* – impõe, segundo este autor, que se tenha por acolhida, naquele normativo, a *regra do concurso da culpa do lesado com o risco próprio do veículo*, nem sequer se lhe podendo opor o obstáculo representado pelo n.º 2 do mesmo art. 9º, já que tal interpretação tem um mínimo de correspondência ou ressonância nas palavras da lei²².

Também o Professor BRANDÃO PROENÇA²³ se tem mostrado profundamente crítico em relação ao entendimento tradicional nesta matéria, professado pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Janeiro de 2014, enfatizando que “a posição tradicional, porventura justificada em certo momento, esquece,

nuova tappa nel lento percorso verso l’eliminazione dei privilegi ingiustificati della p. a.», in Responsabilità civile e previdenza, 2003, pp. 68 e ss.

¹⁹ Neste sentido, muito recentemente, FILIPE ALBUQUERQUE DE MATOS, “Culpa exclusiva do condutor e compensação dos danos não patrimoniais ao abrigo do art.º 496.º, n.º 2, do Código Civil – Ac. De Uniformização de Jurisprudência n.º 12/2014, de 5.6.2014”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 48, Outubro/Dezembro 2014, Cejur, Braga, (2015), p. 39; no mesmo sentido, JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Anotação ao acórdão do STJ de 5 de Junho de 2014”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, ano 144.º, n.º 3989, Coimbra Editora, Coimbra, (2015), pp. 180 e ss.

²⁰ Neste sentido, JOÃO CALVÃO DA SILVA «*Concorrência entre risco do veículo e facto do lesado: o virar da página?*», cit., p. 61.

²¹ Sobre o princípio da unidade da ordem jurídica, JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, «O problema da Unidade do Ordenamento Jurídico. Reflectindo sobre Castanheira Neves e o seu “sistema aberto e de reconstrução dialéctica”», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Ars Iudicandi, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica, Ad Honorem – 3, Volume I: Filosofia, Teoria e Metodologia, Coimbra, Coimbra Editora, (2008), pp. 1010-1032.

²² Neste preciso sentido, o pioneiro Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04 de Outubro de 2007, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Santos Bernardino, disponível em www.dgsi.pt.

²³ V. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, «A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual», Tese de Doutoramento, Coleção Teses, Almedina, Coimbra – 1997, págs. 275-276.

hoje, que, por exemplo, o peão e o ciclista (esse «proletariado do tráfego» de que alguém falava) são vítimas de danos, resultantes, muitas vezes, de reacções defeituosas ou pequenos descuidos, inerentes ao seu contacto permanente e habitual com os perigos da circulação, de comportamentos reflexivos ou necessitados (face aos inúmeros obstáculos colocados nas «suas» vias) ou de «condutas» sem consciência do perigo (maxime de crianças) e a cuja danosidade não é alheio o próprio risco da condução», de tal modo que bem pode dizer-se “que esse risco da condução compreende ainda esses outros «riscos-comportamentos» ou que estes não lhe são, em princípio, estranhos”.^{24/25}.

E esta tem sido a linha jurisprudencial largamente dominante no Supremo Tribunal de Justiça²⁶.

No que se refere ao segundo hemisfério argumentativo, faz-se mister referir que a doutrina nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia têm acolhido a tese da *concorrência entre o risco do veículo e a culpa do lesado*, ao invés do que foi decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão de 14 de Janeiro de 2014.

Na verdade, e empreendendo um pequeno périplo pelo Direito da União Europeia, temos que, e como bem afirma o Professor SINDE MONTEIRO, “se o

²⁴ Perfilhando este entendimento doutrinal mais moderno, igualmente, JORGE SINDE MONTEIRO «*Responsabilidade civil*», in RDEc., ano IV, n.º 2, Jul./Dez. 1978, pág. 313 e ss., e «*Responsabilidade por culpa, responsabilidade objectiva, seguro de acidentes*», in RDEc., ano V, n.º 2, Jul./Dez. 1979, pág. 317 e ss. e ano VI/VII, 1980/1981, pág. 123 e ss; no mesmo sentido, ANA PRATA «*Responsabilidade civil: duas ou três dúvidas sobre ela*», in Estudos em comemoração dos cinco anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 345 e ss.,

²⁵ No mesmo sentido, AMÉRICO MARCELINO, «*Acidentes de Viação e Responsabilidade Civil*», 8ª edição revista e ampliada, pág. 309 e ss..

²⁶ Espelhada, nomeadamente, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05/11/2013, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Alves Velho (que terá revisto a sua posição anterior, vertida no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10/01/2012, aliás citado pelo Acórdão do STJ, de 14/01/2014, sob escrutínio...); Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11/07/2013, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Fonseca Ramos; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05/06/2012, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Orlando Afonso; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03/12/2009, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Bettencourt de Faria; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20/01/2009, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Salazar Casanova; muito recentemente, V. com muito interesse, no sentido do texto, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27/03/2014, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Granja da Fonseca, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

*seguro possui uma assinalada função de garantia, então ele tem de cobrir os danos sofridos por todos os lesados e, em princípio, tem de os cobrir na sua totalidade. Logo se o montante coberto é diminuto ou se algumas categorias de vítimas ficam à partida excluídas de protecção, o Direito dos Seguros não estará a cumprir adequadamente a sua função*²⁷.

Com efeito, e iniciando, *hic et nunc*, o breve périplo pelo Direito da União Europeia, em matéria de responsabilidade civil emergente de acidentes de viação, a asserção acima transcrita, advogada pelo Professor SINDE MONTEIRO, colhe respaldo legal nas diversas (5) Directivas emitidas a esse respeito, e que, passaremos, em apertada síntese, em revista.

Na *primeira directiva*, a Directiva do Conselho de 24 de Abril de 1972 (72/166/CEE)²⁸, relativa à aproximação dos Estados-Membros respeitantes ao seguro de responsabilidade civil resultante da circulação de veículos automóveis e à fiscalização do cumprimento da obrigação de segurar esta responsabilidade, *focalizada nos interesses das pessoas que podem ser vítimas*²⁹, destinou-se, no essencial, à criação de um seguro obrigatório através de uma apólice que cubra o conjunto do território da Comunidade.

A *segunda directiva*, a Directiva do Conselho de 30 de Dezembro de 1983 (84/5/CEE)³⁰, que denota alguma preocupação com as divergências entre as legislações dos Estados-Membros quanto à extensão do seguro obrigatório (considerando n.º 3), é perpassada pela ideia motriz de garantir a *todas as vítimas uma indemnização suficiente*, com independência do local do acidente.

A *terceira directiva*, a Directiva do Conselho de 14 de Maio de 1990 (90/232/CEE)³¹, confere especial enfoque à categoria particularmente vulnerável

²⁷ Neste sentido, JORGE SINDE MONTEIRO, «Direito dos Seguros e Direito da Responsabilidade Civil. Da Legislação Europeia sobre o Seguro Automóvel e sua repercussão no regime dos Acidentes Causados por Veículos. A propósito dos Acórdãos Ferreira Santos, Ambrósio Lavrador (e o.) e Marques de Almeida, do TJUE», in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 142, N.º 3977, Novembro-Dezembro de 2012, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 82.

²⁸ V. JO L 103, de 02.05.1972, pp. 1 e ss.

²⁹ V. JO L 103, de 02.05.1972, considerandos n.º 2.º, 3.º e 8.º.

³⁰ V. JO L 103, de 11.01.1984, pp. 17 e ss.

³¹ V. JO L 129, de 19.05.1990, pp. 33 e ss.

de vítimas potenciais, tais como passageiros dos veículos automóveis, passando a ser obrigatoriamente incluídos na cobertura do seguro, quanto a danos pessoais, *“todos os passageiros, excepto o condutor”* (art.º 1.º).

A *quarta directiva*, a Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Maio de 2000 (2000/26/CE)³², inova com a criação da figura do *“representante para sinistros”*, *“centros de informação”* e *“organismos de indemnização”*, bem como a consagração de *“um direito de acção directa”*³³.

Com o advento da *quinta directiva*, a Directiva 2005/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Maio de 2005³⁴, estatuiu-se que *“é nula qualquer disposição legal ou cláusula contratual que exclua os passageiros da cobertura do seguro pelo facto de terem ou deverem ter tido conhecimento de que o condutor do veículo estava sob influência do álcool ou de qualquer outra substância tóxica no momento do acidente”* (art.º 4.º que procedeu à alteração da Directiva 90/232/CEE), consignando-se, do mesmo passo, que, em estrénua defesa dos participantes mais débeis no tráfego rodoviário, *“O seguro assegura a cobertura dos danos pessoais e materiais sofridos por peões, ciclistas e outros utilizadores não motorizados das estradas que (.....) têm direito a indemnização de acordo com o direito civil nacional. O presente artigo não prejudica a responsabilidade civil nem o montante das indemnizações”* (art.º 1-A introduzido na Terceira Directiva e constante da versão codificada Directiva 2009/103/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Setembro de 2009, JO L 263, de 07/10/2009, pp. 11 e ss)^{35/36}.

³² V. JO L 191, de 20.07.2000, pp. 65 e ss.

³³ A este propósito cabe referir que *“a acção directa contra a seguradora revela-se ainda e também mais vantajosa para a vítima do que a acção de sub-rogação do credor (lesado) ao devedor (segurado) (.....) porque tutela imediata e mais intensamente a vítima, porque protege melhor o lesado, o reconhecimento legal da acção directa da vítima contra a seguradora representa um grande progresso – cfr. art.º 146.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 72/2008, que estende a acção directa contra a seguradora a todos os seguros obrigatórios”*; Neste preciso sentido, V. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *«Acção directa contra a Seguradora e direito de regresso nos acidentes de viação, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal, de 11 de Novembro de 2010»*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 140, Julho-Agosto de 2011, N.º 3969, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 392.

³⁴ V. JOCE L 149, de 11.06.2005, pp. 14 e ss.

³⁵ Neste sentido, empreendendo uma exaustiva e acurada análise desta Directiva, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *«A Quinta Directiva Automóvel e a Ordem Jurídica Portuguesa – Subsídios para a Modificação do Direito Nacional»*, in Nos 20 anos do Código das Sociedades

Por conseguinte, parece defluir do conglomerado das Directivas acima referidas, que existe uma *linha de continuidade* entre o direito da responsabilidade civil e as directivas comunitárias no domínio do seguro obrigatório automóvel^{37/38}, na medida em que, como bem assinala o Tribunal de Justiça da União Europeia, “*na falta de regulamentação comunitária que precise qual o tipo de responsabilidade civil relativa à circulação de veículos que deve ser coberta pelo seguro obrigatório, a escolha do regime de responsabilidade civil aplicável aos sinistros resultantes da circulação de veículos é, em princípio, da competência dos Estados-Membros*”³⁹, pois a interpretação de disposições das directivas ou o seu *efeito útil*, determinam soluções que penetram as legislações nacionais no domínio da responsabilidade civil⁴⁰, surgindo o Acórdão *Katja Candolin* como o espelho fiel dessa ideia reitora. Na verdade, o acórdão proferido no caso *Katja Candolin* é particularmente pertinente para a temática que nos envolve, na medida em que, à semelhança do que sucedeu no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Janeiro de 2014, denota-se a existência de um *condutor* (ali de um automóvel, e aqui, no Acórdão do STJ, o condutor de um motociclo) *que circulava na via pública sob a influência do álcool*.

Comerciais, Homenagem aos Professores Doutores António Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Volume III (Vária), Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 559-578.

³⁶ V. JORGE SINDE MONTEIRO, «Direito dos Seguros e Direito da Responsabilidade Civil. Da Legislação Europeia sobre o Seguro Automóvel e sua repercussão no regime dos Acidentes Causados por Veículos. A propósito dos Acórdãos Ferreira Santos, Ambrósio Lavrador (e o.) e Marques de Almeida, do TJUE», cit., pp. 83-85.

³⁷ Sobre esta questão, na doutrina alemã, em sede da lei sobre o seguro obrigatório automóvel (*Gesetz über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter*), PRÖLSS/MARTIN, «Versicherungsvertragsgesetz», München, 2004, pp. 866, n.º 18.

³⁸ Neste preciso sentido, V. JORGE SINDE MONTEIRO, «Direito dos Seguros e Direito da Responsabilidade Civil. Da Legislação Europeia sobre o Seguro Automóvel e sua repercussão no regime dos Acidentes Causados por Veículos. A propósito dos Acórdãos Ferreira Santos, Ambrósio Lavrador (e o.) e Marques de Almeida, do TJUE», cit., p. 89.

³⁹ Neste sentido, Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia, Ruiz Bernáldez, C-129/94, N.º 13, de 28 de Março de 1996; Mendes Ferreira e Delgado Correia Ferreira, C- 348/98, Colectânea p. I-6711 (N.º 24.º e 28), de 14 de Setembro de 2000; Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Katja Candolin*, C-537/03, Colectânea p. I-5745, n.º 17.

⁴⁰ Neste sentido, J. MOITINHO DE ALMEIDA, «Seguro obrigatório automóvel: o direito português face à jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias», in Revista do CEJ, 2.º Semestre de 2007, Número 7, Dossiê temático: Espaço Judiciário Europeu, p. 57.

Com efeito, no Acórdão *Katja Candolin*, quatro cidadãos finlandeses, em estado ébrio, circulavam num veículo automóvel a 180 km/h, num local em que a velocidade era limitada a 60 km/h, quando o condutor, com uma taxa de álcool de 2,08 g/l, perdeu o controlo do veículo dando origem a um acidente, de que resultou a morte de um dos passageiros (a filha do Sr. *Candolin*) e danos particularmente graves ao proprietário do veículo que àquele confiara a respectiva condução. Como bem afirma MOUTINHO DE ALMEIDA, no direito finlandês, importa distinguir entre o direito da responsabilidade civil e o regime do seguro automóvel: sendo o condutor civilmente responsável, a indemnização pela seguradora dos danos causados aos passageiros transportados em consequência de acidente imputável a condução sob influência do álcool, e que conhecessem ou devesse conhecer o estado em que se encontrava o condutor, só tem lugar “*caso existam razões atendíveis*” (§ 7.º, n.º 3, da lei do seguro de veículos automóveis)⁴¹. O Tribunal de Justiça da União Europeia começou por lembrar que o escopo visado pelo legislador comunitário, nas 1ª (art. 3º/1), 2ª (art. 2º/1) e 3ª (art. 1º) Directivas, foi o de “*permitir que todos os passageiros vítimas de acidente causado por um veículo sejam indemnizados dos prejuízos sofridos*”, não podendo o direito nacional retirar àqueles preceitos o seu *efeito útil* (*effet utile*) – consequência que se produziria se, com base em critérios gerais e abstractos, a legislação de um Estado-Membro, fundada na contribuição do passageiro para a produção do dano por ele sofrido, afastasse a indemnização devida pela seguradora ou a limitasse desproporcionadamente.

Ora, a fundamentação do acórdão, respeitando embora à obrigação da seguradora, tem igual valimento no domínio da responsabilidade civil⁴². Se o “*efeito útil*” (*effet utile*) das aludidas Directivas impõe que os passageiros

⁴¹ Neste sentido, J. MOITINHO DE ALMEIDA, «*Seguro obrigatório automóvel: o direito português face à jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*», cit., p. 58.

⁴² A este respeito, doutrina autorizada refere, concretamente no que tange ao Acórdão *Katja Candolin*, que “*a norma que impõe a cobertura mesmo em caso de participação da vítima no dano, pelo conhecimento que tinha da embriaguez ou da intoxicação do condutor, é intrinsecamente uma norma de responsabilidade*”; Neste sentido, CUNHA RODRIGUES, «*Seguro obrigatório e responsabilidade civil na jurisprudência comunitária*», in Revista do CEJ, 2.º Semestre de 2007, Número 7, Dossiê temático: Espaço Judiciário Europeu, p. 51.

transportados, que hajam sofrido danos, sejam indemnizados, mesmo que, por sua culpa, tenham contribuído para a verificação desses danos, *de concluir é que essa deve ser a solução imposta pelas regras da responsabilidade civil, já que o respectivo seguro se encontra condicionado, no seu funcionamento, por essas regras*⁴³.

Assim, apoiando-se, designadamente, no 5º considerando da Segunda Directiva que estipula “*os montantes até cujo limite o seguro é obrigatório devem permitir*”, em toda e qualquer circunstância, que seja garantida às vítimas uma indemnização suficiente, seja qual for o Estado – membro em que o sinistro ocorra” e no 16º considerando da Terceira Directiva em que se toma como base “*um nível elevado de protecção do consumidor*”, o Tribunal de Justiça considerou que não se justifica, pois, a distinção entre responsabilidade civil e o regime do seguro obrigatório, sendo incompatível com as então três Directivas comunitárias no domínio do seguro automóvel a legislação norueguesa que permitia a exclusão da indemnização dos danos causados a passageiros transportados que conheciam o estado de embriaguês do condutor, na origem de tais danos, a menos que razões especiais a imponham^{45/46}.

⁴³ Neste preciso sentido, o excelente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04 de Outubro de 2007, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Santos Bernardino, disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁴ É de referir que o Tribunal de Justiça enfatizou que, no que respeita ao art.º 508.º, do Código Civil Português, em sede do Acórdão *Mendes Ferreira e Delgado Correia Ferreira*, C- 348/98, *Colectânea p. I-6711*, de 14 de Setembro de 2000 “*a responsabilidade civil deve estar coberta por um seguro que respeite os montantes mínimos estabelecidos pelas disposições comunitárias, concluiu que, em relação aos sinistros cobertos por esta responsabilidade civil, a legislação não pode prever limites máximos de indemnização inferiores a esses montantes mínimos (n.º 40). Ou seja, os montantes máximos da responsabilidade pelo risco não podem ser inferiores aos montantes mínimos da garantia do seguro (n.º 41)*”; este acórdão mereceu a anotação crítica do Professor NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA referindo, por acinte, que “*a tese interpretativa do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias colide com o argumento a maiore ad minus*”; Neste sentido, V. NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, «*Revogação Tácita do Artigo 508.º do Código Civil?*», in *SCIENTIA IURIDICA*, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LI, n.º 292 (Janeiro/Abril de 2002), pp. 97 e ss.

⁴⁵ Neste sentido, igualmente, J. MOITINHO DE ALMEIDA, «*Seguro obrigatório automóvel: o direito português face à jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*», cit., p. 58.

⁴⁶ No mesmo sentido, Acórdão Veronika Finanger (Tribunal da AECL), *Advisory opinion of the court*, de 17 de Novembro de 1999, no caso E-1/1999.

Num outro caso, que deu origem ao Acórdão *Elaine Farrell*⁴⁷, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que a cobertura do seguro obrigatório deve abarcar os danos causados aos passageiros transportados em parte do veículo não destinada a essa finalidade, e que o “efeito útil” do art. 1º da 3ª Directiva impede que, com base em critérios gerais e abstractos, um direito nacional exclua ou limite de modo desproporcionado a indemnização de um passageiro, pelo simples facto de ter contribuído para o dano⁴⁸.

Mais recentemente, no Acórdão *M. J. Ferreira Santos v. Companhia Europeia de Seguros, S.A.*⁴⁹, avocando a ideia reitora de um “alto padrão de defesa do consumidor”, reiterou as linhas de força que haviam pautado a sua (consolidada) jurisprudência anterior. Os factos que estiveram subjacentes ao pedido de reenvio prejudicial foram os seguintes:

Em 05 de Agosto de 2000, um *ciclomotor* conduzido por *M. Ferreira Santos* colidiu com um veículo ligeiro, tendo aquele sofrido lesões corporais várias; a questão prejudicial dizia exclusivamente respeito à regulação jurídica da colisão de veículos sem culpa de nenhum dos condutores (art.º 506.º, n.º 1 e 2, do CC).

O Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu, em sede de reenvio prejudicial, que o art.º 506.º, do Código Civil português não tem por efeito excluir automaticamente ou limitar de modo desproporcionado o direito das vítimas (n.º 43)⁵⁰.

No que concerne, concretamente, à questão do *concurso entre o risco do veículo e a culpa do lesado*, o Tribunal de Justiça da União Europeia, em sede de reenvio prejudicial proferido em sede do Acórdão *J. N. Ambrósio Lavrador e M. C. O.*

⁴⁷ Sobre a anotação deste quintessencial aresto, V. com muito interesse, na doutrina alemã, DIRK LOOSCHELDERS, «Schutz von Fahrzeuginsassen durch die Kfz-Haftpflichtversicherung: Ammerlung zu EuGH, Urteil vom 19.04.2007, C-356/05 – Elaine Farrell/Alan Whitty», in Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR), 4. Jahrgang, 6/1997, (2007), Band II, pp. 275 e ss.

⁴⁸ Neste sentido, igualmente, J. MOITINHO DE ALMEIDA, «Seguro obrigatório automóvel: o direito português face à jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias», cit., p. 58.

⁴⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 17 de Março de 2011, no Processo C-484/09.

⁵⁰ Com o aplauso de JORGE SINDE MONTEIRO, «Direito dos Seguros e Direito da Responsabilidade Civil. Da Legislação Europeia sobre o Seguro Automóvel e sua repercussão no regime dos Acidentes Causados por Veículos. A propósito dos Acórdãos Ferreira Santos, Ambrósio Lavrador (e o.) e Marques de Almeida, do TJUE», cit., p. 106.

*Ferreira Bonifácio v. Companhia de Seguros Fidelidade – Mundial SA*⁵¹, considerou que a legislação portuguesa (art.º 503.º, n.º 1, do CC; art.º 504.º, do CC; art.º 505.º e art.º 570.º, do CC) não tem por efeito, no caso de a vítima ter contribuído para o seu próprio dano, *excluir automaticamente* ou limitar de modo desproporcionado o seu direito; não afectando, assim, a garantia, prevista pelo Direito da União, de que a responsabilidade civil, determinada segundo o direito nacional aplicável, seja coberta por um seguro *conforme* com as três directivas (considerando n.º 29 e 34)^{52/53}.

Finalmente, e em apertada síntese, no que tange ao Acórdão *Vitor H. Marques Almeida v. Companhia de Seguros Fidelidade – Mundial, S.A., J. M. C. Carvalheira, P. M. Carvalheira e Fundo de Garantia Automóvel*⁵⁴, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que a legislação nacional em causa no processo principal não afecta a garantia, prevista no direito da União, de que a responsabilidade resultante da circulação de veículos automóveis, determinada de acordo com o direito nacional aplicável, seja coberta por um seguro (n.º 38).

Mais precisamente, continua o Tribunal de Justiça da União Europeia, o art.º 3.º, n.º 1 da Primeira Directiva, o artigo 2.º, n.º 1 da Segunda Directiva e o artigo 1.º da Terceira Directiva devem ser *interpretados* no sentido de que não se opõem a

⁵¹ Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 09 de Junho de 2011, no Processo C-409/09.

⁵² Considerando que “da leitura do acórdão se depreende que, no entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia, a responsabilidade pelo risco é a regra aplicável pelo direito português às situações como a do processo principal e só será afastada mediante a apreciação individualizada de exclusiva imputação à vítima; mas caso o acidente lhe seja imputável, o juiz nacional tem sempre a hipótese de reduzir a indemnização em termos proporcionais ao grau de gravidade desse facto”; ALESSANDRA SILVEIRA/SOPHIE PEREZ FERNANDES, «O seguro automóvel. Considerações sobre a posição do Tribunal de Justiça da União Europeia em sede de reenvio prejudicial (a propósito do acórdão Ambrósio Lavrador de 2011)», in *Cadernos de Direito Privado* N.º 34, Abril/Junho de 2011, CEJUR, Braga, 2011, p. 16.

⁵³ Noutro plano, menos entusiasticamente, no que se refere ao tratamento analítico da questão pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, referindo que “esta nota de automaticidade cega (...) não tenha ficado iluminada por uma luz suficientemente forte para se tornar inequívoca para o colégio dos juízes europeus”; JORGE SINDE MONTEIRO, «Direito dos Seguros e Direito da Responsabilidade Civil. Da Legislação Europeia sobre o Seguro Automóvel e sua repercussão no regime dos Acidentes Causados por Veículos. A propósito dos Acórdãos Ferreira Santos, Ambrósio Lavrador (e o.) e Marques de Almeida, do TJUE», cit., p. 107.

⁵³ Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 09 de Junho de 2011, no Processo C-409/09.

⁵⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 23 de Outubro de 2012, no Processo C-300/10.

disposições nacionais que, no caso de colisão entre dois veículos automóveis que tenha causado danos corporais ao passageiro de um desses veículos, sem que seja possível imputar a culpa aos condutores dos referidos veículos, permitam limitar ou excluir a responsabilidade civil dos segurados (n.º 39)⁵⁵.

Não se afigura, assim, *conforme* ao Direito da União Europeia – e, designadamente, com o art.º 1º da 3ª Directiva – a interpretação que, do art.º 505º, vem fazendo a doutrina tradicional e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Janeiro de 2014, no sentido de que a simples culpa ou a mera contribuição do lesado para a produção do dano *exclui* a responsabilidade pelo risco, contemplada no art.º 503º⁵⁶. O *efeito útil* (*effet utile*) das disposições comunitárias acima aludidas impõe sempre a indemnização das vítimas de acidentes causados por veículos automóveis⁵⁷, isto é que permita afeiçoar a realidade aos *objectivos estabelecidos em comum*⁵⁸.

Deste modo, o art.º 505º do Código Civil, ao ordenar a exclusão da responsabilidade objectiva “*quando o acidente for imputável ao próprio lesado*”, não impõe de uma forma literalmente irrefutável uma interpretação no sentido de excluir a *concorrência entre o risco e culpa do lesado* (ou um facto não culposos que tenha originado o acidente)⁵⁹.

⁵⁵ Criticamente, e com excelentes argumentos; V. JORGE SINDE MONTEIRO, «Direito dos Seguros e Direito da Responsabilidade Civil. Da Legislação Europeia sobre o Seguro Automóvel e sua repercussão no regime dos Acidentes Causados por Veículos. A propósito dos Acórdãos Ferreira Santos, Ambrósio Lavrador (e o.) e Marques de Almeida, do TJUE», cit., pp. 108-109.

⁵⁶ Expressando adesão a esta posição referindo, a este propósito, que “qualquer tentativa interpretativa “desculpabilizante” do facto causal do lesado surge como muito difícil, para dizer o menos; o mesmo é dizer que identificar uma ratio não valorativa da conduta do lesado neste artigo 570.º parece condenado ao fracasso”; ANA PRATA, «Responsabilidade delitual nos códigos civis português de 1966 e brasileiro de 2002», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor JOSÉ LEBRE DE FREITAS, Comissão Organizadora: ARMANDO MARQUES GUEDES; MARIA HELENA BRITO; ANA PRATA; RUI PINTO DUARTE; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 162-165.

⁵⁷ Neste preciso sentido, o excelente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04 de Outubro de 2007, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Santos Bernardino, disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁸ Neste preciso sentido, V. JORGE SINDE MONTEIRO, «Direito dos Seguros e Direito da Responsabilidade Civil. Da Legislação Europeia sobre o Seguro Automóvel e sua repercussão no regime dos Acidentes Causados por Veículos. A propósito dos Acórdãos Ferreira Santos, Ambrósio Lavrador (e o.) e Marques de Almeida, do TJUE», cit., p. 98.

⁵⁹ Neste preciso sentido, V. JORGE SINDE MONTEIRO, «Direito dos Seguros e Direito da Responsabilidade Civil. Da Legislação Europeia sobre o Seguro Automóvel e sua repercussão no

Ou seja, era possível desde a entrada em vigor do Código Civil português defender a solução da concorrência⁶⁰.

Por conseguinte, no que respeita à “condução sob influência do álcool ou de qualquer outra substância tóxica” a aplicação do art.º 505.º, do Código Civil português na sua interpretação tradicional, como o faz Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Janeiro de 2014, ao não gizar uma *interpretação conforme o Direito da União Europeia*^{61/62/63/64} vai mesmo *contra legem*, depois de a situação ter sido prevista na Quinta Directiva e transposta para a versão codificada de 2009^{65/66/67}.

regime dos Acidentes Causados por Veículos. A propósito dos Acórdãos Ferreira Santos, Ambrósio Lavrador (e o.) e Marques de Almeida, do TJUE», cit., p. 104.

⁶⁰ Neste preciso sentido, V. JORGE SINDE MONTEIRO, «Direito dos Seguros e Direito da Responsabilidade Civil. Da Legislação Europeia sobre o Seguro Automóvel e sua repercussão no regime dos Acidentes Causados por Veículos. A propósito dos Acórdãos Ferreira Santos, Ambrósio Lavrador (e o.) e Marques de Almeida, do TJUE», cit., pp. 104; pp. 125-131.

⁶¹ Na doutrina italiana, sobre a *interpretação conforme* ao Direito da União Europeia, concretamente no que respeita à prolixa legislação comunitária em matéria de Seguro obrigatório automóvel e à jurisprudência do Tribunal de Justiça do União Europeia quanto a essa matéria; V. RUGGIERO CAFARI, «Per un'interpretazione conforme», in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, (1999), pp. 385 e ss.

⁶² Neste sentido, na doutrina alemã, CLEMENS HÖPFENER, «Die systemkonforme Auslegung», Tübingen, (2008), pp. 216 e ss.

⁶³ No acórdão *Marleasing* (processo C-106/89), o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, veio claramente referir que “ao aplicar o direito nacional, quer se trate de disposições anteriores ou posteriores à directiva, o órgão jurisdicional chamado a interpretá-lo é obrigado a fazê-lo, em toda a medida do possível, à luz do texto e da finalidade da directiva, para atingir o resultado pretendido por esta e cumprir assim o artigo 189”. No mesmo sentido, Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 23 de Outubro de 2003, *Adidas-Salomon e Adidas Benelux*, C-408/01; de 5 de Outubro de 2004, *Pfeiffer*, C-397/01 a C-403/01).

⁶⁴ Neste sentido, GOMES CANOTILHO/SUZANA TAVARES DA SILVA, «Metódica Multinível: “Spill-over effects e Interpretação conforme o direito da União Europeia», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 138, Número 3955, Março – Abril de 2009, 2010, Coimbra, Coimbra Editora, p. 183.

⁶⁵ Neste preciso sentido, V. JORGE SINDE MONTEIRO, «Direito dos Seguros e Direito da Responsabilidade Civil. Da Legislação Europeia sobre o Seguro Automóvel e sua repercussão no regime dos Acidentes Causados por Veículos. A propósito dos Acórdãos Ferreira Santos, Ambrósio Lavrador (e o.) e Marques de Almeida, do TJUE», cit., p. 104.

⁶⁶ Não obstante a directiva não ter *efeito directo horizontal* (Neste sentido, Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 14 de Julho de 1994, *Faccini Dori*, C-91/92 e de 7 de Março de 1996, *El Corte Inglés*, C-192/94; de 12 de Julho de 1990, *Foster*, C-188/89; de 14 de Setembro de 2000, *Collino e Chiappero*, C-343/98; de 5 de Fevereiro de 2004, *Rieser Internationale Transporte*, C-157/02); importa ter em consideração que as normas nacionais devem e têm de ser interpretado à luz das directivas, transpostas que sejam ou transcorrido que seja o prazo de transposição. Como afirmou o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no Acórdão n.º 111/75 (*Mazzalai*), “O órgão jurisdicional deve na aplicação do direito interno quer anterior quer posterior àquelas, e por força dos artigos 5 e 189 do T.R. (10 e 249 actualmente), ter em

Resulta, pois, *desconforme* com o Direito da União Europeia a interpretação que o Supremo Tribunal de Justiça fez, no acórdão de 14 de Janeiro de 2014, do art.º 505.º, do Código Civil segundo o qual, verificando-se *culpa do lesado* e sendo a respectiva conduta causa do acidente é *excluída a responsabilidade pelo risco* consagrada no artigo n.º 503.º, n.º 1, do Código Civil, bem como o art.º 570.º, do mesmo Código que permite, em tal caso, a exclusão da indemnização^{68/69}.

IV

Ao empreender pela deriva *contra legem*, que acima se deixou antecipada, o Supremo Tribunal de Justiça fez perigar os alicerces em que se estriba o *padrão de jusfundamentalidade* que *perpassa* todo o Direito da União Europeia. Mais. Incorreu numa altíssima violação do Direito da União Europeia, consubstanciado na *derrogação* da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), em matéria de concurso de *concurso do risco do veículo com a culpa do lesado*.

O que poderá *originar* a responsabilidade extracontratual do Estado-Juiz por violação do Direito da União Europeia, na modalidade de *erro judiciário*.

Na verdade, e acompanhando de muito perto o pensamento da Professora MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, denota-se um desenvolvimento progressivo do *princípio da responsabilidade dos Estados por incumprimento* enquanto princípio comunitário conformador do direito nacional, material e processual, da responsabilidade pública – estabelecido no caso em apreço⁷⁰- e

atenção as finalidades da directiva, interpretando o direito nacional de modo conforme às finalidades desta, de modo a que seja atingido o resultado pretendido”.

⁶⁷ Neste sentido, na doutrina alemã, CLEMENS HÖPFENER, «Die systemkonforme Auslegung, cit., p. 219.

⁶⁸ Neste sentido, J. MOITINHO DE ALMEIDA, «Seguro obrigatório automóvel: o direito português face à jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias», cit., p. 60.

⁶⁹ Neste sentido, ALESSANDRA SILVEIRA/SOPHIE PEREZ FERNANDES, «O seguro automóvel. Considerações sobre a posição do Tribunal de Justiça da União Europeia em sede de reenvio prejudicial (a propósito do acórdão Ambrósio Lavrador de 2011)», cit., pp. 16-19.

⁷⁰ V. Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), *Francovich e o.*, procs. C-6/90 e C-9/90, Colectânea pp. I-5357 e ss.

desenvolvido em jurisprudência posterior⁷¹ que versa quer sobre os requisitos da responsabilidade, quer sobre a *responsabilidade imputável às várias funções do Estado que se encontram na origem do incumprimento*^{72/73/74}.

À luz da jurisprudência *Francovich* e posterior o princípio da responsabilidade estadual é «*inerente ao sistema do tratado*», o direito à reparação «*tem directamente o seu fundamento no sistema de tratado*» e a obrigação de reparação que incumbe aos Estados-Membros encontra o seu fundamento na *vertente positiva do princípio da lealdade* que inclui a eliminação das consequências ilícitas de uma violação do direito comunitário⁷⁵, sendo esse princípio válido para qualquer violação do Direito da União Europeia, *qualquer que seja o órgão do Estado* cuja acção ou omissão se encontre na origem do incumprimento^{76/77}.

⁷¹ V. em especial, o Acórdão do Tribunal das Comunidades Europeias (TJCE), 05/03/1996, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, procs. C-46/93 e C-48/93, Col., pp. I-1029 e ss, e posteriormente, por todos, o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26/03/1996, *British Telecommunications*, procs. C-392/93, Col., I-1631 e ss; o Acórdão de 17/4/2007, *A.G.M. – COS MET*, proc. C-470/03, Col. pp. I-2749 e ss; ou o Despacho de 23/4/2008, *Test Claimants in the CFC Dividend Group Litigation*, procs. C-201/05, disponível em www.curia.europa.eu.

⁷² V. com muito interesse, Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), 23/05/1996, *Hedley Lomas*, proc. C-5/94, Col., pp. I-2533 e ss e Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), 30/09/2003, *Köbler*, C-224-01, Col., pp. 10239 e ss, 13/06/2006, *Traghetti del Mediterraneo Spa*, proc. C-173/03, Col., pp. I-5177 e ss.

⁷³ Neste sentido, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, «*Influência do direito da União Europeia nos regimes da responsabilidade pública*», in Cadernos de Justiça Administrativa, XIII Seminário de Justiça Administrativa, n.º 88, Julho/Agosto de 2011, CEJUR, Braga, 2011, p. 6, que acompanharemos de muito perto, mesmo textualmente.

⁷⁴ Criticamente sobre a *(des)funcionalidade* da acção de regresso em sede da Responsabilidade Extracontratual do Estado; V., o interessante artigo doutrinal de ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, «*A Obrigatoriedade da Acção de Regresso para a Efectivação da Responsabilidade Civil Extracontratual na Administração Pública: simples proclamação da lei?*», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, *Studia Iuridica* 102, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFUDC), Ad Honorem-6, Vol. I, Responsabilidade: entre Passado e Futuro, Organizadores: Fernando Alves Correia/Jónatas E.M. Machado/João Carlos Loureiro, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 571-577.

⁷⁵ V. Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), *Francovich*, cit, considerando n.º 35, 41 e 46.

⁷⁶ V. Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), *Brasserie du Pêcheur*, cit, considerando n.º 32.

⁷⁷ Neste sentido, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, «*Influência do direito da União Europeia nos regimes da responsabilidade pública*, cit., p. 7.

Após a delimitação prévia dos requisitos comunitários da responsabilidade dos Estados-Membros por incumprimento pela jurisprudência *Francovich*^{78/79}, a jurisprudência *Brasserie du Pêcheur* e posterior fixou os três requisitos de que depende o *direito à reparação*: i) a regra de direito comunitário violada tenha por objecto conferir *direitos aos particulares*; ii) a violação seja *suficientemente caracterizada*; iii) exista um nexo de causalidade directo entre tal violação (*manifesta*) e o prejuízo sofrido pelos particulares⁸⁰.

Mas em que consiste, em concreto, o conceito, jurisprudencialmente recortado, de *violação suficientemente caracterizada*?

A jurisprudência do Tribunal de Justiça contém algumas ideias reitoras que devem nortear o juiz nacional na apreciação do requisito da *violação suficientemente caracterizada* e, inerentemente, na disquisição ou caracterização de uma violação *grave e manifesta*: o *grau de clareza e precisão da norma violada*; a extensão da margem de apreciação que a regra deixa às autoridades nacionais ou comunitárias; o *carácter involuntário do incumprimento* cometido ou do *prejuízo causado*; o carácter *desculpável* ou não de um eventual erro de direito; o *contributo do comportamento de uma instituição comunitária para a omissão, adopção ou manutenção de medidas ou práticas nacionais contrárias ao direito da União Europeia*.^{81/82/83}

⁷⁸ V. Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), *Francovich*, *cit.*, considerando n.º 40.

⁷⁹ Neste sentido, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, «O Regime da Responsabilidade do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia», Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 33 e ss.

⁸⁰ V. Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), *Brasserie du Pêcheur*, *cit.*, considerando n.º 66, Acórdão *British Telecommunications*, *cit.*, considerando n.º 39, Acórdão *Hedley Lomas*, *cit.*, considerando n.º 25.

⁸¹ V. Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), *Brasserie du Pêcheur*, *cit.*, considerando n.º 56, Acórdão *Traghetti del Mediterraneo Spa*, *cit.*, considerando n.º 43.

⁸² Neste sentido, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, «Influência do direito da União Europeia nos regimes da responsabilidade pública», *cit.*, p. 8.

⁸³ V. o Acórdão de 04/7/2000, *Haim*, proc. C-424/97, CJ, 2000, pp. I-05123, considerandos n.º 38 e 43.

Acuradas exigências se impõem, todavia, quando esteja em causa, como no caso vertente, a responsabilidade por facto da *função jurisdicional*⁸⁴. Foi esta, precisamente, a questão que o (então) Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – hoje Tribunal de Justiça da União Europeia – burilou no Acórdão *Köbler* e, igualmente, no Acórdão *Traghetti del Mediterraneo Spa*^{85/86}.

Com efeito, entrevendo o melindre subjacente à questão, o Tribunal de Justiça, muito parcimoniosamente, referiu que só haveria *violação suficientemente caracterizada* no caso excepcional de o juiz ter *ignorado de modo (grave)*⁸⁷ (e) *manifesto* o direito aplicável^{88/89}.

Nesta medida consideramos, e acompanhando o preclaro pensamento de LUÍS HELENO TERRINHA, que uma *violação suficientemente caracterizada* é aquela que atenta *manifestamente* contra o direito da União Europeia vigente e que, no caso dos órgãos jurisdicionais, deveria ter sido aplicado⁹⁰, se não sobreviesse, como no caso concreto, uma actuação, por parte do Supremo Tribunal de Justiça, (abaixo) da *diligência normal*⁹¹, atento o facto de o *próprio* padrão de aferição da

⁸⁴ V. neste sentido, CATARINA GOUVEIA ALVES, «A Responsabilidade do Estado por Incumprimento do Direito Fiscal Comunitário», in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC), Volume LXXXV (2009), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 870.

⁸⁵ Sobre estes quintessenciais arestos, com muito interesse, PEDRO CABRAL/MARIANA DE CIMA CHAVES, «A responsabilidade do Estado por Actos Jurisdicionais em Direito Comunitário», in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Tomo II, Lisboa, 2006, pp. 765-790.

⁸⁶ Neste sentido, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, «Responsabilidade do Estado por violação do Direito da União Europeia: um princípio com futuro», in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 60, Novembro/Dezembro de 2006, CEJUR, Braga, 2007, pp. 765-790.

⁸⁷ Na doutrina alemã, dando conta que, em sede da responsabilidade por factos imputáveis aos órgãos jurisdicionais, não ter sido utilizado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) o qualificativo da “*gravidade*”; V, com muito interesse, WALTER OBWEXER, «Anmerkung», in *EuZW* (2003), p. 727.

⁸⁸ V. Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), *Köbler*, cit., considerando n.º 53.

⁸⁹ Neste sentido, na doutrina alemã, MARTIN-EHLERS, «*Grunlagen einer gemeinschaftsrechtlich entwickelten Staatshaftung*», in *EuR* (1996), pp. 390 e ss.

⁹⁰ Neste preciso sentido, LUÍS HELENO TERRINHA, «A responsabilidade extracontratual do Estado – Juiz por violação do Direito da União Europeia: os requisitos, as diferentes concepções subjacentes aos regimes europeu e português de responsabilidade e a hipótese do regime português como um regime especificamente mais favorável», in Revista “O Direito”, Ano 145.º, Volume IV, (2013), Almedina, Coimbra, (2014), p. 894.

⁹¹ Neste preciso sentido, LUÍS HELENO TERRINHA, «A responsabilidade extracontratual do Estado – Juiz por violação do Direito da União Europeia: os requisitos, as diferentes concepções

violação suficientemente caracterizada ter em conta as especificidades da função jurisdicional⁹².

Esse (ineliminável) padrão de *diligência normal* que *unta* o (nobre) *múnus* jurisdicional polariza-se, por um lado, no domínio da jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de Direito da União Europeia, mormente no que tange às normas que consagrem de forma *precisa, clara e incondicional, direitos individuais* aos cidadãos da União Europeia; e por outro lado, significa que o juiz nacional, enquanto juiz comum do Direito da União Europeia, está *obrigado*, à luz do *estalão de diligência normal normativamente esperado*, a acautelar, pela aplicação concreta das referidas normas *precisas, claras e incondicionais*, os *direitos individuais* que lhe subjazem e cujo pano de fundo colima-se, em última análise, à sua *plena efectividade*.

Assim, a *obrigação de monitorização* da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia constitui a *guarda avançada do escopo protector (Schutzwirkung)* que subjaz às referidas normas, *precisas, claras e incondicionais*, na medida em que a sua aplicação *in vivo* simboliza o *padrão de jusfundamentalidade* do Direito da União Europeia em homenagem ao qual aquelas foram erigidas.

Por conseguinte, a par da *obrigação de monitorização* da jurisprudência do Tribunal de Justiça *emerge* o *poder-dever* do juiz nacional de, qual “*chain novel*” (DWORKIN), *seguir*, pela sua aplicação ao caso concretamente julgando, o *stare decisis* emergente dos Acórdãos daquele órgão jurisdicional, operacionalizando-se, por essa (louvável) via, a *cooperação dialéctica* entre o juiz nacional, enquanto juiz comum do Direito da União Europeia, e o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), enquanto *entreposto valorativo e uniformizador* do Direito da União Europeia.

Por isso se compreende que, verificando-se, a *desconformidade* da actuação do juiz nacional, neste caso do Supremo Tribunal de Justiça, com a jurisprudência

subjacentes aos regimes europeu e português de responsabilidade e a hipótese do regime português como um regime especificamente mais favorável», cit., p. 894.

⁹² V. neste sentido, na doutrina alemã, WALTER FRENZ/VERA GÖTZKES, «*Staatshaftung für Gerichtsentscheidungen bei auslegungsbedürftigem Recht*», EuR (2009), p. 633.

consistente do Tribunal de Justiça, seja de afirmar, sem reboço, a *suficiente caracterização da violação e manifesta gravidade da mesma*^{93/94/95}.

V

Conatural à questão da responsabilidade extracontratual do Estado-Juiz por violação do Direito da União Europeia *imbricam-se* as (candentes) questões de se saber se: i) é *conforme* ao Direito da União Europeia, à luz do *princípio da efectividade*, a *condição de admissibilidade da acção* de prévia revogação da decisão danosa (art.º 13.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro); ii) é *conforme* à Constituição, à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e da doutrina nacional e alemã em matéria de *princípio da proibição do défice ou da insuficiência*, a adscrição da referida *condição de admissibilidade da acção* de prévia revogação da decisão danosa (art.º 13.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro); iii) essa *condição de admissibilidade da acção*, de prévia revogação da decisão danosa, nos casos em que, por condicionalismos processuais, tais como a *sucumbência* e a *alçada*, ao cidadão seja *coarctada* a possibilidade de *impugnar judicialmente* a decisão enfermada pelo erro judiciário configura uma *vera perda de chance*, e, na afirmativa, se essa *perda de chance* poderá *volver-se em direito*.

No que se refere à questão enunciada em i), e acompanhando o preclaro pensamento da Professora ELIZABETH FERNANDEZ, o *erro judiciário* assume uma *dupla relevância*.

Na verdade, o *erro judiciário* avoca uma importância precípua no que se refere à admissibilidade de um *segundo grau de jurisdição* ou mesmo no que respeita à impugnação da decisão danosa junto do Supremo Tribunal de Justiça⁹⁶.

⁹³ Neste sentido, V. Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), *Köbler*, cit., considerando n.º 56.

⁹⁴ V., neste sentido, BJÖRN BEUTLER, «*State Liability for Breaches of Community Law by National Courts: is the requirement of a manifest infringement of the applicable law an insurmountable obstacle?*», in *Common Law Review*, 2009, p. 793.

⁹⁵ Neste preciso sentido, LUÍS HELENO TERRINHA, «*A responsabilidade extracontratual do Estado – Juiz por violação do Direito da União Europeia: os requisitos, as diferentes concepções subjacentes aos regimes europeu e português de responsabilidade e a hipótese do regime português como um regime especificamente mais favorável*», cit., p. 897.

Com efeito, o *erro judiciário* assume, assim, relevância para efeitos de impugnação da decisão judicial que o contém, o que sucede quer o recurso apenas sirva para fazer *desaparecer* da ordem jurídica a decisão proferida e *impugnada* quer para permitir ao tribunal para o qual se recorreu o proferimento de uma outra decisão substitutiva da impugnada⁹⁷. Todavia, o *erro judiciário* pode igualmente revestir *relevância indemnizatória*, uma vez que, como deflui do disposto no art.º 13.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, o Estado é responsável pelas decisões *manifesta e evidentemente* erradas proferidas pelos seus magistrados judiciais^{98/99}.

Contudo, em qualquer dos casos, a relevância do *erro judiciário* não é absoluta; uma vez que, apesar da existência de um *erro judiciário manifesto e evidente* nem sempre é possível impugnar judicialmente a decisão danosa, o que significa que, quer nos casos em que falte *sucumbência*, quer nos casos em que o valor da acção do tribunal para o qual se recorre não o permite, um *erro judiciário* acaba por tornar-se definitivo, quer o mesmo (o erro judiciário) contido na *decisão danosa* seja *leve* ou *grosseiro*^{100/101/102/103/104}.

⁹⁶ Neste sentido, ELIZABETH FERNANDEZ, «Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações», in Cadernos de Justiça Administrativa, XIII Seminário de Justiça Administrativa, n.º 88, Julho/Agosto de 2011, CEJUR, Braga, 2011, p. 16, que acompanharemos de muito perto, mesmo textualmente.

⁹⁷ Neste sentido, V. ELIZABETH FERNANDEZ, «Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações», cit., p. 16.

⁹⁸ Neste sentido, V. ELIZABETH FERNANDEZ, «Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações», cit., pp. 16-17.

⁹⁹ Neste sentido, referindo que “No Direito da União Europeia dispensa-se a prova da culpa do agente e estabelece-se a obrigação de indemnização de quaisquer prejuízos imputáveis a actuações públicas dos Estados membros que envolvam a violação dos respectivos preceitos”; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, «A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social», in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 140, Julho-Agosto 2011, n.º 3969 (2011), pp. 348.

¹⁰⁰ Neste sentido, ELIZABETH FERNANDEZ, «Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações», cit., p. 17.

¹⁰¹ Neste preciso sentido, LUÍS HELENO TERRINHA, «A responsabilidade extracontratual do Estado – Juiz por violação do Direito da União Europeia: os requisitos, as diferentes concepções subjacentes aos regimes europeu e português de responsabilidade e a hipótese do regime português como um regime especificamente mais favorável», cit., p. 934.

¹⁰² Neste sentido, MARIA FILOMENA CUNHA, «Erro Judiciário», in Revista do CEJ, 1.º Semestre 2009, Número 11, Dossiê Temático: Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, Almedina, Coimbra, 2009, p. 341.

Neste nódulo problemático, a questão que avulta é a de saber se a adscrição da referida *condição de admissibilidade da acção* de prévia revogação da decisão danosa (art.º 13.º, n.º 1 e 2, da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro) *bule* com o *princípio da efectividade* do Direito da União Europeia^{105/106}.

A resposta é de pendor positivo.

Na verdade, a exigência da *prévia revogação*, pela jurisdição competente, da *decisão danosa*, afigura-se *desconforme* com o Direito da União Europeia pelas razões seguintes: i) os requisitos comunitários fixados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça são, à luz do Direito da União Europeia, necessários e suficientes para instituir em benefício dos particulares um *direito à reparação*; ii) o art.º 19.º, n.º 1, Parágrafo 2, do TUE, preceitua que “os Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efectiva nos domínios abrangidos pelo direito da União”; a significar que aqui está densificada a *base legal* da *funcionalização* das *regras processuais nacionais* à *efectivação* do *direito material da União Europeia*, desde logo como um comando aos legisladores nacionais para que não deixem as situações *juseuropeiamente* reguladas *sem meios* que *asseguem* a sua aplicação impositiva por parte dos

¹⁰³ Neste sentido, GUILHERME DA FONSECA/MIGUEL BETTENCOURT DA CÂMARA, «Responsabilidade civil no exercício da função jurisdicional», in Revista Julgar, Maio-Agosto 2010, Número 11, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 19.

¹⁰⁴ Neste sentido, PAULO MARREAS FERREIRA «O recorte impreciso e fluído do que poderia ser subsumível ao erro judiciário na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», in Revista Julgar, Maio-Agosto 2008, Número 5, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 70.

¹⁰⁵ Certa e abalizada doutrina tem referido, no que se refere à responsabilidade extracontratual do Estado-Juiz por violação do Direito da União Europeia, que é de prever que os juizes de 1ª instância façam uso do mecanismo de reenvio prejudicial, de molde a obter por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia alguma orientação e, claro, a dotar as suas decisões de “*legitimidade acrescida*”; Neste sentido, ALESSANDRA SILVEIRA, «A Responsabilidade do Estado-juiz por violação do Direito da União Europeia à luz da Jurisprudência do Tribunal de Justiça», in Scientia Iuridica, Tomo LVII, n.º 315, cejur, Braga, 2008, p. 426.

¹⁰⁶ No mesmo sentido da nota anterior, certa e abalizada doutrina tem referido, igualmente, no que se refere à responsabilidade extracontratual do Estado-Juiz por violação do Direito da União Europeia, que é de prever que os juizes de 1ª instância façam uso do mecanismo de reenvio prejudicial, de molde a obter por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia alguma orientação; Neste sentido, CARLA AMADO GOMES, «O livro das ilusões- a responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário, apesar da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro», in Revista do CEJ, 1.º Semestre 2009, Número 11, Dossiê Temático: Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, Almedina, Coimbra, 2009, p. 311.

cidadãos afectados ou a quem tenham sido *conferidos direitos*¹⁰⁷; iii) a *autonomia processual* dos Estados-Membros encontra-se limitada pelo *princípio da efectividade*¹⁰⁸, uma vez que lhes cabe organizar vias internas de recurso para garantir a *plena eficácia do Direito da União Europeia*¹⁰⁹; iv) esse *princípio da efectividade* polariza-se na ideia motriz de que os meios de recurso nacionais *não podem ser configurados de modo a tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil a obtenção da reparação* fundada no Direito da União Europeia^{110/111/112/113/114}; v) o art.º 51.º, n.º 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia confirma a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, segundo o qual os *direitos fundamentais* garantidos pela ordem jurídica da União Europeia são aplicáveis em *todas* as situações reguladas pelo Direito da União Europeia^{115/116}; vi) é necessário *garantir* que todos os consumidores beneficiem de

¹⁰⁷ V., na doutrina italiana, MARIO P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, 4. ed., Milano: Giuffrè Editore, (2011), p. 504; no mesmo sentido, LUÍS HELENO TERRINHA, “O outro do Direito Público alemão: fluxos europeizantes, direito subjectivo público e direitos individuais juseuropeus. Excurso sobre o espaço público administrativo e a responsabilidade jurídico-social da Administração”, in *Revista O Direito*, Ano 146.º, (2014), Vol. III, Almedina, Coimbra, (2015), p. 667.

¹⁰⁸ Neste sentido, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, «Âmbito e pressupostos da responsabilidade do Estado pelo exercício da função jurisdicional», in *Revista do CEJ*, 1.º Semestre 2009, Número 11, Dossiê Temático: Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, Almedina, Coimbra, 2009, p. 288.

¹⁰⁹ Neste sentido, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, «Influência do direito da União Europeia nos regimes da responsabilidade pública, cit., p. 8.

¹¹⁰ Neste sentido, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, «Âmbito e pressupostos da responsabilidade do Estado pelo exercício da função jurisdicional», cit., p. 287.

¹¹¹ V. Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), *Francovich*, cit., considerando n.º 42 e 43.

¹¹² Neste sentido, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, «Responsabilidade por incumprimento do Direito da União Europeia imputável à função legislativa: o passado e o futuro», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 72, Novembro/Dezembro de 2008, CEJUR, Braga, 2008, p. 15.

¹¹³ Neste sentido, com muito interesse, ANA ISABEL SOARES PINTO, «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e Redução Salarial dos Funcionários Públicos: Anotação ao Despacho do Tribunal de Justiça de 07 de Março de 2013, Sindicato dos Bancários do Norte e Outros», in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2013-I, Director: António Pedro Barbas Homem, Almedina, Coimbra, 2014, p. 318.

¹¹⁴ Neste sentido, HELOÍSA OLIVEIRA, «Jurisprudência comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais entidades públicas – Influência, omissão e desconformidade», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. IV, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 622.

¹¹⁵ Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de 27/03/2014, Processo C-265/13, *Emiliano Torralbo Marcos c. Korota SA, Fondo Garantia Salarial*, considerando n.º 29, disponível em www.curia.europa.

um *nível elevado e equivalente* de defesa dos seus interesses¹¹⁷; vii) as medidas de *transposição* das Directivas (no caso concreto, das 5 (cinco) Directivas Automóveis acima elencadas, e que foram *derrogadas* pelo Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 14/01/2014) *injuntem* aos Estados-Membros não só a *interpretação* do seu direito nacional em *conformidade* com as referidas Directivas¹¹⁸, mas também um *especial zelo* para que seja *seguida* uma interpretação destas que não entre em *conflito* com os referidos *direitos fundamentais* ou com os outros *princípios gerais do Direito da União Europeia*, como o *princípio da proporcionalidade*¹¹⁹, e, sobretudo, não faça perigar os alicerces em que se estriba o desígnio de *protecção dos direitos fundamentais aplicáveis*¹²⁰; viii) a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia relativa ao *princípio da cooperação leal*, que passou a estar integrado/consagrado no art.º 4.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia, tem sistematicamente caminhado no sentido de que, embora mantenham a escolha das sanções, os Estados- Membros devem, nomeadamente, *velar* para que as violações do Direito da União Europeia sejam *punidas em condições substantivas e processuais equivalentes* às aplicáveis às violações do direito nacional de natureza e importância semelhantes e que, de qualquer forma, *confirmam* à sanção um *carácter efectivo, proporcionado e dissuasivo*^{121/122/123}; ix) por conseguinte,

¹¹⁶ Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), *Åkerberg Fransson*, EU: C: 2013:105, n.º 22; Despachos *Sociedade Agrícola e Imobiliária da Quinta de S. Paio*, C:2013:810, considerando n.º 19, disponíveis em www.curia.europa.

¹¹⁷ Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de 27/03/2014, Processo C-265/13, *Le Crédit Lyonnais SA c. Fesih Kalhan*, considerando n.º 43, disponível em www.curia.europa.

¹¹⁸ Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de 27/03/2014, Processo C-265/13, *UPC Telekbel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktiongesellschaft mgh*, considerando n.º 46, disponível em www.curia.europa.

¹¹⁹ Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), *Promusicae*, C-275/06, Col., I-271, considerando n.º 68.

¹²⁰ Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de 27/03/2014, Processo C-265/13, *UPC Telekbel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktiongesellschaft mgh*, considerando n.º 45, disponível em www.curia.europa.

¹²¹ Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de 27/03/2014, Processo C-265/13, *Le Crédit Lyonnais SA c. Fesih Kalhan*, considerando n.º 44, disponível em www.curia.europa.

¹²² Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), *Berlusconi*, de 03/05/2005 e C-387/02; C-391-02; C-403-02, Col., I-3565, considerandos n.º 64 e 65.

estando em causa, como no caso concreto, a responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União Europeia¹²⁴, imputável à função jurisdicional, por *erro judiciário*, a norma que prevê a *revogação prévia da decisão danosa*, em virtude da *sanção do primado* fixado pela jurisprudência *Simmenthal*, é “*inaplicável de pleno direito porque não se afigura suficiente para assegurar a tutela da vítima e assegurar o pleno efeito do Direito da União Europeia*”¹²⁵.

V.1)

Adentrando na questão enunciada em V) ponto ii), denota-se uma *patente* inconstitucionalidade material do art.º 13.º, n.º 1 e 2, da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, por violação do *princípio da proibição do défice ou da insuficiência* (art.º 18.º, n.º 2, da CRP, art.º 2.º da CRP, art.º 9.º, alínea b), da CRP).

Como se disse, já é possível vislumbrar a violação do *princípio da proibição da insuficiência e do défice* (art.º 2.º da CRP, art.º 9.º, alínea b), da CRP), por ausência de *mecanismos efectivos* de tutela jurisdicional efectiva (art.º 268.º, n.º 4, da CRP), no quadro contextual da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, atenta a sua natureza de *norma de protecção*.^{126/127}

Com efeito, e como o Tribunal Constitucional¹²⁸ tem sempre dito, o princípio da proporcionalidade ou da *proibição do excesso*¹²⁹, enquanto *princípio vinculativo*

¹²³ Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de 26/09/2013, Processo C-418/11, *Texdata Software*, considerando n.º 50, disponível em www.curia.europa.

¹²⁴ Admitindo expressamente esta possibilidade, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «*A responsabilidade civil do Estado*», in Revista *O Direito*, Ano 142.º, n.º IV, (2010), Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, p. 653.

¹²⁵ Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), *Simmenthal*, de 09/03/1978, *proc. 106/77, Rec.* pp. 629 e ss, considerando n.º 17.

¹²⁶ Neste sentido, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «*Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*», Tese de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 799 e seguintes.

¹²⁷ Sobre a incumbência do Tribunal Constitucional de “*protecção dos direitos fundamentais de indivíduos e pessoas jurídicas*”, MARIA LÚCIA AMARAL, «*Competências complementares do Tribunal Constitucional Português*», *Studia Iuridica* 102, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFUDC), Volume II, Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática, Organizadores: Fernando Alves Correia/Jónatas E.M. Machado/João Carlos Loureiro, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 55.

¹²⁸ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional 205/2000, e Acórdão do Tribunal Constitucional 491/2002, disponíveis em www.dgsi.pt.

¹²⁹ Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, «*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*», 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 79-110.

*das acções de todos os poderes públicos*¹³⁰, decorre antes do mais das próprias exigências do Estado de direito a que se refere o artigo 2.º da Constituição, por ser consequência dos valores de segurança nele inscritos. Como se sabe, o que através dele se pretende é *evitar cargas coactivas excessivas ou ingerências desmedidas na esfera jurídica dos particulares*¹³¹.

No entanto, *tal como do princípio do Estado de direito decorre o imperativo constitucional de proibição do excesso (Übermaßverbot)*, também do mesmo princípio decorre a *proibição da insuficiência ou do deficit*¹³²: é tão censurável, para a perspectiva constitucional, que o legislador *imponha cargas excessivas aos particulares, quanto o é que adopte medidas insuficientes*^{133/134/135} *para proteger ou garantir a realização dos seus direitos*, caso decorra da Constituição um *dever de legislar*¹³⁶ *em ordem a essa protecção ou realização*^{137/138/139/140}.

¹³⁰ Neste sentido, na doutrina italiana, MASSIMO DONINI, «Un Derecho Penal Fundado en la Carta Constitucional: Razones y Limites. La Experiencia Italiana», in Revista Penal, n.º 8, 2001, pp. 56 e ss.

¹³¹ Neste sentido, GOMES CANOTILHO, «Direito Constitucional e Teoria da Constituição», Coimbra, Almedina, 2003, 7.ª ed., p. 273.

¹³² Neste sentido, na doutrina italiana, LUIGI FERRAJOLI, «Derecho y Razón – Teoria del Garantismo Penal», 2ª edição, Madrid, Trotta, pp. 78 e ss.

¹³³ Neste sentido, JORGE REIS NOVAIS, «Os Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais», Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 94, pp. 310, 312, 370;

¹³⁴ Neste sentido, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, «A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática da dogmática constitucional», in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Studia Iuridica 102, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFUDC), Volume III, Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo, Coimbra, Coimbra Editora, (2013), p. 34.

¹³⁵ No mesmo sentido, JOÃO CURA MARIANO, «A indemnização do dano da morte do nascituro já concebido e os imperativos constitucionais de tutela do Direito à vida», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume II, Direito Constitucional e Justiça Constitucional, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, (2012), pp. 106-107.

¹³⁶ Sobre o *juízo de ponderação do legislador*, no cumprimento do *dever de legislar*, GOMES CANOTILHO, «Cláusulas de rigor e Direito Constitucional», in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 141, Novembro – Dezembro de 2011, Coimbra, Coimbra Editora, (2012), pp. 71.

¹³⁷ Neste sentido, GOMES CANOTILHO, «Direito Constitucional e Teoria da Constituição», cit., p. 273;

¹³⁸ Neste sentido, muito recentemente, referindo-se à relação entre os *deveres estaduais de protecção jusfundamental* e a *proibição do défice*, o notável artigo doutrinal de JORGE PEREIRA DA SILVA, «Interdição de Protecção Insuficiente, Proporcionalidade e Conteúdo Essencial», in Estudos em Homenagem ao PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA, Volume II, Direito Constitucional e Justiça Constitucional, Coimbra Editora, Lisboa, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, (2012), pp. 188-195.

Como vimos, a conformação do regime jurídico da responsabilidade extracontratual do Estado – Juiz por erro judiciário (Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro), corresponde ao cumprimento de um *dever de legislar*^{141/142}, que merecerá assim censura constitucional se vier a ser cumprido ou de forma *excessiva* ou de modo *insuficiente* ou *deficitário*¹⁴³.

Sobre o que seja o princípio da “*proibição do défice*”, ou da “*proibição da insuficiência*” (*Untermaßverbot*)¹⁴⁴, e sobre as circunstâncias apertadas em que pode o juiz constitucional censurar uma medida legislativa por esta se mostrar, face a *deveres estaduais de protecção* ou de *prestação de normas, deficitária ou insuficiente*, já se pronunciou com clareza o Tribunal Constitucional^{145/146}.

¹³⁹ Aproximadamente neste sentido, afirmando que “a tutela jurisdicional efectiva carece de conformação através da lei, ao mesmo tempo que lhe é congénita uma incontornável dimensão prestacional a cargo do Estado (e, hoje, também da União Europeia) (...) no sentido de colocar à disposição dos indivíduos uma organização judiciária e um leque de processos garantidores da tutela judicial efectiva”; Neste sentido, RICARDO BRANCO, «Algumas notas de Direito Comparado em torno da Consagração Constitucional da Tutela de Direitos com Recurso aos Tribunais: Um exercício a pretexto da necessidade de interpretar o art.º 20.º da Constituição Portuguesa», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Vol. III, Comissão Organizadora: José Lebre de Freitas/Rui Pinto Duarte/Assunção Cristas/Vítor Pereira das Neves/Marta Tavares de Almeida, Almedina, Coimbra, 2011, p. 47.

¹⁴⁰ Sobre o núcleo essencial do Direito de acesso aos Tribunais e à tutela jurisdicional efectiva, com muito interesse, V. PAULA COSTA E SILVA, «De Minimis Non Curat Praetor. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Vol.III, Direito Privado, Direito Público e Vária, Organizadores: Jorge Miranda/António Menezes Cordeiro/Eduardo Paz Ferreira/José Duarte Nogueira, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 294.

¹⁴¹ Sobre o perfil do legislador, MENEZES CORDEIRO, «Tratado de Direito Civil Português, Direito das Obrigações», II, Tomo III, Gestão de negócios, Enriquecimento sem causa, Responsabilidade Civil, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 652-678.

¹⁴² Sobre o paradigma do legislador razoável, no cumprimento do *dever de legislar*, VIEIRA DE ANDRADE, «A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função legislativa», in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 142, N.º 3980, Maio – Junho de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 294-297.

¹⁴³ Neste sentido, na doutrina brasileira, INGO SARLET, «Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência», in Revista dos Estudos Sociais Criminais, n.º 12, ano 3, Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, pp. 9 e ss.

¹⁴⁴ Neste sentido, LÊNIO LUIZ STRECK, «Bem Jurídico e Constituição, Da Proibição do Excesso (Übermaßverbot) à Proibição da Protecção Deficiente (Untermaßverbot), ou de como não há blindagem contra Normas Penais Inconstitucionais», in BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (BDUC), VOL. LXXX, 2004, pp. 316 e ss.

¹⁴⁵ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Sousa Ribeiro, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 166/2010, relatado pela Exma. Senhora Conselheira Maria Lúcia Amaral, disponíveis em www.dgsi.pt.

Basicamente, na esteira da jurisprudência do Tribunal Constitucional, poderá considerar-se que existe um *deficit* inconstitucional de protecção (ou de prestação normativa), quando as entidades sobre as quais recai o *dever de proteger adoptam medidas insuficientes para garantir a protecção adequada*¹⁴⁷ às posições *jusfundamentais em causa*, sendo que tal sucede sempre que se verificar um *duplo teste*: (i) *sempre que se verificar que a protecção não satisfaz as exigências mínimas de eficiência que são requeridas pelas posições referidas*; (ii) *cumulativamente*, sempre que se verificar que tal não é imposto por um *relevante interesse público*, constitucionalmente tutelado.

Para que se saiba se a *protecção adoptada satisfaz ou não as exigências mínimas de eficiência requeridas pelas posições jusfundamentais em causa* necessário é que se tenha em conta a *intensidade do perigo* ou do *risco de lesão* que pode resultar, para as referidas posições, da *medida legislativa sob juízo*¹⁴⁸.

Com efeito, mostrou-se à saciedade, que o legislador que editou a Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, com a adscrição da *condição de admissibilidade da acção* de prévia revogação decisão danosa (art.º 13.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro), *privou* o referido diploma legal de *mecanismos efectivamente protectores do direito à tutela jurisdicional efectiva* dos cidadãos *directa e pessoalmente* afectados pela decisão danosa (art.º 268.º, n.º 4, da CRP), não logrando passar o *exame de eficiência* entronizado pela mais autorizada doutrina alemã¹⁴⁹, e, por isso, claudicando, igualmente, no *triplo teste* da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*¹⁵⁰, uma vez que *esvazia* o

¹⁴⁶ Neste sentido, mais recentemente, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 269/2010; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 270/2010; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 222/2011, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁴⁷ Neste sentido, LUÍS PEREIRA COUTINHO, «Sobre a Justificação às restrições aos Direitos Fundamentais», in Revista do CEJ, 2º Semestre, Número 12, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 20-21.

¹⁴⁸ Na doutrina alemã, no âmbito do processo legiferante, sobre as *regras da experiência captadas normativamente* sob uma perspectiva de análise estatística (simples e elementar), no cruzamento reflexivo com a denominada “*injustiça da generalização*”, GABRIELLE BRITZ, «*Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung*», Tübingen, 2008, pp. 23-47.

¹⁴⁹ Neste sentido, na doutrina alemã, ISENSEE, «*Das Grundrecht als Abwehrrecht und als Schutzpflicht*», in ISENSEE/KIRCHHOF (hrsg.), *HGDE*, Band II, Heidelberg, 2006, pp. 232-233.

¹⁵⁰ Neste sentido, na doutrina alemã, STÖRRING, «*Das Untermaßverbot in der Diskussion*», Berlin, 2009, pp. 123 e ss.

núcleo essencial daquele *direito fundamental* nos casos em que, por condicionalismos processuais, se prendam com o critério da *sucumbência* e da *alçada*, é *subtraído* ao cidadão o seu (inalienável) *direito de acesso aos tribunais* (art.º 20.º, n.º 1, da CRP), consubstanciado na insusceptibilidade de impugnação judicial de uma *decisão danosa* enfermada de um *erro judiciário grave e manifesto*.

V.2)

Por último, resta perquirir a questão enunciada em V) ponto iii), *scilicet*, se essa *condição de admissibilidade da acção*, de prévia revogação da decisão danosa, nos casos em que, por condicionalismos processuais, tais como a *sucumbência* e a *alçada*, ao cidadão seja *coarctada* a possibilidade de *impugnar judicialmente* a decisão enfermada pelo erro judiciário configura uma vera *perda de chance*, e, na afirmativa, se essa *perda de chance processual*^{151/152} poderá volver-se em *direito*, na esteira da doutrina alemã e nacional.

A resposta é (também aqui) de pendor positivo.

Na verdade, a figura da *perda de chance* é muito conhecida e aplicada noutros ordenamentos jurídicos – nomeadamente no francês^{153/154/155} e no italiano^{156/157} - e

¹⁵¹ Na doutrina alemã, pronunciando-se abertamente a favor da admissibilidade da *perda de chance processual*, HELMUT KOZIOL, «Schadenersatz für den Verlust einer Chance?», in FS F. STOLL zum 75. Geburtstag, Tübingen, Mohr Siebeck, (2007), pp. 233-250.

¹⁵² A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, após uma hesitação inicial, tem-se inclinado pela ressarcibilidade do *dano de perda de chance processual*; Neste sentido, por todos, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06/03/2014, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Pinto de Almeida, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁵³ Neste sentido, muito recentemente, no quadro da responsabilidade civil do médico, a jurisprudência francesa admitiu a ressarcibilidade da “*perte d’une de guérison et de survie*”, consubstanciado no reconhecimento do direito à reparação pela *perda de chance* de não ter vivido mais tempo (*perte de chance de n’avoir vécu plus longtemps*); Neste sentido, Acórdão do Cour de Cassation Français, de 13 de Março de 2007, disponível em www.courdecassation.fr.

¹⁵⁴ Aludindo à crescente aplicação da figura da *perda de chance* pelos tribunais franceses e à multiplicidade de funções que é chamada a desempenhar; PATRICE JOURDAIN, «Responsabilité Civile», n.º 3, in Revue Trimestrielle de Droit Civil, Avril/Juin 2010, n.º 2, pp. 330 e ss.

¹⁵⁵ Neste sentido, muito recentemente, reafirmando a ressarcibilidade do *dano de perda de chance*, o Acórdão do Tribunal de Cassação Francês (Cour de Cassation, première chambre civile), de 19/12/2013, disponível em http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/.

a questão (candente) que se coloca neste quadrante temático é a de saber se, ao nível do *nexo de causalidade*, o conteúdo do comportamento do terceiro é *conditio sine qua non* para a não obtenção do *resultado final* ou se, diferentemente, a *conditio sine qua non* radica nas *possibilidades existentes* de *aquele* resultado final ser atingido.

No primeiro caso, e voltando à temática que nos interpela, não se sabe, a ser *processualmente* admissível, qual seria o *resultado final* do recurso interposto pelo cidadão afectado pela decisão danosa (erro judiciário) por *incumprimento* do Estado – Juiz do Direito da União Europeia; o que significa que, a esta luz, não se lograria estabelecer o *inarredável* *nexo de causalidade* entre a *violação suficientemente caracterizada* do Direito da União Europeia pelo Estado – Juiz e o dano de *perda de chance processual* do cidadão afectado pela decisão danosa enfermada de *erro judiciário*.

No segundo caso, se se deslocar o foco analítico do plano (*aleatório*) do *resultado final*^{158/159/160/161/162} para o terreno (*seguro*) das *possibilidades existentes*¹⁶³ de esse

¹⁵⁶ Para uma acurada análise das querelas doutrinárias no direito italiano, nomeadamente em torno da questão de se saber se a *perda de chance* configura o denominado “*danno ingiusto*” (art.º 2043.º, do Código Civil Italiano), CRISTINA SEVERI, «*Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*», in RCP, Volume LXVIII, 2003, n.º 2, Março-Abril, pp. 305 e ss.

¹⁵⁷ A jurisprudência italiana, de forma enfática, reconheceu a ressarcibilidade do dano da *perdita di chance di guarigione e di sopravvivenza*; Neste sentido, Acórdão do Corte di Cassazione, de 04 de Março de 2004, in FI, Ano CXXIX, Maio 2004, n.º 5, 1407 e ss.

¹⁵⁸ Neste sentido, RUI CARDONA FERREIRA, «*A perda de chance – análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática*», in Revista O Direito, Ano 144.º, 2012, Volume I, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, 2012, p. 36.

¹⁵⁹ Neste sentido, PAULO MOTA PINTO, «*O interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*», Vol. II, Tese de Doutoramento, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 1103 nota 3103.

¹⁶⁰ Neste sentido, o luminoso estudo de JÚLIO GOMES, «*Em torno do dano de perda de chance – algumas reflexões*», in *Ars Judicandi, Ad Honorem*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves», Vol.II, Direito Privado, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 289-327.

¹⁶¹ No mesmo sentido, JÚLIO GOMES, «*Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou da perda de chance*», in Cadernos de Direito Privado, n.º especial-II Seminário dos Cadernos de direito privado- Responsabilidade Civil, Dezembro de 2012, pp. 17-29.

¹⁶² Neste sentido, MARIANA LIMA REGO, «*Decisões em ambiente de incerteza*», in Revista Julgar n.º 21, Quadrimestral, Setembro-Dezembro 2013, Director: José Igreja Matos, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 145-147.

¹⁶³ O grau ou a intensidade da *probabilidade* a que alude o art.º 563.º, do Código Civil deveriam ser determinados normativamente, dentro de *parâmetros oscilantes* a definir, nomeadamente, nos termos da *teoria da conexão pelo risco* de ROXIN; Neste sentido, RUI CARDONA FERREIRA,

resultado final ser atingido, a resposta quanto ao *nexo de causalidade* será diametralmente oposta^{164/165}.

Porquanto, sendo o prejuízo considerado, a *perda de chance processual*, como expressão de uma *ablação* de uma *possibilidade presente* de *impugnar judicialmente* uma decisão judicial danosa, *fere o núcleo essencial* do direito fundamental de acesso ao direito e aos tribunais (art.º 20.º, n.º 1, da CRP), na medida em que sendo *manifesta e evidente* a existência do *erro judiciário* (e conatural magnitude) da violação do Direito da União Europeia pelo Estado- Juiz, *maior* (porque processual e substantivamente caucionada) será a *possibilidade* de revogação da decisão danosa, e, inerentemente, *maior* será a *probabilidade* de *remoção* da ordem jurídica de uma decisão judicial que *briga*, pela *danosidade social* que radica e transporta, com os *direitos individuais* dos cidadãos da União Europeia.

Assim, sobre o legislador impende, nos termos acima frisados, um *dever de protecção*^{166/167} dos *direitos fundamentais* dos cidadãos; e a *protecção* dos direitos fundamentais seria *inadequada* ou *insuficiente* se se exigisse a prova de uma relação de causalidade *certa* entre um comportamento que coloca em risco os

«Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)», Tese de Mestrado, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 300-338.

¹⁶⁴ Neste sentido, o notável artigo doutrinal de RUTE TEIXEIRA PEDRO, «A dificuldade de demonstração do nexo de causalidade nas acções relativas à responsabilidade civil do profissional médico – Dos mecanismos jurídicos para uma intervenção pró damnato», in Revista do CEJ, 1º Semestre de 2011, Número 15, Dossiê Temático: Crimes contra a autodeterminação sexual e contra a liberdade sexual com vítimas menores de idade, Almedina, Coimbra, (2013), p. 48.

¹⁶⁵ Neste sentido, RUTE TEIXEIRA PEDRO, «A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado», in Colecção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 15, Novembro de 2008, Tese de Mestrado, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 227 e ss.

¹⁶⁶ Referindo, no que se refere ao *dever de protecção*, que “a *perda de chance* é indemnizável como dano autónomo sempre que a sua preservação constitua um conteúdo da prestação devida ou de um *dever de protecção*”; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «Danos societários e governação de sociedades (corporate governance)», in Cadernos de Direito Privado, n.º especial-II Seminário dos Cadernos de direito privado- Responsabilidade Civil, Dezembro de 2012, (2012), pp. 17-29.

¹⁶⁷ Aduzindo, neste contexto temático, a uma “*protecção suficientemente eficiente*”, JOANA COSTA, “A Protecção deficitária da vítima à luz da Constituição – Breve reflexão em torno do Artigo 219.º, do Código de Processo Penal”, in *Tribunal Constitucional*, 35.º Aniversário da Constituição de 1976, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, (2012), p. 138.

direitos fundamentais e não se aceitasse a prova de uma relação de causalidade (só) possível ou provável^{168/169}.

Numa palavra, trata-se de convolar a própria chance num direito¹⁷⁰. Por conseguinte, *todo* o fundamento da *perda de chance* passa a radicar no próprio Direito.

Na medida em que a protecção das chances é importante para a protecção dos direitos finalisticamente colocados em perigo, **pois em casos em que só resta uma chance, não há mais nada a perder senão a própria chance**¹⁷¹. Esta é a razão pela qual as pessoas encaram como muito importante que o Direito proteja estas chances. O Direito privado não pode ficar *aquém* dessa protecção. Se a responsabilidade civil não protege vítimas contra a perda de chances, *fica alguém das exigências constitucionais*^{172/173/174}.

Esta ideia reitora quadra-se com a mais recente jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em matéria de “perda de chances reais”^{175/176} do direito de acesso aos tribunais (art.º 6.º, § 1, da CEDH).

Na verdade, o TEDH tem sistematicamente firmado jurisprudência que os Estados contratantes não podem criar entraves desproporcionados ao exercício

¹⁶⁸ Neste sentido, o brilhante artigo doutrinal de NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, «Responsabilidade pela perda de chance de revitalização?», in II Congresso de Direito da Insolvência, Coordenadora: Catarina Serra, Almedina, Coimbra, (2014), p. 184.

¹⁶⁹ No mesmo sentido, na doutrina alemã, NILS JANSEN, «The idea of a lost chance», in Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 19, (271-296), pp. 292.

¹⁷⁰ Neste sentido, NILS JANSEN, «The idea of a lost chance», cit., p. 285.

¹⁷¹ Neste sentido, NILS JANSEN, «The idea of a lost chance», cit., p. 292.

¹⁷² Neste sentido, NILS JANSEN, «The idea of a lost chance», cit., p. 292.

¹⁷³ No mesmo sentido, na doutrina alemã, ainda que fora do âmbito temático do dano de perda de chance, sobre o âmbito de protecção normativa dos bens jurídicos; NILS JANSEN, «Die Struktur des Haftungsrechts- Geschichte, Theorie und Dogmatik ausservertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz», Tübingen, (2003), pp. 495 e ss.

¹⁷⁴ Referindo que “a perda de oportunidade pode desencadear responsabilidade de acordo com a vontade das partes (que erigiram essa “chance” a bem jurídico pelo contrato)”; Neste sentido, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «Direito Civil-Responsabilidade Civil- O Método do Caso», Almedina, Coimbra, 2006, p. 104.

¹⁷⁵ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Philis c. Grécia*, de 27 de Agosto de 1991, considerando n.º 71, disponível em hudoc. echr.coe.

¹⁷⁶ Neste sentido, NUNO PIÇARRA, «Recurso de revisão de que “decisões inconciliáveis” com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem?», in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 92, Março/Abril 2012, Cejur, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 62.

efectivo do direito de acesso aos tribunais¹⁷⁷, sendo que as *restrições* criadas pelos mesmos (Estados contratantes), no *dever de legislar*¹⁷⁸, no que respeita ao *direito de acesso aos tribunais* estão sujeitos a um ineliminável *but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé*^{179/180}; o que, manifestamente, não sucede, pelos motivos acima apontados, com a *condição de admissibilidade da acção* de “*prévia revogação da decisão danosa*” (art.º 13.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro).

VI

Neste hemisfério temático, a questão que se coloca é a de saber se é possível *compatibilizar a definitividade* da decisão com a possibilidade de a *ilicitude* da mesma poder ser apreciada incidentalmente para efeitos de determinação da atribuição do *direito à reparação* de danos que aquela tenha eventualmente produzido.

Por conseguinte, se a decisão é *definitiva* porque *transitou em julgado* e, por isso, não pode ser *revogada*, consequentemente, não podem ser extraídas consequências da sua *ilicitude*^{181/182}.

Assim, de acordo com esta deriva doutrinal, “o *caso julgado transforma decisões erradas, e até as manifestamente erradas, em decisões certas*”¹⁸³.

¹⁷⁷ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Bayar c. Turquie*, de 25 de Março de 2014, considerando n.º 37, disponível em hudoc. echr.coe.

¹⁷⁸ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Beles et autres c. République tcheque*, § 69, CEDH 2002-IX; *Zvolsky et Zvolská c. République tcheque* § 55, CEDH 2002-IX; *Nikolaos Kopsidis c. Greece*, § 22, 18 mars 2010.

¹⁷⁹ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Erfar-Avef c. Grèce*, de 27 de Março de 2014, considerando n.º 40, disponível em hudoc. echr.coe.

¹⁸⁰ No mesmo sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Edificaciones March Gallego S.A. c. Espagne*, 19 février 1998, § 34, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I.

¹⁸¹ Neste sentido, JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, «Sobre o Novo Regime da Responsabilidade do Estado por Actos da Função Judicial», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 138, n.º 3954 (2009), (pp. 156-168), p. 165.

¹⁸² Sobre a análise crítica do regime da responsabilidade dos magistrados; CARLA AMADO GOMES, «ABC da (ir) responsabilidade dos juízes no quadro da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro», in *Scientia Iuridica*, n.º 322 (2010), pp. 267-277, pp. 261 e ss.

¹⁸³ Neste sentido, V. ELIZABETH FERNANDEZ, «Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações», *cit.*, p. 21.

Um segmento não despidendo de abalizada doutrina nacional advoga a *desconsideração da condição de admissibilidade da acção* de prévia revogação da decisão danosa *sempre* que esteja um *erro judiciário manifesto* quanto à interpretação ou aplicação do Direito da União Europeia^{184/185/186/187/188/189}.

Um outro segmento da mais autorizada doutrina nacional preconiza, diferentemente, com excelentes argumentos, que se subscrevem, que o art.º 696.º, do CPC de 2013 (antigo art.º 771.º, do CPC de 1961) deve ser *interpretado* no sentido de englobar uma *cláusula geral de admissibilidade de revisão de decisões manifestamente erradas*^{190/191}, porquanto o *caso julgado* não pode dizer-se imune a *todo e qualquer ataque*¹⁹².

Por conseguinte, apesar de se verificar uma “*colisão frontal com o instituto do caso julgado*”⁹³, não se pretende, porém, com a *cláusula geral de admissibilidade de revisão de decisões manifestamente erradas* “*transformar o que não é direito em*

¹⁸⁴ Neste sentido, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, «*Âmbito e pressupostos da responsabilidade do Estado pelo exercício da função jurisdicional*», cit., pp. 265 e ss.

¹⁸⁵ Neste sentido, CARLA AMADO GOMES, «*O livro das ilusões- a responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário, apesar da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro*», cit., p. 310.

¹⁸⁶ Neste preciso sentido, LUÍS HELENO TERRINHA, «*A responsabilidade extracontratual do Estado – Juiz por violação do Direito da União Europeia: os requisitos, as diferentes concepções subjacentes aos regimes europeu e português de responsabilidade e a hipótese do regime português como um regime especificamente mais favorável*», cit., p. 938.

¹⁸⁷ Neste sentido, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, «*Irresponsabilidade do Estado-Juiz por incumprimento do Direito da União Europeia: um acórdão sem futuro*», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 79, Janeiro/Fevereiro 2010, Cejur, Braga, Coimbra Editora, 2010, p. 43.

¹⁸⁸ Enunciando a questão, mas sem tomar posição expressa, mas, se bem captámos o seu pensamento, manifestando dúvidas quanto à constitucionalidade da solução contida no art.º 13.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007, de 31 de Agosto; RICARDO PEDRO, «*A responsabilidade civil dos árbitros e o regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Agosto*», in *Revista O Direito*, Ano 145.º, (2013), Volume III, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 671-675.

¹⁸⁹ Neste sentido, JÓNATAS F. M. MACHADO, “*A responsabilidade dos Estados-Membros da União Europeia por atos e omissões do Poder Judicial*”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 144.º, N.º 3991, Março-Abril 2015, Coimbra Editora, Coimbra, (2015), p. 273.

¹⁹⁰ Neste sentido, PAULA COSTA E SILVA, «*A Ideia do Estado de Direito e a Responsabilidade do Estado por Erro Judiciário: The King can do (no) wrong*», in *Revista O Direito*, Ano 142.º, Volume I, 2010, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 74-75.

¹⁹¹ No mesmo sentido, PAULA COSTA E SILVA, «*A Litigância de Má Fé*», Almedina, Coimbra, 2011, pp. 647-690.

¹⁹² Neste preciso sentido, a notável monografia de PAULA COSTA E SILVA, «*Acto e Processo. O Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo*», Tese de Doutoramento, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 492.

¹⁹³ Tomando de empréstimo as palavras da mais autorizada doutrina processualista alemã; ROSENBERG/SCHWAB, «*Zivilprozessrecht*», 10. Auflage, § 161.

*direito*¹⁹⁴ mas “*voltar a pôr as coisas em ordem*”¹⁹⁵ e, assim, assegurar a confiança nas decisões dos tribunais¹⁹⁶.

No fundo, afirmamos nós, aquela *cláusula geral de admissibilidade de revisão de decisões manifestamente erradas* seria um pêndulo regulativo da *validade* do Direito da União Europeia, e a sua bondade intrínseca, a sua legitimação material, radicaria nas (nobres) vestes de *guardiã* da aplicação *efectiva* das *regras imperativas* vigentes na União Europeia; seria mesmo o *equivalente funcional* da conhecida doutrina norte-americana, em matéria do Direito da arbitragem, do *second look*^{197/198}.

Assim, a *cláusula geral de admissibilidade de revisão de decisões manifestamente erradas* configuraria, por um lado, uma “*original expected application*”¹⁹⁹ (sempre) que, por condicionalismos processuais, não fosse possível ao cidadão *sindicar* judicialmente uma decisão danosa eivada de um *erro judiciário grave e manifesto*, e, por outro lado, volver-se-ia num *consenso* a que corresponderia aquilo que fosse susceptível de uma *assertibilidade ideal razoável*²⁰⁰ junto dos destinatários últimos das decisões judiciais: os cidadãos.

Funchal, com um relance do olhar para as Desertas (Região Autónoma da Madeira), 31 de Maio de 2016 (revisto em 23 de Junho de 2016).

¹⁹⁴ Neste preciso sentido, PAULA COSTA E SILVA, «*Injustiça intolerável e ruptura do caso julgado*», in Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Vol.II, Direito Privado, Processual e Criminal, Coimbra Editora, Coimbra, Organizadores: Paulo Otero/Fernando Araújo/João Taborda da Gama, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 744.

¹⁹⁵ Neste sentido, na doutrina alemã, GRUNSKY, «*Grundlagen des Verfahrensrechts*», 2. Auflage, § 47.III.3, p. 496.

¹⁹⁶ Neste sentido, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, «*Preclusão e contrário contraditório*», in Cadernos de Direito Privado n.º 41, Janeiro/Março 2013, (2013), Cejur, Coimbra Editora, p. 24.

¹⁹⁷ Sobre a doutrina do *second look*, na doutrina norte – americana, GARY B. BORN, «*International Commercial Arbitration – volume II*», Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2009, pp. 2857 e ss.

¹⁹⁸ Sobre a doutrina do *second look*, na doutrina nacional, ASSUNÇÃO CRISTAS/MARIANA FRANÇA GOUVEIA, «*A violação de ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais*», in Cadernos de Direito Privado n.º 29, Janeiro/Março 2010, (2010), Cejur, Coimbra Editora, pp. 50-56.

¹⁹⁹ Neste sentido, na doutrina norte – americana, JACK M. BALKIN, «*The New Originalism and The Uses of History*», in Fordham Law Review, Vol. 82 (2013), p. 647.

²⁰⁰ Neste sentido, na doutrina alemã, JÜRGEN HABERMAS, «*Zwischen Naturalismus und Religion*», Suhrkamp, Frankfurt am Main, (2005), pp. 90 e ss.