

O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa ¹

CARLOS CADILHA

Sumário

1. Unificação da competência contenciosa dos tribunais administrativos no âmbito da responsabilidade civil extracontratual da Administração: unidade de jurisdição *vs* dualidade de regime substantivo. **2.** Culpa do lesado por não utilização da via processual adequada. **3.** Obrigatoriedade do exercício do direito de regresso. **4.** Responsabilidade por facto ilícito: repartição de responsabilidade entre a Administração e os titulares de órgãos, funcionários e agentes e funcionamento anormal do serviço. **5.** Âmbito normativo da ilicitude: ilegalidade substantiva *vs* ilegalidade formal. **6.** Critério de aferição da culpa: presunção de culpa leve para a prática de actos jurídicos ilícitos e incumprimento de deveres de vigilância. **7.** Responsabilidade pelo risco. **8.** Indemnização pelo sacrifício. **9.** Conclusão

1. O novo regime de responsabilidade patrimonial das entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, desde há muito aguardado, introduziu alterações muito significativas no regime substantivo da responsabilidade civil pelo exercício da função administrativa, revogando e substituindo, nesse âmbito, o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, e os artigos 96º e 97º da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, que anteriormente disciplinavam essa matéria ⁽²⁾, e veio estabelecer, pela primeira vez, em termos sistemáticos, o regime de responsabilidade civil por danos derivados da função legislativa e da função jurisdicional.

O enquadramento legislativo unitário em matéria de responsabilidade civil por actuação dos poderes públicos tem como contraponto, no plano processual, a unificação da jurisdição em relação às diferentes formas de responsabilidade civil estadual, que foi levada a efeito pela reforma contencioso administrativo de 2002.

Na verdade, o ETAF operou um alargamento da competência contenciosa dos tribunais administrativos em matéria de responsabilidade civil das pessoas colectivas de direito público, através de três diferentes vias: (a) uniformizou o âmbito da jurisdição no que se refere à responsabilidade decorrente da actividade administrativa, passando a atribuir aos tribunais administrativos as questões de responsabilidade civil que envolvam pessoas colectivas de direito público, sem qualquer prévia distinção entre *actos de gestão pública* e *actos de gestão privada* (artigo 4º, nº 1, alínea g), segmento inicial); (b) passou a incluir no âmbito da jurisdição administrativa a responsabilidade por danos resultantes do exercício da função legislativa, bem como do funcionamento da administração da justiça, aqui se incluindo não apenas o deficiente funcionamento do serviço de justiça, mas também o erro judiciário imputável a tribunais administrativos

¹ O mesmo texto foi entretanto publicado na Revista do CEJ por referência a uma outra intervenção sobre a mesma matéria no âmbito de uma acção de formação levada a efeito pelo CEJ.

² O Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1969, instituiu o regime geral de responsabilidade administrativa, ao passo que os artigos 96º e 97º da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, continham disposições específicas sobre a responsabilidade funcional das autarquias locais e responsabilidade pessoal dos respectivos titulares de órgãos e agentes, que, na parte aí não regulada, deveriam ser integradas pelo regime comum daquele outro diploma.

(artigo 4º, n.º 1, alínea f), 2ª parte, e n.º 3, alínea a)); (c) passou igualmente a abarcar na competência dos tribunais administrativos a «responsabilidade civil extracontratual de sujeitos privados aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade do Estado», pretendendo-se assim abranger as *entidades privadas de mão pública* que possam exercer poderes de autoridade ou cuja actividade seja regulada por disposições ou princípios de direito administrativo (artigo 4º, n.º 1, alínea i)).

Centrando a atenção na responsabilidade civil pelo exercício da função administrativa – que constitui o objecto do presente trabalho –, a primeira nota que importa salientar é que à apontada *unidade de jurisdição* não corresponde uma *unidade de regimes jurídicos substantivos*.

É o que desde logo decorre do disposto no artigo 1º, n.º 2, do diploma em presença, que define o respectivo âmbito de aplicação, no que se refere à responsabilidade civil pelo exercício da função administrativa, por referência às «acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo», excluindo todas as demais situações em que a Administração actue em paridade com quaisquer outros sujeitos privados. Tal significa que, embora a jurisdição administrativa passe a ser competente para a apreciação de todas as questões de responsabilidade civil que envolvam pessoas colectivas de direito público, independentemente de saber se tais questões se regem por um regime de direito público ou por um regime de direito privado, o certo é que se mantém a diversidade de regimes jurídicos substantivos consoante o acto causador do dano se caracterize como um acto de gestão pública ou como um acto de gestão privada, pelo que, na definição do direito aplicável no caso concreto, o juiz administrativo terá de seguir, conforme os casos, o regime de direito público previsto na presente lei ou o regime de direito privado constante dos artigos 483º e segs. do Código Civil.

Este mesmo princípio é, aliás, aplicável à *responsabilidade pessoal directa* dos titulares de órgãos, funcionários e agentes administrativos, como se depreende do disposto no artigo 1º, n.º 3, visto que estes apenas respondem por danos resultantes de *actos funcionais*, isto é, por actos praticados no exercício das suas funções e por causa desse exercício (em consonância com o que também determina o artigo 271º, n.º 1, da Constituição), ficando sujeitos a uma responsabilidade pessoal de direito privado – que, neste caso, implica a remissão do litígio para o tribunal comum – quando os actos respeitem à sua vida privada, ainda que ocasionalmente tenham sido praticados no local de trabalho ou durante o horário de serviço.

A norma do artigo 1º, n.º 5, ao estender o regime de responsabilidade administrativa, previsto nesta lei, às *pessoas colectivas de direito privado*, «por acções ou omissões que adoptem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo», coloca também em equação a possível diversidade de regimes substantivos a que poderão encontrar-se sujeitos estas entidades.

O preceito vem dar concretização prática à já mencionada disposição do artigo 4º, n.º 1, alínea i), do ETAF, que atribui aos tribunais administrativos a competência para a apreciação de litígios que tenham por objecto a «[r]esponsabilidade civil extracontratual dos sujeitos privados aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas de direito público». Por outro lado, a delimitação das situações em que *sujeitos privados* poderão encontrar-se submetidos a um regime de responsabilidade administrativa e, conseqüentemente, poderão ser demandados em acções de responsabilidade civil perante os tribunais administrativos, é efectuada, em termos genéricos, no referido artigo 1º, n.º 5, por

referência a actuações que envolvam o *exercício de prerrogativas de poder público* ou que *sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo*.

Note-se que a simetria entre a formulação verbal do n.º 2 (para precisar o conceito de *função administrativa*) e do n.º 5 (para delimitar os casos em que sujeitos privados podem encontrar-se abrangidos pelo regime de responsabilidade civil de direito público) é apenas aparente. As pessoas colectivas de direito público, salvo indicação legal expressa em contrário, estão subordinadas ao direito administrativo e, desde logo, aos princípios constitucionais que regem a actividade administrativa (artigos 22º, 266º, 268º, 269º e 271º da CRP). Inversamente, as pessoas colectivas de direito privado, criadas pelo Estado ou por outras entidades públicas para realizarem tarefas de interesse público, bem como os particulares que sejam chamados a colaborar com entidades públicas para o exercício dessas tarefas (v. g., os concessionários), regem-se, em regra, pelo direito privado, e apenas estão vinculadas ao direito administrativo, por determinação expressa da lei, na medida em que, para a execução de tarefas públicas de que sejam incumbidas, lhe sejam outorgadas prerrogativas de autoridade ou imposta a observância de deveres especiais (³). O direito administrativo é, assim, o direito excepcional das entidades privadas que integram a Administração Pública, e só no estrito âmbito em que actuem de acordo com essa disciplina é que poderão encontrar-se abrangidas pelo regime de responsabilidade administrativa da presente lei (⁴).

2. Dois outros aspectos gerais do regime jurídico de responsabilidade civil do Estado merecem especial destaque: a *culpa do lesado*, a que se refere o artigo 4º, e a obrigatoriedade do exercício do *direito de regresso* por parte da Administração, a que alude o artigo 6º.

O primeiro dos mencionados preceitos introduz um princípio de *conculpabilidade* ou de *co-responsabilidade* resultante de facto imputável ao próprio lesado, quando este tenha contribuído para a produção ou o agravamento dos danos, conferindo ao tribunal a faculdade de conceder, reduzir ou excluir a indemnização com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado.

Enquanto enuncia um princípio geral, a norma tem plena correspondência com a do artigo 570º do Código Civil, que igualmente consagra uma regra de concorrência de culpa entre o lesado e o autor do dano. A originalidade daquele artigo 4º é, contudo, a de incluir entre os comportamentos culposos, que poderão determinar a redução ou

³) Sobre todos estes aspectos, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2005, págs. 289-301.

⁴) Questão muito diversa da que foi agora analisada é a de saber se uma acção de responsabilidade civil pode ser intentada conjuntamente contra uma entidade pública e uma entidade privada, quando se encontrem co-envolvidas no âmbito de uma mesma relação jurídico-administrativa. Esta é uma questão processual e não de direito substantivo. Isto é, no artigo 1º, n.º 5, coloca-se a possibilidade de entidades privadas – entre as quais um concessionário – serem civilmente responsabilizadas segundo um regime de direito público, o que pressupõe naturalmente que tais entidades possam ser demandadas individualmente em processo indemnizatório a intentar perante os tribunais administrativos; pelo contrário, a formulação de um pedido, no âmbito de um mesmo processo, contra uma pessoa colectiva pública e um sujeito privado configura uma situação de litisconsórcio voluntário passivo, pelo que, nesse caso, tudo está apenas em saber se a relação jurídico-administrativa respeita a ambos de demandados em termos de a respectiva responsabilidade civil poder ser apreciada e dirimida no âmbito do mesmo processo (para mais desenvolvimentos, CARLOS FERNANDES CADILHA, *Dicionário de Contencioso Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2006, entrada «Intervenção de terceiros», págs. 298 e segs.).

exclusão da indemnização, a própria negligência processual do lesado por não ter utilizado «a via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo»⁽⁵⁾.

Concebida nestes amplos termos, a *culpa do lesado* afigura-se susceptível de contrariar o princípio da tutela jurisdicional efectiva (entendido não apenas como uma garantia de existência de um meio processual adequado à tutela do direito, mas como a possibilidade de escolher, de entre os meios processuais legalmente admissíveis, aquele que o interessado considere ser o mais ajustado à pretensão judiciária tal como a configura)⁽⁶⁾; para além de que põe em causa o princípio da parificação dos meios processuais administrativos, consagrado no artigo 268º, n.º 4, da Constituição, no ponto em que limita a autonomia da acção de indemnização e esvazia o alcance prático da norma do artigo 38º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (que prevê a apreciação incidental da ilegalidade de um acto administrativo que não possa já ser impugnado).

Todas estas considerações levam a concluir que o juiz, na apreciação em concreto da culpa do lesado, deverá efectuar uma interpretação conforme à Constituição, que obvie a que o uso da faculdade prevista no artigo 4º, com base na existência de uma conduta processual negligente, possa pôr em causa, na prática, o direito de acesso à justiça.

Além do mais, a culpa do lesado deve ser avaliada segundo o princípio da causalidade adequada, implicando que a conduta processual do lesado possa ser caracterizada como uma *condição* da produção do dano ou do seu agravamento e que essa que seja *normalmente adequada* a produzir qualquer desses efeitos. E, por outro lado, há-de ser imputável ao lesado a título de culpa, o que pressupõe a exigibilidade de uma outra conduta, isto é, que o lesado, enquanto destinatário de um acto administrativo lesivo, devesse reagir, desde logo, através de um meio processual próprio, que pudesse evitar que os danos viessem a ocorrer ou a subsistir na sua esfera jurídica.

Neste plano, interessa ter em linha de conta que o alargamento dos meios processuais e a inclusão de medidas cautelares de tutela antecipatória, e não apenas conservatória, por efeito da entrada em vigor do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, veio introduzir novos factores de variabilidade na apreciação da diligência processual do lesado, que o juiz não pode deixar de tomar em consideração quando deva dar aplicação ao disposto naquele preceito⁽⁷⁾.

3. O artigo 6º prevê a obrigatoriedade do exercício do *direito de regresso*, por parte das pessoas colectivas públicas, em relação aos titulares de órgãos, funcionários e agentes, nos casos em que ele se encontra especialmente previsto no diploma (n.º 1), e, para esse efeito, impõe à secretaria do tribunal que tiver proferido a condenação em responsabilidade civil o dever de remeter certidão da sentença à entidade administrativa competente para adoptar as providências necessárias à efectivação desse direito

⁵⁾ Neste ponto, o preceito reproduz o princípio anteriormente consignado no artigo 7º do Decreto-Lei n.º 48051, embora explicitando – na linha do entendimento jurisprudencial entretanto firmado – que a conduta processual omissiva ou negligente do lesado, quando deixe de impugnar ou deixe de impugnar eficazmente um acto administrativo lesivo releva apenas no plano da culpa, gerando a mera redução ou exclusão da indemnização devida.

⁶⁾ Neste sentido, CARLOS FERNANDES CADILHA, *Os poderes do juiz e o princípio da tipicidade das formas processuais*, in Revista do CEJ, 2º semestre de 2007, n.º 7, pág. 22.

⁷⁾ E em qualquer caso nunca será aceitável imputar ao lesado uma conduta processual negligente quando este tenha interposto intencionalmente uma acção de indemnização, preferindo-a a um outro meio processual admissível, se essa acção era, no caso, ainda, uma via processual adequada (sobre este aspecto, CARLOS FERNANDES CADILHA, *Os poderes do juiz e o princípio da tipicidade das formas processuais*, citado, pág. 22).

(entendendo-se como tal o titular de poderes de direcção, de supervisão, de superintendência ou de tutela).

As situações em que há lugar ao exercício do direito de regresso e que se encontram cobertas pelo regime de obrigatoriedade aqui previsto, encontram-se elencadas nos artigos 8º, 11º, n.º 2, e 14º deste diploma, e no se refere à responsabilidade pelo exercício da função administrativa fundada em facto ilícito, que aqui interessa especialmente considerar, abrange acções ou omissões cometidas por titulares de órgãos, funcionários e agentes com *dolo* ou com *diligência e zelo manifestamente inferiores* àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo (artigo 8º, n.º 1).

Deve começar por dizer-se que o direito de regresso é uma mera decorrência do disposto nos artigos 22º e 271º da Constituição, que consagram, de um lado, a *responsabilidade solidária* da Administração, e, de outro, a *responsabilidade pessoal* dos titulares de órgãos, funcionários e agentes ⁽⁸⁾. E é o próprio n.º 5 do artigo 271º que remete para a lei ordinária a regulamentação dos termos em que esse direito pode ser exercido por parte da pessoa colectiva pública.

Concretizando o regime de exercício do direito de regresso, o n.º 3 do artigo 8º confere aos titulares de poderes de direcção, de supervisão, de superintendência ou de tutela a competência para a adopção das providências necessárias à efectivação desse direito, e o n.º 4 permite que o processo prossiga, entre a pessoa colectiva pública e o titular de órgão, funcionário e agente, após a prolação da decisão de condenação em indemnização, para efeito de apurar a existência de dolo ou culpa grave (que constitui o pressuposto do direito de regresso) e eventualmente condenar no reembolso do montante indemnizatório.

Este prolixo sistema legal pressupõe a prévia compreensão de diversos factores: (a) em primeiro lugar, o prosseguimento do processo apenas tem lugar quando a sentença condenatória não tiver já apurado o grau de culpa do titular de órgão, funcionário ou agente, e, designadamente, quando a acção não tenha sido interposta conjuntamente contra a pessoa colectiva pública e o seu servidor ou a questão relativa ao direito de regresso não tenha já sido suscitada, no processo, por via do incidente de intervenção provocada; (b) por outro lado, o prosseguimento do processo, em aplicação do disposto no artigo 8º, n.º 4, não poderá ser determinado automática e oficiosamente pelo juiz, dependendo antes de requerimento da entidade pública que figurar como primitivo réu, que deverá identificar a pessoa ou pessoas contra quem o processo deverá continuar e definir o objecto do pedido, por forma a que os chamados possam exercer o direito de contraditório; (c) a possibilidade de utilização desse mecanismo legal, destinando-se a permitir, por razões de economia processual, discutir a matéria relativa ao direito de regresso na própria acção indemnizatória, não impede que a Administração, quando a acção tenha sido originariamente interposta apenas contra ela, possa usar os poderes que lhe confere a lei processual civil, requerendo o chamamento do funcionário através do incidente de intervenção provocada; (d) além de que o não uso dessa faculdade não obsta a que a entidade pública proponha uma acção de regresso autónoma, a que especialmente alude o artigo 37º, n.º 2, alínea f), do CPTA.

4. No que se refere aos *pressupostos da responsabilidade civil*, a nova Lei adoptou alguns dos critérios jurisprudenciais que haviam sido construídos no domínio

⁸⁾ Sublinhe-se, em todo o caso, que em relação a titulares de órgãos, funcionários e agentes, o direito de regresso apenas opera em sede de responsabilidade por facto ilícito, assim se compreendendo que no âmbito da responsabilidade pelo risco, o direito de regresso apenas possa ser exercido em relação a *terceiros* que tenham concorrido para a produção ou agravamento dos danos (artigo 11º, n.º 2).

do regime anterior, clarificou, em termos consonantes com a Constituição, o critério de repartição de responsabilidade entre a Administração e os titulares de órgãos, funcionários e agentes, e introduziu algumas soluções jurídicas inovatórias, sendo todos estes aspectos que interessará analisar de seguida.

O artigo 22º da Lei Fundamental, ao consagrar um princípio de responsabilidade patrimonial, *em forma solidária*, da Administração, parece ter inconstitucionalizado o regime de responsabilidade pessoal exclusiva dos titulares de órgãos, funcionários e agentes decorrente do artigo 3º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48051, impondo a necessidade de uma reformulação legislativa do regime de repartição de responsabilidade entre a Administração e os seus servidores (9).

E é esse conceito que surge consagrado nos artigos 7º e 8º do novo regime de responsabilidade civil do Estado: o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve (artigo 7º, n.º 1); os titulares de órgãos, funcionários e agentes respondem pessoalmente quando tenham actuado com dolo ou culpa grave, funcionando, neste caso, a responsabilidade solidária da pessoa colectiva pública, embora com a possibilidade de esta exercer o direito de regresso (cfr. artigos 7º, n.º 1, e 8º).]

Há assim duas importantes novidades: deixa de existir uma responsabilidade exclusiva do servidor público, que o antigo artigo 3º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48051 tornava aplicável relativamente aos actos que excedessem os limites das funções (10); a Administração é sempre responsável no plano das relações externas, ou por responsabilidade própria e exclusiva ou em forma de responsabilidade solidária, tornando-se no entanto obrigatório, neste caso, o exercício do direito de regresso.

Por outro lado, pela primeira vez no direito positivo, a nova lei contempla a responsabilidade administrativa por *funcionamento anormal do serviço*, que o artigo 7º, n.º 4, define como correspondendo a todas aquelas situações em que, «atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos».

O legislador faz aqui apelo a elementos subjectivos que integram o conceito de culpa, pelo que a articulação desta norma com o antecedente n.º 3, permite considerar consagrada a chamada a *culpa do serviço*, abarcando as modalidades de *culpa colectiva*, atribuível a um deficiente funcionamento do serviço globalmente considerado, e a *culpa anónima*, resultante de um concreto comportamento de um agente cuja autoria não seja possível determinar.

Note-se que o *funcionamento anormal do serviço* só gera obrigação de indemnizar se existir um comportamento antijurídico susceptível de lesar direitos ou interesses legalmente protegidos. Daí a referência que lhe é feita no artigo 9º, n.º 2, a

9) A inconstitucionalidade das normas dos artigos 2º e 3º do Decreto-Lei n.º 48051, face ao princípio da responsabilidade solidária decorrente do artigo 22º da Constituição, foi já defendida na doutrina (RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra, 1992, pág. 122) e declarada, no que concerne especificamente à norma do artigo 3º, n.º 2, pela acórdão do STJ de 6 de Maio de 1986 (*in* BMJ n.º 357, pág. 392). Sobre esta temática, ver, também, MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *A Responsabilidade Civil do Estado e demais Pessoas Colectivas Públicas*, págs. 69-70.

10) Por actos que “tiverem excedido os limites das suas funções” deveriam entender-se os actos praticados no exercício de funções ou por causa desse exercício, mas que envolvam abuso de autoridade ou excesso de poder, bem como os casos extremos de incompetência ou de desvio de procedimento, e, em geral, os actos dirigidos à satisfação de interesses pessoais (neste sentido, CARLOS FERNANDES CADILHA, *Responsabilidade da Administração Pública*, *in* Revista do Ministério Público n.º 86, pág. 9 (nota 6); acórdão do STA de 22 de Novembro de 1994, Processo n.º 33332, *in* AP-DR de 18 de Abril de 1997, pág. 8256).

propósito do conceito de ilicitude («[t]ambém existe ilicitude quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal do serviço, segundo o disposto no n.º 3 do artigo 7.º»).

O sentido útil do n.º 3 do artigo 7º é, pois, o de esclarecer que a pessoa colectiva pública responde pelos danos produzidos quando, havendo uma actuação danosa ilícita, ela não possa ser imputável aos titulares de órgãos funcionários e agentes, ou porque não foi possível individualizar o responsável, ou porque a responsabilidade se dilui na actividade operativa do serviço considerado no seu conjunto. E naturalmente, havendo, nesse caso, uma responsabilidade exclusiva da Administração, não há lugar a direito de regresso.

5. Referindo-se à *ilicitude*, o artigo 9º adopta uma formulação que permite abranger quer a ilicitude objectiva («acções ou omissões (...) que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado») quer a ilicitude subjectiva («de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos»).

A alusão à violação objectiva de normas e princípios jurídicos, por um lado, e de regras de ordem técnica e de deveres de cuidado, por outro, evidenciam que a lesão antijurídica pode derivar da *ilegalidade administrativa* – que poderá consistir na violação de normas ou princípios jurídicos – ou de uma qualquer *actuação material* desconforme ao direito – em que se inclui a inobservância de normas técnicas ou de um dever geral de cuidado⁽¹¹⁾.

Por outro lado, a referência aos *direitos e interesses legalmente protegidos*, que consta do artigo 9º, n.º 1, *in fine*, com o que se terá pretendido abranger não apenas os direitos subjectivos, mas também os interesses individuais reflexamente protegidos pela norma, parece significar que a ilicitude não se configura apenas através da violação de normas substantivas, mas pode resultar também da violação de normas procedimentais (que regulam a competência do órgão, a forma do acto administrativo ou aspectos processuais da formação da vontade administrativa). Não está excluído, neste contexto, que uma ilegalidade meramente formal (inserindo-se no conceito de ilicitude por ter implicado a violação de norma destinada a proteger o interesse do particular) possa gerar o dever de indemnizar desde que o vício detectado constitua causa adequada do dano que tenha sido invocado, o que torna o reconhecimento do direito dependente de uma análise casuística que, em face das circunstâncias concretas, permita imputar o dano indemnizável ao tipo de ilegalidade cometida. Desde logo, há lugar a um direito indemnizatório quando o vício meramente formal *possa ter influído no sentido da decisão* de modo a permitir concluir que, se não fosse cometido, a solução jurídica do caso pudesse ser favorável ao interessado.

A ilicitude pode consistir, além disso, na violação de normas comunitárias, como será o caso da emissão de actos ou regulamentos administrativos que contrariem directivas comunitárias de efeito directo, sendo essa a consequência que dimana de o incumprimento do direito comunitário poder ser imputável a qualquer dos poderes

¹¹⁾ Assim se compreende, também, a desnecessidade de introduzir a distinção entre actos jurídicos e actos materiais, contrariamente ao que sucedia na correspondente norma do Decreto-Lei n.º 48051. A indemnizabilidade de danos resultantes de actos jurídicos ou de actos materiais está implícita na dicotomia estabelecida entre a *violação de disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares* (que constitui motivo de ilegalidade quando esteja em causa um acto jurídico) e a *infracção dessas normas e princípios e ainda das regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado* (que tem específica aplicação em relação a actividades materiais ou técnicas) Esta explicitação, por referência ao antigo artigo 6º do Decreto-lei n.º 48051, em MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, II vol., 9ª edição, pág. 1225.

públicos estaduais, e, portanto, também, no âmbito do exercício da actividade administrativa ⁽¹²⁾.

Fora do conceito de ilicitude ficam as ilegalidades sanáveis e, designadamente, a preterição ou inobservância de trâmites procedimentais que se degradam em formalidades não essenciais, e bem assim, todas as ilegalidades não invalidantes, como é o caso dos vícios que não implicam a anulação contenciosa por efeito da aplicação, pelo tribunal, do princípio do aproveitamento do acto administrativo ⁽¹³⁾.

6. A previsão, no artigo 10º, de um critério próprio de aferição de culpa, no domínio da responsabilidade da Administração (n.º 1), bem como a referência específica a situações de presunção de culpa (n.ºs 2 e 3), permite uma maior clarificação legislativa, possibilitando também a identificação de certas especificidades relativamente ao regime geral da lei civil.

Ao determinar que a *culpa* dos titulares de órgãos, funcionários e agentes «deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor», o n.º 1 do artigo 10º parte de uma concepção de culpa em abstracto (à semelhança do que sucede na lei civil com a correspondente disposição do artigo 487º, n.º 2), sem perder de vista as circunstâncias particulares do caso concreto, mas tomando como referente, não já o *bonus pater familias*, mas o titular *médio* de órgão ou o funcionário *médio*. Tem-se em conta, por conseguinte, que o facto susceptível de gerar o dever de indemnizar foi praticado no exercício de funções ou por causa desse exercício (tratando-se, por isso, de uma responsabilidade funcional), pelo que interessa avaliar a conduta do agente (em termos de verificar se merece a censura ou a reprovação do direito), não por referência ao homem comum, mas atendendo à especial qualidade da pessoa que praticou o acto.

Um aspecto inovador do novo regime legal consiste no estabelecimento de uma *presunção de culpa leve* para a prática de actos jurídicos ilícitos (artigo 10º, n.º 2) e para o incumprimento de deveres de vigilância (artigo 10º, n.º 3).

Relativamente aos actos jurídicos da Administração, a jurisprudência declarava, ainda que sem grande desenvolvimento doutrinário, que a «violação de normas legais ou regulamentares desde logo arrasta uma presunção judicial de negligência» ⁽¹⁴⁾. Os tribunais não afirmavam, portanto, uma *presunção de culpa*, mas limitavam-se a admitir a demonstração da culpa através da utilização, como meio de prova, da *presunção judicial*: por simples conjectura, o julgador deduzia de um facto conhecido (o erro na aplicação ou interpretação de uma norma) um facto incerto (a culpa na emissão do acto administrativo ilegal).

No entanto, a culpa comporta um juízo de censura e representa, por isso, algo mais do que a mera constatação da ilegalidade. Ademais, sendo a culpa aferida pela diligência de um funcionário médio, dificilmente se compreenderia que esse funcionário incorresse em conduta culposa sempre que se tivesse limitado a adoptar, na apreciação do caso concreto, uma das soluções plausíveis de direito. Daí que, em relação à prática de actos jurídicos, fosse necessário indagar a existência a culpa em função do circunstancialismo concreto em que o acto tivesse sido praticado.

¹²⁾ Cfr. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Responsabilidade do Estado por incumprimento do direito da União Europeia: um princípio com futuro*, CJA n.º 60, págs. 64 e 68.

¹³⁾ Neste sentido, CARLOS FERNANDES CADILHA, *O Regime Geral da Responsabilidade Civil da Administração*, CJA n.º 40, pág. 27, nota 32.

¹⁴⁾ Cfr. acórdão do STA de 2 de Novembro de 1993 (Processo n.º 31842), in AP-DR de 15 de Outubro de 1996, pág. 5911.

O estabelecimento de uma presunção legal de culpa leve no domínio da responsabilidade da Administração por danos resultantes da prática de actos jurídicos vem clarificar um pouco as coisas e traz importantes consequências. A presunção legal de culpa envolve, antes de mais, a inversão do ónus da prova, fazendo recair sobre a Administração o encargo de demonstrar que agiu sem culpa (artigo 344º do Código Civil). Nestes termos, a presunção legal aqui estabelecida não equivale a uma objectivação da culpa, mas tão somente determina um agravamento da posição processual da Administração, que terá de comprovar que se empenhou na procura da solução legal. E não será sequer difícil conceber algumas circunstâncias desculpabilizantes da ilegalidade: sistema legislativo imperfeito; proliferação de legislação extravagante; prolixidade das disposições legais aplicáveis; divergência na jurisprudência sobre a mesma questão jurídica; inflexão do entendimento jurisprudencial após a prolação do acto administrativo impugnado ⁽¹⁵⁾. Em contrapartida, não está excluído, como se depreende do segmento inicial do n.º 2 do artigo 10º, que possa vir a demonstrar-se que o autor de um acto administrativo actuou com dolo ou a culpa grave na escolha da solução jurídica. Voltam a funcionar, para esse efeito, os critérios gerais do ónus da prova, pelo que o juiz, para concluir pela existência de qualquer dessas formas de culpa, não poderá bastar-se com um *non liquet* probatório, e terá de lançar mão de ilações que se baseiem nas regras da experiência e de normalidade. Um especial juízo de censura poderá ser formulado pelo tribunal nos casos em que a Administração incorre em erro de interpretação de normas de sentido preciso e inequívoco ou quando opta - como por vezes sucede - por contrariar o entendimento pacífico e reiterado dos tribunais sobre uma dada questão jurídica ⁽¹⁶⁾.

Por outro lado, o artigo 10º, n.º 3, ao prever uma presunção de culpa leve sempre que tenha havido *incumprimento de deveres de vigilância* pretende consagrar a orientação jurisprudencial já firmada no domínio do Decreto-Lei n.º 48051 quanto à culpa *in vigilando*, remetendo para um regime similar ao dos artigos 491º e 493º, n.º 1, do Código Civil ⁽¹⁷⁾. Ficam excluídas, deste modo, a presunção de culpa em relação a danos resultantes do exercício de actividades perigosas, a que se reporta o n.º 2 do artigo 493º do Código Civil, e relativamente aos quais se encontra prevista uma forma de responsabilidade objectiva, nos termos descritos no artigo 11º desta lei, bem como todas as demais situações de presunção de culpa consignadas no Código Civil, e especialmente no artigo 492º ⁽¹⁸⁾.

¹⁵⁾ Neste sentido, CARLOS FERNANDES CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e das demais Entidades Públicas*, Coimbra Editora, 2008, pág. 167.

¹⁶⁾ Sobre este aspecto, MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Coimbra Editora, 2000, págs. 104-105.

¹⁷⁾ Em concreto, a jurisprudência começou por admitir a presunção de culpa relativamente a diversas situações em que existisse um encargo de vigilância por parte de entidades públicas, reportando-se a danos causados pela existência de obstáculos na via pública, deficiente conservação das vias, queda de árvores, ruína de edifício ou ruptura de condutas. Veja-se, entre as mais recentes decisões, os acórdãos do STA de 10 de Maio de 2006 (Processo n.º 121/06), de 4 de Abril de 2006 (Processo n.º 1116/05), de 9 de Março de 2006 (Processo n.º 837/03), de 16 de Fevereiro de 2006 (Processo n.º 1039/05), de 3 de Novembro de 2005 (Processo n.º 792/05), de 19 de Outubro de 2005 (Processo n.º 394/05), de 29 de Junho de 2005 (Processo n.º 566/04), de 19 de Maio de 2005 (Processo n.º 590/04), de 26 de Abril de 2005 (Processo n.º 245/05) e de 7 de Abril de 2005 (Processo n.º 856/04).

¹⁸⁾ Nesse sentido, a ressalva constante do segmento inicial do n.º 3 do artigo 10º («Para além dos demais casos previstos na lei»), deve entender-se como referindo-se unicamente aos casos especialmente previstos em legislação extravagante que tenham aplicação na responsabilidade civil extracontratual da Administração, e não a outros que constem da lei geral civil.

Uma questão que cumpre ainda esclarecer é a relativa à remissão feita no n.º 4 do artigo 10º, em caso de pluralidade de responsáveis, para o regime do artigo 497º do Código Civil. Este preceito da lei civil estabelece o regime de responsabilidade solidária «quando forem várias as pessoas responsáveis pelos danos» (n.º 1), acrescentando que «o direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis» (n.º 2).

O que aqui está, todavia, em questão, são apenas as hipóteses em que o dano possa ser atribuído a várias causas e estas sejam imputadas a diferentes pessoas responsáveis, não abrangendo já as situações em que a lei define para uma única causa do dano uma forma de responsabilidade solidária entre os diversos responsáveis ou aquelas em que para a produção do dano possa também ter contribuído a culpa do próprio lesado. A situação paradigmática é aquela em que possa configurar-se uma concorrência de culpas entre o ente público enquanto dono da obra e um concessionário ou empreiteiro particular, em relação a danos resultantes da execução de obras públicas.

Fora do âmbito de aplicação do artigo 497º do Código Civil fica a responsabilidade solidária entre uma pessoa colectiva pública e um seu titular de órgão, funcionário ou agente, quando estes pratiquem acções ou omissões ilícitas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados (caso em que o regime de responsabilidade é o previsto no artigo 8º, n.ºs 2, 3 e 4, com referência ao artigo 6º). Aqui a pessoa colectiva pública funciona como garante do pagamento, e não como co-responsável pelo facto causador do dano, pelo que o direito de regresso que pode exercer se destina a obter o reembolso da integralidade da indemnização em que tenha sido condenada como devedora solidária.

7. O artigo 11º consagra ainda uma forma de *responsabilidade pelo risco* do Estado e das demais pessoas colectivas públicas por danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, em correspondência com o que já estabelecia o artigo 8º do Decreto-Lei n.º 48051, mas com importantes inovações: em primeiro lugar, deixou de se estabelecer qualquer limitação indemnizatória por referência à exigência de prejuízos especiais e anormais (n.º 1); por outro lado, mantendo-se a possibilidade de redução ou exclusão da indemnização com base em concorrência de culpa de terceiro, passa a prever-se, nesse caso, a responsabilidade em forma solidária do ente público, ainda que com direito de regresso (n.º 2)¹⁹.

Não se condicionando agora o dever reparatório à verificação de um dano especial e anormal, funciona um *princípio de ressarcimento de todos os danos*, desde que se verifiquem os demais pressupostos da responsabilidade, tudo se passando, nesse plano, como se tratasse de uma indemnização por facto ilícito. Nestes termos, são indemnizáveis os prejuízos que resultem do funcionamento de serviços (coisas ou actividades) especialmente perigosos, de acordo com os critérios definidos no artigo 3º para a obrigação de indemnizar e mesmo que haja uma grande número de lesados e se trate de prejuízos de pequena gravidade, não havendo qualquer obstáculo à ressarcibilidade inclusive de danos não patrimoniais, desde que estes, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito (artigo 496º, n.º 1, do Código Civil). Tal não significa que o dano não deva ser individualizado. Deverá tratar-se de um dano que

¹⁹) Note-se que a responsabilidade solidária não é aqui imposta por aplicação do princípio estabelecido no artigo 22º da Constituição, visto que não estamos no âmbito de uma relação de serviço, podendo mostrar-se justificada, no plano da política legislativa, por considerações ligadas à solvabilidade do direito indemnizatório quando os danos devam ser imputados, em grande parte ou na sua integralidade, à culpa de terceiro.

incida sobre a esfera jurídica de um indivíduo ou de uma pessoa colectiva e, como tal possa ser invocado como uma desvantagem patrimonial ou um efeito negativo de carácter pessoal.

Não está, por outro lado, em causa, na responsabilidade pelo risco, o eventual *funcionamento anormal do serviço* segundo a perspectiva que decorre do artigo 7º, n.º 4. O *funcionamento anormal do serviço* pressupõe a ilicitude da actividade administrativa e a imputação de uma conduta objectivamente culposa, ainda que não seja possível provar que um determinado funcionário ou agente tenha actuado com dolo ou negligência, pelo que o fundamento do direito ressarcitório é, nessa hipótese, a responsabilidade aquiliana. Ao contrário, a responsabilidade pelo risco é aquela que decorre de um funcionamento normal do serviço, quando este, pela sua própria natureza, é susceptível de expor terceiros a uma situação típica de perigo e assim originar danos indemnizáveis ⁽²⁰⁾.

Note-se, em todo o caso, que o tribunal não está impedido de convolar em responsabilidade pelo risco um pedido indemnizatório fundado originariamente em facto ilícito, julgando eventualmente procedente a acção com um fundamento jurídico diverso daquele que foi invocado na petição inicial. De facto, a convolação da responsabilidade delitual em responsabilidade pelo risco implica apenas uma nova subsunção jurídica dos factos tal como foram alegados pelo autor na petição, a que o juiz poderá proceder ao abrigo do disposto no artigo 664º do CPC. Assim, nada obsta a que o tribunal, perante a inconcludência probatória relativamente a algum dos requisitos essenciais da obrigação de indemnizar fundada em responsabilidade delitual (v.g., por se não provar a existência de facto ilícito ou a conduta culposa), possa averiguar se se verificam, com base nos factos apurados, os pressupostos da responsabilidade pelo risco e, em caso afirmativo, condenar no pedido ⁽²¹⁾.

8. A indemnização pelo sacrifício pode também constituir uma das formas de responsabilidade civil da função administrativa, correspondendo, em certa medida, à responsabilidade por actos lícitos que anteriormente se encontrava regulada no artigo 9º do Decreto-Lei n.º 48051. A circunstância de ter sido objecto de tratamento legislativo autónomo no artigo 16º da nova lei deve-se ao facto de se ter pretendido estabelecer, como requisito da indemnização, a existência de quaisquer *razões de interesse público*, independentemente de a acção causadora do dano se inserir na função administrativa ou em qualquer das restantes funções do Estado ⁽²²⁾.

Ao referir-se à *imposição de encargos* e à *produção de danos*, o legislador pretende abranger as situações que resultam da intencional imposição de encargos (acções de protecção sanitária, medidas de direcção económica, trabalhos públicos de requalificação urbana, intervenções de cariz ambiental, certas medidas de polícia), e

²⁰⁾ Esta distinção em JESUS LEGUINA VILLA, *La protección jurídica del administrado. Las acciones en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: evolución y principios actuales*, in «Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado», Trabalhos Preparatórios da Reforma, Coimbra Editora, 2002, pág. 101.

²¹⁾ Neste mesmo sentido, CARLOS FERNANDES CADILHA, *Convolação da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito em responsabilidade pelo risco*, CJA n.º 57, pág. 14, em anotação ao acórdão do STA de 3 de Maio de 2005 (Processo 745/04). Sobre estes aspectos, também, do mesmo autor, *Dicionário de Contencioso Administrativo*, citado, entrada «Convolação da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito em responsabilidade pelo risco», págs. 204-208.

²²⁾ Em consonância com esse mesmo princípio, o CPTA autonomizou a *indemnização pelo sacrifício* como um dos tipos de pretensões que podem ser deduzidas através da acção administrativa comum (artigo 37º, n.º 2, alínea g)), distinguindo-a da acção de responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito ou pelo risco, a que alude a alínea f) do mesmo preceito.

também os danos ocasionalmente ocorridos no exercício de uma actividade lícita ou que resultem de acções praticadas em estado de necessidade administrativa.

De notar que só são indemnizáveis os encargos ou danos *especiais* e *anormais*, o que significa que esta categoria de responsabilidade civil, procurando assegurar o pagamento de uma compensação a quem tenha sido afectado na sua esfera jurídica por razões de interesse comum, visa sobretudo dar concretização prática a um princípio de igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, desvalorizando a ocorrência de danos generalizados ou de pequena gravidade que devam ser entendidos como um encargo normal exigível como contrapartida dos benefícios que derivam do funcionamento dos serviços públicos ⁽²³⁾.

Contudo, a *especialidade* e *anormalidade* são requisitos do prejuízo indemnizável, enquanto pressuposto da responsabilidade civil, e não propriamente um critério do cálculo da indemnização. Ou seja, apurado que determinados prejuízos são indemnizáveis, por preencherem as características de especialidade e anormalidade, há lugar à indemnização pelo sacrifício desde que se verifiquem os demais requisitos materiais do dever ressarcitório. Nestes termos, a exigência de um prejuízo ou encargo especial e anormal não obstará só por si a que se fixasse uma indemnização correspondente à integralidade dos prejuízos ou encargos dessa natureza que tivessem sido produzidos ou impostos. Todavia, o artigo 16º manda atender, para o cálculo da indemnização, designadamente, ao «grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado». Essa indicação legislativa pressupõe que se efectue uma apreciação equitativa do valor do encargo ou dano, e que, desse modo, poderá não corresponder ao montante económico que esteja efectivamente em causa. Evidencia, por outro lado, o carácter *compensatório*, e não meramente *reparatório* da indemnização, o que se compadece com a consideração de que os direitos ou interesses que possam ser sacrificados, em muitos casos, pela sua própria natureza, serão apenas susceptíveis de uma avaliação pecuniária indirecta.

Em qualquer caso, cabe ao tribunal o controlo da legitimidade do interesse público invocado, havendo que distinguir entre os actos ablativos ou praticados em estado de necessidade administrativa, que se encontram legitimados pela realização do interesse público – e que, por isso justificam a indemnização *limitada* nos termos deste artigo 16º - daqueles outros actos que, de algum modo, importam um desvio aos critérios de legalidade e que caem sob a alçada da responsabilidade por facto ilícito, como é o caso do acto expropriativo que excede o necessário para os fins de utilidade pública em causa, ou da medida policial que viola os princípios da necessidade e da proporcionalidade.

9. Em conclusão, pode dizer-se que o novo texto legal operou a necessária adaptação, no plano do direito ordinário, ao princípio da responsabilidade solidária da Administração, que decorre do artigo 22º da Constituição, ao eliminar a possibilidade da existência de uma responsabilidade pessoal exclusiva dos titulares de órgãos, funcionários e agentes (que estava prevista no antigo artigo 3º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967), e fazendo intervir a pessoa colectiva pública como responsável solidário, em caso de dolo ou culpa grave. Adoptou ainda alguns dos

²³⁾ No regime anterior, idêntica exigência resultava do artigo 9º do Decreto-Lei n.º 48051 para a responsabilidade por factos lícitos, que era também tornada extensiva à responsabilidade pelo risco (artigo 8º desse diploma). Quanto à noção de danos ou encargos especiais e anormais, ver artigo 2º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado.

critérios jurisprudenciais que haviam sido formulados no domínio do regime anterior, mormente no tocante à consagração da culpa do serviço e da presunção de culpa por incumprimento de deveres de vigilância. Introduziu soluções legislativas inovatórias como seja o estabelecimento da presunção de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos e a obrigatoriedade do exercício do direito de regresso quando a Administração responda solidariamente por danos resultantes de acções ou omissões praticadas por titulares de órgãos, funcionários e agentes com dolo ou culpa grave.

No entanto, o legislador manteve o princípio da conculpabilidade por facto imputável ao próprio lesado, com base em comportamento processual negligente, limitando-se a reproduzir, ainda que com aperfeiçoamentos, a solução que provinha do regime anterior, o que se afigura poder implicar a violação do princípio da tutela jurisdicional efectiva no ponto em que ponha em causa a autonomia processual da acção de indemnização.