

CAPÍTULO II

Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa

Secção I

Responsabilidade por facto ilícito

Artigo 7.º

Responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas coletivas de direito público

1 – O Estado e as demais pessoas coletivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício.

2 – (...)

3 – (...)

4 – (...)

SUMÁRIO

1. Enquadramento
2. A responsabilidade subjetiva
3. Responsabilidade exclusiva do ente público – ação/omissão
4. Ato funcional
5. O regime dos atos pessoais

1. Enquadramento

I – O artigo 7.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual dos Entes Públicos inicia a disciplina jurídica da responsabilidade civil pelo exercício da função administrativa. Inclui a responsabilidade por facto ilícito e a responsabilidade pelo risco.

São definidos os requisitos que integram a obrigação de indemnizar por responsabilidade civil delitual, no que respeita aos atos praticados no exercício da função administrativa. Estão por isso excluídos da aplicação desta disciplina jurídica os atos que não têm aquela conexão.

II – A presente prescrição normativa assemelha-se à que resultava do anterior diploma – artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 48051, de 21/11/1967. Trata-se da designada responsabilidade por *falta de serviço*: responsabilidade imputável ao exercício da

função administrativa e por causa desse exercício. Neste sentido, a atual redação do n.º 1 do artigo 7.º não se consubstancia numa inovação do regime jurídico, mas representa antes a consolidação da evolução do instituto da responsabilidade civil – por referência ao estatuto de quem é indemnizado.

Assim, a presente lei mantém a distinção entre responsabilidade exclusiva da Administração, por danos resultantes de atuações imputáveis ao agente por culpa leve (artigo 7.º) e responsabilidade pessoal do agente, quando as atuações são imputáveis a título de dolo (artigo 8.º), sendo que, nesta hipótese, há que funcionar o regime da solidariedade perante o ente público. Todavia alarga o âmbito da responsabilidade à negligência grosseira.

2. A responsabilidade subjetiva

I – A solução contida no n.º 1 do artigo 7.º, estabelecendo a responsabilidade exclusiva das entidades públicas em caso de comportamento ilícito cometido apenas com culpa leve dos titulares dos órgãos funda-se, na evolução do instituto da responsabilidade civil extracontratual, na ideia de proteção do particular face à atuação dos poderes públicos, mediante o acesso à solvabilidade do património público [neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, *Panorama geral do Direito da responsabilidade “civil” da Administração Pública em Portugal, em La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos, III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 de octubre de 1997, 1999, pp. 39-58 (p. 44)*]. A solução legal cumprirá outrossim uma segunda e mais interna função que é a de libertar os titulares dos órgãos do receio da responsabilização e concomitante assunção de obrigação indemnizatória, contribuindo assim para que o fluir da atividade administrativa não seja tolhido (neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, *Panorama geral, cit., p. 44*). São por isso também razões de eficiência do agir administrativo que justificam esta garantia para os administrados.

II – Alguma doutrina critica a prescrição contida no n.º 1 do artigo 7.º por não consagrar também aqui e na linha do que parece impor o artigo 22.º da Constituição, a solução da responsabilidade solidária do ente público com o trabalhador responsável, no plano das relações externas (neste sentido, CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade civil extracontratual da administração por facto ilícito, Reflexões avulsas sobre o novo regime da Lei 67/2007, de 31 de*

Dezembro, em CARLA AMADO GOMES, *Textos dispersos sobre direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, 2010, p. 66).

Já no domínio do anterior regime jurídico, a doutrina maioritariamente se inclinava no sentido da inconstitucionalidade superveniente do regime constante do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 48051, que também não consagrava a solução da solidariedade (vide GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 4.ª ed., 2007, em anotação ao artigo 22.º; RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, 1992, pp. 93 ss; JORGE MIRANDA, *A Constituição e a responsabilidade civil do Estado*, em *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, *Studia Iuridica* 61, 2001, p. 932; PAULO OTERO, *Responsabilidade civil pessoal dos titulares de órgãos, funcionários e agentes da administração do Estado*, em *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos – III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, 1999, pp. 489 ss; FAUSTO DE QUADROS (coord.), *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*, 2004, pp. 59-60, *Omissões legislativas sobre direitos fundamentais*, em *Nos dez anos da Constituição*, 1987, pp. 60-61, e *Princípios fundamentais de Direito Constitucional e Direito Administrativo em matéria de Direito do Urbanismo*, *Revista de Direito do Urbanismo*, 1989, p. 288). FREITAS DO AMARAL se bem que sustentasse a inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 48051 “quando a Constituição, no artigo 22.º veio estabelecer o princípio geral da responsabilidade solidária entre o Estado e os seus órgãos, agentes ou representantes”, pois os artigos 2.º e 3.º do diploma não previam tal regime, reflete sobre as alternativas que se abrem ao legislador ordinário, admitindo que se mantenha “um sistema de responsabilidade exclusiva do agente em certos casos e de responsabilidade solidária em todos os demais” ou uma “ideia [...] de uma responsabilidade exclusiva do Estado em caso de culpa leve, apenas com responsabilidade solidária propriamente dita para os casos de culpa grave e dolo”, reconhecendo que tal pode não resultar do artigo 22.º da Constituição, mas sim do artigo 271.º da Constituição (*Problemas Gerais – Conferência sobre “A responsabilidade civil extra-contratual do Estado”*, em *Responsabilidade Civil Extra-Contratual do Estado – trabalhos preparatórios da reforma*, 2002, pp. 44 ss); *Idem*, *Direito Administrativo*, vol. III, 1989, p. 508, e *Natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde*, em *Direito da Saúde e Bioética*, 1991, p. 131; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Da responsabilidade civil extracontratual da administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente*, em FAUSTO DE QUADROS

(coord.), *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*, 2.ª ed., 2004, pp. 118-120; JOSÉ LUÍS MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade civil da Administração Pública por actos ilícitos*, em FAUSTO DE QUADROS (coord.), *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*, 2.ª ed., 2004, pp. 160 ss, 166. No que respeita à jurisprudência, o Tribunal Constitucional tem entendido, nas poucas vezes que foi chamado a pronunciar-se, que não existe inconstitucionalidade (cfr. os Acórdãos n.ºs 236/2004 e 5/2005). Sobre esta questão, pode ser útil atender ao que disse o Tribunal Constitucional no Acórdão de 5/05, tirado quando ainda vigorava o anterior regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual. Tratou-se da primeira vez que o Tribunal Constitucional se confrontou, diretamente, com a questão. Antes a questão foi abordada pela Comissão Constitucional no Parecer n.º 22/79. Diz o Tribunal, após recensear a doutrina sobre a questão: “o preceito [artigo 22.º da Constituição] deve ser interpretado em termos de deixar para o legislador um espaço que permite adaptar o instituto às necessidades e exigências de momento – nomeadamente o de prever a responsabilidade dos funcionários e agentes em casos de culpa (leve ou grave) –, garantindo, de qualquer modo e sempre, o direito de o particular ver ressarcidos os danos sofridos por atos ilícitos e culposos cometidos no exercício da função administrativa. Todavia, no domínio da jurisprudência administrativa, já em 2001, o STA, a 3/5/2001 (Proc. n.º 47084), se debruçou sobre a questão no sentido da inconstitucionalidade. Cumpre no entanto sublinhar que a orientação maioritária da jurisprudência administrativa é no sentido da não inconstitucionalidade da solução, incluindo o sentido de que a entrada em vigor do artigo 22.º da Constituição não fez caducar a solução de responsabilidade exclusiva. Contudo, existia já doutrina, ao tempo de vigência do anterior regime de responsabilidade civil, a sustentar a conformidade constitucional: JORGE SINDE MONTEIRO, *Aspectos particulares da responsabilidade médica*, em *Direito da Saúde e Bioética*, 1991, pp. 138-145, MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade civil da administração por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado*, *Studia Iuridica*, 2000, pp. 30 ss, ANA ISABEL GONÇALVES MONIZ, *Responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos: o acesso à justiça administrativa*, 2003, pp. 59-61.

III – O regime atual manteve a solução de responsabilidade exclusiva para as situações de negligência na atuação do traba-

lhador/titular do órgão. RUI MEDEIROS, em anotação ao artigo 22.º, (em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, 2.ª ed., 2010, anotação XIV, p. 482), sustenta que a obrigação de solidariedade não pode ser lida de forma “binária, simplista e redutora”, admitindo graus e densificação da solidariedade. Estaria apenas impedida a solução de total afastamento da solução de solidariedade. Aliás, sustenta claramente que a solução legal da solidariedade apenas estabelecida na hipótese regulada no artigo 8.º não é inconstitucional (p. 483).

Segundo RUI MEDEIROS, “a referência do artigo 22.º à obrigação solidária dispensa... uma alusão expressa à culpa”, aplicando-se aos vários tipos de responsabilidade (delitual, risco e lícita) (*Ensaio sobre a responsabilidade*, cit., p. 93). Daí que embora decorra um princípio geral de responsabilidade solidária para os entes públicos, tal princípio há-de conjugar-se dentro do sistema que inclui situações de irresponsabilidade civil, como a dos juízes, a responsabilidade motivada por *faute de service*. Acresce que a construção dogmática da responsabilidade dos entes públicos assenta no pressuposto de que se trata de responsabilidade por facto próprio, podendo por isso o legislador determinar o alcance da regra da solidariedade. MANUEL AFONSO VAZ entende precisamente que a “largueza” da previsão constitucional aponta para que seja o legislador a “concretizar (para não dizer preceituar) o direito constitucional à reparação dos danos” (*A responsabilidade civil do Estado – Considerações breves sobre o seu estatuto constitucional*, 1995, p. 8).

3. Responsabilidade exclusiva do ente público – ação/omissão

I – Para a efetivação da responsabilidade civil, hão de estar preenchidos os respetivos requisitos: facto, imputação subjetiva, ilicitude, dano e nexa causal. Trata-se de requisitos de que não nos ocuparemos por serem alvo de comentários nos respetivos normativos.

De todo o modo, a responsabilidade do ente público é subjetiva no sentido de uma imputação pessoal direta (claramente neste sentido, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª ed., 2007, anotação XV ao artigo 22.º, p. 435) ao ente público, pela atuação do seu comissário, numa formulação que tem de ser obviamente de culpa funcional. Apenas quando o trabalhador/titular do órgão atua com dolo (ou equivalente), a responsabilidade civil passa a aferir-se pessoalmente face

ao titular, sendo que o legislador consagrou a responsabilidade do ente público (ainda direta), verificados que estejam os requisitos previstos no artigo 8.º: *no exercício da função administrativa e por causa desse exercício. Vide infra, anotação ao artigo 8.º*

II – O primeiro requisito que deve estar preenchido para que se gere responsabilidade civil é a existência de um comportamento, que se pode traduzir numa ação ou numa omissão. Para saber de que ações e omissões curamos quando nos referimos a este requisito, há que ter presente o modo como atua a Administração Pública – o Estado e demais pessoas coletivas públicas. No que concerne às ações, deverão ter-se por relevantes as atuações administrativas típicas e tradicionais como sejam os atos administrativos, os atos normativos (regulamentos), a atuação com vista à formação de contratos (se bem que exista norma específica a este propósito – cfr. o n.º 2 deste normativo), bem como as atuações não típicas como sejam as atuações materiais que não se reconduzam à execução de atos administrativos, as atuações informais. Não cabem já no âmbito da presente lei a responsabilidade decorrente da prática de atos no âmbito da execução de contratos, por força da natureza contratual de tal responsabilidade (cfr. o disposto no n.º 2 do artigo 307.º do Código dos Contratos Públicos). A lei em anotação cura apenas da responsabilidade civil – porque dirigida ao cidadão – decorrente de atuações fora dos domínios contratuais. *Vide supra, anotação ao artigo 1.º, sobre o âmbito de aplicação.*

Já no que respeita às omissões, elas prendem-se com as hipóteses em que pendia sobre a Administração o dever legal de decidir ou de atuar.

No que resposta à primeira hipótese – dever legal de decidir – o órgão competente, embora devidamente requerido, deixa correr o prazo de decisão sem a emitir de modo expreso (cfr. *a contrario*, o disposto no n.º 2 do artigo 9.º do CPA). Daí entendermos que o primeiro recurso para fundar o dever de decidir que justifica uma omissão ilegal se há de fazer no domínio do direito administrativo e não por recurso imediato ao artigo 486.º do Código Civil – ainda que este normativo se refira expressamente à omissão como fundamento da obrigação de indemnizar. Cfr. CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas anotado*, 2.ª ed., 2011, anotação 8 ao artigo 7.º, p. 147). Atendendo à clara orientação do legislador que, aquando da reforma do contencioso administrativo, criou o meio processual de condenação à prática de ato devido, aplicável às situações de

silêncio ou recusa indevida da pretensão, o modelo até então vigente no que respeita à valorização legal do silêncio foi substancialmente alterado. Se até então a ordem jurídica convivía com a solução legislativa de ficção de existência de ato administrativo tácito de indeferimento como regra (conforme resultava do que se dispunha no artigo 109.º do Código do Procedimento Administrativo – CPA), a entrada em vigor do Código do Processo dos Tribunais Administrativos veio a resultar na revogação tácita de tal solução legal que era fonte de inúmeros problemas jurídicos (sobre a revogação tácita referida, *vide* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Implicações de direito substantivo da reforma do contencioso administrativo*” (IV Seminário de Justiça Administrativa – A Reforma de 2002 da Justiça Administrativa), CJA 34, p. 69). Contudo, permanece em vigor a norma geral do artigo 108.º do CPA que, em bom rigor, não estabelece ou cria soluções de valorização positiva do silêncio. Esta valorização surge amiúde em legislação específica, em particular nos domínios do direito administrativo do ambiente e do urbanismo. Se era consensual, até pela própria formulação do artigo 108.º do CPA, que o silêncio da Administração Pública quando estava legalmente obrigada a decidir e após decorrido o prazo para a decisão expressa, era valorizado como deferimento tácito, sempre foi igualmente consensual que tal deferimento tácito se poderia “apenas” formar quando a lei não impunha deveres de ponderação de decisão à Administração, designadamente através da concessão de poderes discricionários. Por isso, as situações previstas no artigo 108.º do CPA referem-se a atos favoráveis ao destinatário e no domínio das autorizações permissivas que, por força da lei, normalmente não implicam o exercício predominante de poderes discricionários como sucede nas autorizações constitutivas e mais ainda nas concessões (aqui acresce o facto de o ato administrativo incidir sobre bens dominiais). É certo que no domínio do direito do ambiente, o legislador tem vindo a concretizar o desiderato da celeridade da decisão com a consagração de múltiplas situações de atos tácitos de deferimento (até em relação a atos instrumentais como os pareceres), no âmbito de competências discricionárias (*vide* o nosso *O deferimento tácito em Direito do Urbanismo e Ambiente – Breves reflexões*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, n.ºs 31/34, 2009/2010).

Na segunda hipótese enunciada, cabe a omissão do dever de emitir regulamentos. Ou quando a Administração não execute de forma ilícita uma sentença ou a execute de forma deficiente (cfr. o disposto no artigo 159.º do CPTA).

No domínio da atividade material, podem também ocorrer situações de omissões ilícitas. Trata-se de situações que nascem de atuações jurídicas como o ato administrativo, regulamento ou contrato. Referimo-nos a situações como o incumprimento de deveres de vigilância (em relação às quais, por outro lado, o artigo 10.º, n.º 3, institui uma presunção de culpa) [no Direito francês, cfr., a propósito, DIDIER TRUCHET, *Droit Administratif*, 2008, pp. 376-377, que dá, designadamente, os exemplos do incumprimento de promessas (*fautes* por ação) e de deveres de vigilância (*fautes* por omissão)]. Como, na verdade, recordam MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “a responsabilidade civil decorrente de atos positivos tem carácter genérico, na medida em que decorre de um dever também genérico de não lesar ativamente as posições jurídicas subjetivas de outrem; já a responsabilidade civil emergente de omissões, apesar da aparente generalidade das referências legais, depende da existência de um dever de praticar a ação omitida” (cfr. *Responsabilidade civil administrativa, Direito administrativo geral*, tomo III, 2008, p. 20).

A verdade, porém, é que são muito mais frequentes em Direito Administrativo do que em Direito Civil as situações de responsabilidade por omissão. Isto deve-se à circunstância de serem muito numerosas as normas das quais, explícita ou implicitamente, resulta a imposição à Administração de deveres de agir (também dirigidos a evitar a produção de danos para outrem (cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade civil administrativa*, tomo III, cit.)), designadamente nos domínios da fiscalização, vigilância, conservação e manutenção de coisas a seu cargo (cfr. CARLA AMADO GOMES, *Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*, 1999, p. 413). Muitos desses casos correspondem a situações em que a inobservância do dever de agir é passível de ser reconduzida ao instituto da responsabilidade por funcionamento anormal dos serviços, previstas nos n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º (*vide infra*, anotação ao artigo 7.º, n.ºs 3 e 4); e, nas situações de incumprimento de deveres de vigilância, são objeto de presunção de culpa, nos termos do n.º 3 do artigo 10.º (*vide infra*, anotação ao artigo 10.º – sobre este último exemplo *vide* por exemplo o Acórdão do STA de 09/02/2012, Proc. n.º 35/12). Em qualquer caso, a responsabilidade por omissão só existe quando se encontre devidamente caracterizado um dever de atuação; e o cumprimento deste dever de atuação, por força da presunção de culpa estabelecida no artigo 487.º, n.º 1, do Código Civil (que também é aplicável no âmbito do regime da

responsabilidade civil extracontratual pelo exercício da função administrativa), deve ser provado pela Administração (cfr. CARLA AMADO GOMES, *Contributo para o estudo*, cit., p. 412).

4. Ato funcional

I – Para considerar integrada a previsão legal do n.º 1 do artigo 7.º, torna-se necessário encontrar e densificar o conceito de ato funcional.

Interessa para este efeito apurar a distinção entre ato funcional e ato pessoal. No sentido da identidade entre atos de gestão pública e atos funcionais, CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, 2.ª ed., cit., anotação 5 ao artigo 7.º, p. 142; todavia, o mesmo A. reconhece a conexão ao conceito de relação jurídica que adiante sublinharemos como critério decisivo para integrar a cláusula legal de ato funcional, *idem, ibidem*, p. 143). O conceito que releva é o de ato funcional, pois no domínio da gestão pública podem surgir atos funcionais e atos pessoais, o mesmo se passando com a gestão privada (cfr. a anotação ao artigo 1.º).

II – No domínio do direito civil, a mesma necessidade de densificação se colocou a propósito da relação comitente/comissão e da disciplina jurídica contida no artigo 500.º do Código Civil, quanto à cláusula “exercício de funções” (seguimos de perto a recensão da doutrina nacional levada a cabo por MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, 2009). ANTUNES VARELA, por exemplo, densificava o referido conceito, começando pela definição negativa do mesmo, afastando por exemplo os atos praticados pelo comissário que apenas tivessem umnexo temporal ou local. Ao invés, já seriam de incluir todos os atos que se compreendessem “no quadro geral de competência” (*Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., 2000 p. 643). O mesmo A. entende que o abuso de funções integra o conceito para efeitos de funcionamento da responsabilidade do comitente. Todavia, no Código Civil anotado, o mesmo A. especifica que a comissão relevará se for “adequada, ou idónea”, ou seja, desde que as “funções do comissário, segundo um critério de experiência, favoreçam ou aumentem o perigo da verificação de certo dano” (PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. I, 4.ª ed., 1987 p. 509). Já RIBEIRO DE FARIA (*Direito das obrigações*, vol. II, 1990, p. 18) e ALMEIDA COSTA (*Direito das obrigações*, 12.ª ed., 2009, p. 619) entendem que a conexão existente entre ato e função deve ser interna, direta e causal. No sentido de uma ampliação do

conceito, MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. I – *Introdução. Da constituição das obrigações*, 9.ª ed., 2010, pp. 363-364. Criticando esta orientação, em particular pela fundamentação insuficiente, MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual*, cit., p. 321.

III – A leitura da parte final do n.º 1 do artigo 7.º remete-nos para a densificação da expressão “exercício da função administrativa e por causa desse exercício”. É por isso neste contexto que se deve apurar o conceito dogmático de ato funcional.

A responsabilidade civil extracontratual dos entes públicos, a título exclusivo, tem portanto como pressuposto que os seus trabalhadores estejam a exercer função administrativa. É importante sublinhar que decisivo para o regime da responsabilidade civil extracontratual dos entes públicos é o exercício da função administrativa “independentemente da natureza dos meios empregues e dos sujeitos a quem é confiado” (MARGARIDA CORTEZ, *Contributo para uma reforma da lei da responsabilidade civil da Administração*, em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/mestre-margarida-cortez/downloadFile/file/mmc.pdf?nocache=1210675906.12>). Assim, os atos funcionais são aqueles que os órgãos e respetivos titulares praticam no exercício da função administrativa, isto é, aqueles que prosseguem as atribuições do ente público a que pertencem, por força do exercício dos poderes legalmente estabelecidos para o efeito. Como afirma FREITAS DO AMARAL, “está em causa, não uma qualquer ação ou omissão pessoal do seu autor, que por coincidência também é titular de um órgão do Estado ou de outra pessoa coletiva pública, seu funcionário ou agente, mas um facto incluído no desempenho da função e, portanto, um facto que não configura juridicamente apenas a atuação de um indivíduo, mas também – simultaneamente, por força de lei – a atuação da própria Administração Pública na prossecução de um dado interesse público” (*Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 3.ª ed., 2011, p. 724). Como sublinha o mesmo A., não bastam critérios de “mera ocasionalidade” ou “ocasionalidade necessária” para que exista responsabilidade civil extracontratual por atos funcionais. O exemplo académico é o caso do agente de segurança que aproveita o facto de estar adstrito à segurança de uma manifestação e aproveita a desordem para se vingar do amante da mulher, batendo-lhe com o cassetete. Está no exercício de funções, o facto ocorre durante esse exercício e a propósito do mesmo mas falta o elemento teleológico de prossecução exclusiva do interesse público, do desempenho da função administrativa.

O ato gera danos não imputáveis à Administração Pública mas ao agente a título pessoal. Ou do professor que reprova o aluno no exame porque antipatizava profundamente com ele: o poder de avaliação é funcionalizado a outro interesse que não o interesse público que funda o exercício do poder do professor ao avaliar (*Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 3.^a ed., cit., pp. 725-726). Este exemplo contudo gera mais divergência por não ser tão evidente, como no exemplo precedente, a mera ocasionalidade da atuação.

Mas já integrará o conceito de ato funcional a atuação de um agente policial “consistente em agressão de um particular quando tal ocorre em progressão emocional suscitada por uma sua intervenção inicial inteiramente lícita para impedir a continuação da atividade transgressional do particular e em defesa da sua autoridade quando aquele não obedeceu a ordem legítima que lhe fora dada e provocatoriamente afirmou que a atitude da autoridade o enojava” (Acórdão do STA de 12/6/1990, Proc. n.º 27053). Segundo CARLOS CADILHA, estarão incluídos no âmbito deste normativo, gerando por conseguinte responsabilidade do ente público, os atos “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 atos dirigidos à satisfação de interesses pessoais” (*Responsabilidade da Administração Pública*, comunicação apresentada no Colóquio “Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado”, organizado pelo Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, em março de 2001, p. 3, nota 6). No direito espanhol, o conceito é também utilizado e a doutrina integra-o como a conduta tenha sido resultado do “exercício ou por ocasião das funções”, que se insira “dentro da gestão pública” (JESÚS GONZÁLEZ PEREZ, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 5.^a ed., 2010, p. 275).

No ato funcional, exercem-se poderes dotados de imperatividade (autoridade) e pretende-se prosseguir o interesse público legalmente definido. Recuperando a delimitação da jurisdição administrativa e a lição de VIEIRA DE ANDRADE, o conceito liga-se ao de relação jurídica administrativa: “aquela em que um dos sujeitos, pelo menos, é uma entidade pública ou uma entidade particular no exercício de um poder público, atuando com vista à realização de um interesse público legalmente definido” [*Justiça administrativa (Lições)*, 9.^a ed., 2007, pp. 55-56]. Ou como sublinha MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, o que hoje mais releva neste âmbito (e, em particular, no conceito de relação jurídica administrativa) reconduz-se ao

elemento teleológico, “reportado ao escopo subjacente às normas aplicáveis”, afastando a nota orgânica devido à complexidade da Administração Pública em sentido organizatório, bem como a presença de privados no exercício da função administrativa (*Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ª ed., 2005, p. 57, e *Manual de Processo Administrativo*, 2010, pp. 62, 174-176; FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., p. 725; MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito administrativo geral – Actividade administrativa*, tomo III, 2.ª ed., 2009, p. 53; CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, 2.ª ed., cit., anotação 7 ao artigo 1.º, p. 44, e anotação 3 ao artigo 7.º, pp. 140-141). Sublinhando precisamente este elemento teleológico em ação de responsabilidade civil extracontratual, o Acórdão do Tribunal de Conflitos de 30/06/2011, Proc. n.º 1/11: “I – São da competência dos tribunais administrativos as ações em que o Autor exige de um Município o cumprimento de obrigações assumidas no exercício de um poder público e na prossecução de um interesse público. II – Tal é o caso de o Autor imputar ao Município a violação de um protocolo que consigo celebrou obrigando-se a aprovar operações urbanísticas e a pagar determinadas quantias, tudo com vista à construção de fogos de habitação social destinados a famílias integradas num projeto de realojamento.”

É esta ligação à prossecução do interesse público que justifica que o ente público responda pelos danos que o exercício de forma ilícita dos poderes produza. Porque em última instância e por força da teoria das pessoas coletivas, o exercício do poder é imputado à pessoa coletiva – ainda que em concreto ele seja imputável a pessoas físicas. A relevância da imputação às pessoas singulares apenas muda quando estas atuam com dolo. Mas sublinhe-se que mesmo nessa circunstância o ente público também responde, pois tal exercício é-lhe imputável – regime da solidariedade nas relações externas. A diferença regimental passa pois pelo alargamento da responsabilidade ao titular do órgão porque este atua com censurabilidade mais grave.

São múltiplos os exemplos de atuações que integram o conceito de ato funcional que conduz à aplicação da presente lei e à intervenção dos tribunais administrativos. É o caso dos danos ocorridos em edifício sito junto a uma estrada em construção, a cargo do então Instituto para a Construção Rodoviária (ICOR), “provocados por atos praticados nessa construção, designadamente escavações, explosões com dinamite para remoção de terras e pedra e utilização de máquinas de grande porte que produziam

vibrações” (Acórdão do Tribunal de Conflitos de 04/04/2006, Proc. n.º 08/03). Entendeu o Tribunal que a atuação era ao abrigo do conceito de gestão pública. Mais, a atuação era funcional no sentido de atuação ao abrigo da função administrativa. Um outro caso, também ele decidido pelo Tribunal de conflitos, diz respeito a atos praticados por uma funcionária notarial a propósito da elaboração de um testamento. Sublinhou o Tribunal que “a circunstância da ação sobretudo versar sobre uma «quaestio juris» de índole privada – «in hoc casu», a genuinidade ou a falsidade de um testamento – não exclui a evidência de que a responsabilidade civil pedida à ré D..... emerge de diversa fonte; a qual consiste no que ela fez enquanto funcionária pública, pois aquilo que os autores lhe imputam é uma violação dolosa e lesiva de deveres funcionais implicados no seu «munus» de Ajudante num cartório notarial”. Ou seja, o exercício de poderes públicos.

Esta delimitação de ato funcional significa *a contrario* que os danos que ocorram apenas por ocasião das funções ou fora do exercício das mesmas não comportam a responsabilidade do ente público e apenas a responsabilidade pessoal do trabalhador (no sentido de que o artigo 22.º da Constituição exige, para que se entenda que o ato esteja em conexão com o exercício das funções, mais do que uma conexão “meramente local ou temporal”, RUI MEDEIROS, anotação ao artigo 22.º, cit., anotação XVI, p. 484; referindo-se igualmente à necessidade de uma “*conexão interna ou material* entre ato – função – e resultado lesivo”, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª ed., cit., anotação XII ao artigo 22.º, p. 434; FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, vol. II, cit., p. 725; CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, 2.ª ed., cit., anotação 3 ao artigo 7.º, p. 141). Este tipo de atividade determina a aplicação do regime jurídico de direito civil. Consequentemente são os tribunais cíveis que conhecem da ação de responsabilidade civil.

Não haverá responsabilidade do ente público nas hipóteses de atos praticados pelos titulares dos órgãos ou trabalhadores fora do exercício de funções, designadamente os que integram a esfera da vida privada dos titulares ou trabalhadores. Do mesmo passo, estão excluídos os atos que, embora praticados no exercício da função, não encontrem justificação nesse mesmo exercício e não se traduzam na hipótese de excesso no exercício de funções. A verificar-se uma hipótese aqui enquadrável, a entidade pública não incorre em responsabilidade civil extracontratual, uma vez que falha precisamente a *ratio iuris* que justifica a responsabilidade das

entidades públicas. A jurisprudência francesa tem contribuído para a distinção entre culpa funcional e culpa pessoal, distinção essa que pode ser útil para a concretização destes conceitos. A culpa pessoal existe em relação aos factos praticados fora do exercício de funções e factos que se possam “destacar” das funções porque são intencionais ou graves. Sobre estes conceitos e contributo da jurisprudência francesa, *vide* A. LAUBADÈRE / JEAN-CLAUDE VENEZIA / YVES GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, tomo I, 15.ª ed., 1999, pp. 955 ss.

5. O regime dos atos pessoais

No que respeita aos atos pessoais, no sentido preconizado pelo artigo 7.º rege o direito civil, em particular o que decorre do artigo 501.º do Código Civil. Quanto à atividade privada da Administração Pública, aplicam-se os artigos 500.º ss do Código Civil

Pode haver lugar a responsabilidade pessoal dos trabalhadores relativa a atos funcionais, no sentido de atos cometidos no exercício da função administrativa mas em que existiu excesso de poder, porque foram ultrapassadas as fronteiras das funções ou ainda porque o facto foi praticado durante o exercício de funções mas não por causa desse exercício.

CARLOS CADILHA entende que a hipótese de excesso de poder no exercício de funções ainda cabe na expressão “por causa desse exercício”. Ou seja, basta que se trate de atuação que se enquadre no exercício da função administrativa e seja motivada por ele.

O regime anterior, no artigo 3.º, n.º 1, autonomizava esta hipótese: “Os titulares do órgão e os agentes administrativos do Estado e demais pessoas coletivas públicas respondem civilmente perante terceiros pela prática de atos ilícitos que ofendam os direitos destes ou as disposições legais destinadas a proteger os seus interesses, se tiverem excedido os limites das suas funções ou se, no desempenho destas e por sua causa, tiverem procedido dolosamente” (os artigos 96.º e 97.º da Lei n.º 169/99, de 18/8, prescreviam para as autarquias locais idêntica regulamentação jurídica em matéria de responsabilidade civil. Todavia, com a entrada em vigor da presente lei, tais normativos foram revogados). Prescrevia-se portanto uma responsabilidade pessoal dos titulares no caso de terem sido excedidos os limites do exercício de funções. Ao exceder os limites do exercício da função, o trabalhador não estará já a exercer a função administrativa. Recorde-se que esta é definida teleologicamente e “descobre-

-se” e define-se no estabelecimento legal do interesse público (atribuições do ente público) e nos poderes que o legislador entende serem os adequados à prossecução daquele interesse público (competência). Se são exercidos poderes em excesso, já não é exercício de competência, portanto, quebra-se a ligação ao interesse público. É também esta a solução do direito italiano. Se do ponto de vista interno, esta nos parece ser a melhor leitura dos dados do problema e que conduz à não aplicação do artigo 7.º, n.º 1, do ponto de vista do interesse do lesado, a questão adensa-se. Recorde-se que a primeira função do instituto da responsabilidade civil extracontratual é a proteção dos Direitos, Liberdades e Garantias do cidadão, aí se incluindo o ressarcimento patrimonial, subtraindo o particular à falta de solvabilidade do trabalhador em funções públicas. Assim, do ponto de vista do particular, é mais vantajoso a interpretação mais abrangente. A questão remete-nos de algum modo para o problema do regime interno da responsabilidade. Se porventura o legislador tivesse optado pela solidariedade em qualquer forma de imputação subjetiva da atuação danosa, sob o ponto de vista do particular, estaria salvaguardada a integralidade da ressarcibilidade dos danos sofridos. Porque não é inequívoca a não inconstitucionalidade da solução de solidariedade apenas para a atuação dolosa, o legislador podia ter construído um regime intermédio, ou seja, podia ter mantido a previsão da atuação pessoal do trabalhador quando houvesse excesso no exercício de funções.

A discussão sobre a questão tem obviamente de enquadrar a opção do legislador em não manter a antiga solução contida no n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 48051. Significa que o excesso de funções, ainda que com culpa leve, exonera, face ao particular, o trabalhador de responsabilidade pessoal? Ou significa que o excesso de funções integrará o conceito de dolo ou zelo / diligência manifestamente inferiores “àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo”?

Pesando a *ratio iuris* do instituto da responsabilidade civil extracontratual, entendemos que o excesso de funções, desde que não reconduzível de imediato à previsão do artigo 8.º, se deverá entender aqui enquadrado, em particular se a atuação, de forma credível, faz crer ao lesado estar perante o exercício de funções.

Artigo 7.º

Responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas coletivas de direito público

1 – (...)

2 – É concedida indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário.

3 – (...)

4 – (...)

SUMÁRIO

1. Génese e história do preceito: a transposição das chamadas “Diretivas Recursos” para o ordenamento jurídico português e as ações por incumprimento intentadas contra o Estado Português
2. Uma remissão sistematicamente complexa: a referência aos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e a incompletude do n.º 2 do artigo 7.º
3. Em busca dos traços específicos do regime geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado no âmbito do direito da União Europeia
 - 3.1. Enquadramento
 - 3.2. Uma matriz dualista e o problema da relevância da culpa
 - 3.3. Limites à exclusão da indemnizabilidade de categorias de danos
4. O Regime das Diretivas Recursos como uma obrigação de indemnizar *sui generis* ou com pressupostos específicos
 - 4.1. A questão da relevância da culpa nas Diretivas Recursos
 - 4.2. A regra específica do n.º 7 do artigo 2.º da Diretiva 92/13/CEE para o pedido de indemnização por perdas e danos relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato
 - 4.3. A questão da aplicabilidade do n.º 7 do artigo 2.º da Diretiva 92/13/CEE no âmbito da Diretiva 89/665/CEE e na Diretiva 92/13/CEE
5. Outras possíveis fontes legais do regime de responsabilidade civil por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação de contratos públicos

1. Génese e história do preceito: a transposição das chamadas “Diretivas Recursos” para o ordenamento jurídico português e as ações por incumprimento intentadas contra o Estado Português

I – O n.º 2 do artigo 7.º do novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas deve originariamente a sua existência ao litígio que opôs a Comissão Europeia ao Estado Português em virtude da incorreta transposição da Diretiva n.º 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos. A referida diretiva, juntamente com a Diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores chamados setores especiais, refere-se aos processos de recurso em matéria de contratos concluídos pelas entidades adjudicantes. Juntas constituem as chamadas “Diretivas Recursos” e foram alteradas pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, que altera as Diretivas 89/665/CEE e 92/13/CEE do Conselho no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos, que pretendeu introduzir melhorias nos procedimentos de recurso pré-concursais designadamente através do estabelecimento de “um prazo suspensivo mínimo, durante o qual a celebração do contrato em questão fique suspensa, independentemente do facto de a celebração ocorrer ou não no momento da assinatura do contrato” (cfr. considerando 4 da Diretiva 2007/66/CE).

As Diretivas Recursos destinam-se a garantir a aplicação efetiva da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços e da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais. Estas últimas foram

transpostas para o ordenamento jurídico português no contexto da adoção do Código dos Contratos Públicos.

No momento da sua elaboração, as Diretivas Recursos pretenderam clarificar dúvidas resultantes da aplicação da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), e bem assim contribuir para a harmonização das diferentes disposições normativas dos Estados-membros, designadamente limitando a margem de discricionariedade deixada aos tribunais nacionais na determinação do meio processual mais adequado para garantir os direitos dos particulares. Desejavelmente, o carácter essencialmente negociado que esteve na sua génese (com a intervenção da Comissão, do Parlamento e do Conselho) facilitaria a sua implementação e geraria menos litígios na sua concretização pelos órgãos nacionais de aplicação do direito da União. Na verdade, tratou-se aqui de “densificar ou concretizar o princípio da tutela jurisdicional efetiva, reforçando a proteção jurídica (já) conferida pelo direito da União Europeia e adequar as exigências de uma tutela judicial efetiva às particularidades dos litígios que ocorrem no âmbito da contratação pública, eliminando as disparidades existentes nos vários ordenamentos jurídicos nacionais e reagindo contra o fracasso da aplicação do direito substantivo” (cfr. CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, 2007, p. 194).

Neste contexto, as referidas diretivas vieram impor aos Estados-membros (i) a obrigação de criar meios processuais com carácter urgente que possibilitem a sanção dos vícios do procedimento de formação do contrato antes da sua celebração; (ii) a obrigação de possibilitar aos particulares lesados acionar medidas de carácter provisório que garantam uma minimização dos prejuízos suscetíveis de ser produzidos antes da decisão final da ação principal e, por último, (iii) a possibilidade de se acionar a Administração em sede de responsabilidade civil, decorrendo daqui o direito a uma indemnização ressarcitória dos prejuízos sofridos. A necessidade de assegurar a transposição desta última possibilidade – prevista no artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 89/665/CEE e no artigo 2.º, alínea d), da Diretiva 92/13/CEE – esteve na origem no atual artigo 7.º, n.º 2, do Regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas.

II – Com efeito, em setembro de 1995, a Comissão Europeia, insatisfeita com as explicações fornecidas pelo Estado Português relativas às medidas nacionais de transposição da Diretiva 89/665/CE, deu início ao processo pré-contencioso previsto pelo atual

artigo 258.º TFUE. A Comissão entendia que, não obstante a aprovação do Decreto-Lei n.º 134/98, de 15 de maio, que tinha visado assegurar a transposição da Diretiva Recursos para o ordenamento jurídico português, a referida diretiva permanecia incorretamente transposta, designadamente quanto à obrigação de indemnização prevista no artigo 2.º, n.º 1, alínea c), do mesmo dispositivo, uma vez que o Decreto-Lei n.º 48051 mantinha a exigência de as pessoas lesadas por um ato ilícito do Estado e demais pessoas coletivas públicas fazerem *prova* da existência de *culpa* ou *dolo* por parte dessas entidades. Nesta sequência, em junho de 2003, a Comissão intentou no TJUE a correspondente ação por incumprimento contra o Estado Português por deficiente transposição da Diretiva Recursos.

No âmbito deste processo, em outubro de 2004, o TJUE condenou o Estado português, considerando que “ao não revogar o Decreto-Lei n.º 48051, que subordina a indemnização das pessoas lesadas em consequência da violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que o transpõem à prova da existência de culpa ou dolo, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 89/665/CEE” (Acórdão de 14 de outubro, *Comissão/Portugal*, Proc. C-275/03, não publicado, parágrafo 32). Na verdade, segundo o TJUE, se era certo que a legislação portuguesa previa a possibilidade de obter indemnizações no caso de violação do direito europeu dos contratos públicos, não se podia todavia considerar que a mesma consagrava “um sistema de proteção jurisdicional adequado, na medida em que exige a prova da existência de culpa ou dolo por parte dos agentes de determinada entidade administrativa”, de tal forma que o concorrente lesado por uma decisão ilegal da entidade adjudicante corria o risco de ser privado do direito de exigir o pagamento de uma indemnização em virtude do dano que lhe foi causado com essa decisão, ou, pelo menos, de a obter tardiamente, por não conseguir fazer prova da existência de dolo ou culpa (cfr. parágrafo 31). A revogação do Decreto-Lei n.º 48051 impunha-se, assim, por razões de segurança jurídica.

III – Tendo o Estado Português persistido no incumprimento, a Comissão iniciou, em novembro de 2004, um novo processo contra Portugal visando a execução do acórdão de 2004, nos termos e para os efeitos do atual artigo 260.º TFUE, pedindo a condenação

do Estado ao pagamento de uma sanção pecuniária compulsória no montante diário de € 21.450.

No entanto, o Governo Português submeteu à Assembleia da República a Proposta de Lei 56/X onde se procedia à revogação do Decreto-Lei n.º 48051 e se estabelecia um regime de responsabilidade do Estado por atos jurídicos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa assente numa presunção geral de culpa leve (cfr. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *A Proposta de Lei n.º 56/X em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidade públicas: notas breves à luz do direito da União Europeia, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, II, 2006, pp. 233 ss). A referida Proposta de Lei estabelecia ainda, no seu artigo 7.º, n.º 2, um regime especial para os contratos previstos nas Diretivas Recursos, o qual visava expressamente garantir a adequada transposição daquelas diretivas.

A Proposta de Lei 56/X esteve na origem da atual Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, que aprovou o novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. Nos termos da sua versão originária, o artigo 7.º, n.º 2, da nova lei dispunha que “é concedida indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, nos termos da presente lei”.

Esta redação suscitava várias questões cuja resposta não era clara. Concretamente, podia questionar-se se o referido dispositivo, ao prever a responsabilização das entidades públicas por violação de normas europeias relativas aos contratos públicos no âmbito de um procedimento de formação desses contratos, assente numa presunção de culpa leve, consubstanciava uma adequada transposição das Diretivas Recursos. Além disso, não era claro se o acórdão do TJUE de 2004 tornava imperativa a adoção de um regime de responsabilidade extracontratual do Estado puramente objetiva.

No entender da Comissão Europeia, a Diretiva Recursos impõe a adoção de um regime de responsabilidade puramente objetiva, interpretação esta que foi confirmada pelo acórdão do TJUE de 2004. Deve, todavia, notar-se que a alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º da referida diretiva impõe tão-somente que, no âmbito dos processos de adjudicação de contratos de direito público os Estados-membros assegurem soluções que permitam “conceder indemnizações às pessoas lesadas pela violação”, sem distinguir o tipo de responsabilidade em causa. Certo que a Diretiva Recursos procura

assegurar a existência de “meios de recurso eficazes e rápidos em caso de violação de direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que transpõem esse direito” (considerando 3), sendo necessário para o efeito garantir que, em todos os Estados-membros, existem procedimentos apropriados que “permitam a anulação das decisões ilegais e a indemnização das pessoas lesadas por uma violação” (considerando 6). Uma interpretação teleológica da Diretiva poderia, assim, implicar o entendimento segundo o qual a referida alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º impõe, efetivamente, a adoção de um regime de responsabilidade objetiva do Estado, reforçando, desta forma, a tutela dos direitos dos particulares. Todavia, importa não esquecer que os Estados-membros dispõem de liberdade de forma e meios na transposição das diretivas, desde que não comprometam o resultado que com elas se visa alcançar (cfr. artigo 288.º TFUE).

No acórdão de 2004, o TJUE considerou que, ao tornar a efetivação da responsabilidade civil do Estado dependente da *difícil prova* da culpa ou do dolo, o Estado Português estava a incumprir as suas obrigações europeias (cfr. parágrafo 31), o que deixa entrever um possível entendimento do TJUE relativamente à interpretação da alínea c) do n.º 1 do referido artigo 2.º É certo que sempre se poderia dizer que a lei portuguesa consagrava uma presunção de culpa leve. Todavia, uma vez que tal presunção era ilidível nos termos gerais, parece decorrer do acórdão de 2004 que, segundo o TJUE, é necessário eliminar a necessidade de *toda* a prova de culpa ou dolo por parte dos lesados, de forma a assegurar uma adequada transposição da Diretiva-Recursos. À luz deste entendimento, na medida em que o novo regime se limitava a estabelecer a uma presunção ilidível de culpa leve pouco mudaria relativamente à regulamentação anterior nesta matéria, e como tal seria insuficiente para adequadamente assegurar a transposição da Diretiva Recursos e executar o acórdão do TJUE.

Não é claro, todavia, que decorra do acórdão de 2004 a necessidade de adoção de um regime de responsabilidade puramente objetiva. Na verdade, o declarado incumprimento do Estado limita-se ali à existência de um regime que exija a *prova* da culpa ou dolo. Não se deve confundir a existência de culpa com a sua prova. Assim sendo, qualquer regime baseado numa presunção geral de culpa – ilidível ou não – permitiria afirmar que o Estado Português adotou as medidas adequadas à execução ao acórdão. Neste contexto, aliás, poder-se-ia inclusivamente questionar se a defesa do Estado Português não se deveria antes ter alicerçado

na recondução da obrigação prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º da Diretiva Recursos ao regime da responsabilidade contratual, o qual, como é sabido, se encontra no ordenamento jurídico português subordinado desde há muito a uma presunção geral de culpa (cfr. artigo 799.º do Código Civil).

IV – Seja como for, no âmbito do processo executivo movido contra o Estado Português, o TJUE deu razão à Comissão, uma vez que à data da prolação da decisão – 10 de janeiro de 2008 – a Lei n.º 67/2007 ainda não havia entrado em vigor. Não obstante, o TJUE reduziu o montante da sanção pecuniária compulsória para o montante de € 19.392 por cada dia de atraso na adoção das medidas necessárias para dar cumprimento ao acórdão de 2004, a contar da data da prolação do acórdão de 2008 até ao dia em que o acórdão de 2004 for plenamente executado (Acórdão de 10 de janeiro de 2008, *Comissão/Portugal*, Proc. C-70/06, Rec. 2008, p. I-1). A redução do montante da sanção ficou a dever-se à correção dos critérios relativos à gravidade e duração da infração, e bem assim à capacidade económica do Estado. Esta foi a primeira vez que um Estado-membro foi condenado a pagar uma sanção pecuniária compulsória por violação do direito europeu dos contratos públicos, e a primeira vez que o Estado Português foi condenado ao pagamento de um sanção deste tipo (MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *O caso Comissão c. República Portuguesa: a primeira condenação do Estado Português no pagamento de uma sanção pecuniária por incumprimento, em Centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha: Estudos em Homenagem*, 2012, pp. 771 ss).

Entretanto entrou em vigor, a 30 de janeiro de 2008, a Lei n.º 67/2007, cujo artigo 5.º revogou o Decreto-Lei n.º 48051. Nesta sequência a Comissão e as autoridades portuguesas embarcaram num diferendo interpretativo relativo à questão de saber se, para além da revogação do regime anterior, a nova regulamentação legal consubstanciava uma medida adequada e completa de execução do acórdão de 2004. Em qualquer caso, para pôr termo à controvérsia, o Estado Português adotou a Lei n.º 31/2008, de 17 de julho, que alterou a redação do artigo 7.º, n.º 2, do novo regime, o qual passou a dispor que: “[é] concedida indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, *de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário*”. CARLOS CADILHA nota que a alteração legislativa

tem, pois, o sentido útil de eliminar “o regime de presunção de culpa que resultava da remissão para o disposto no artigo 10.º, n.º 2 – que implicaria a possibilidade de a presunção de culpa ser ilidida por prova em contrário nos termos gerais do artigo 344.º, n.º 1 do Código Civil” (*Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas anotado*, 2.ª ed., 2011, p. 160).

A Lei n.º 31/2008 entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação, embora tenha reportado os seus efeitos à data de entrada em vigor da Lei n.º 67/2007, *i.e.*, 30 de janeiro de 2008. No entender da Comissão, a nova redação assegura uma adequada transposição da Diretiva Recursos. Todavia, subsistia por resolver a questão do pagamento da sanção pecuniária compulsória relativamente ao período compreendido entre 10 de janeiro e 18 de julho de 2008, data na qual no entender da Comissão havia sido posto fim ao incumprimento.

Nesta sequência, o Estado Português tentou uma ação de anulação da Decisão da Comissão [Decisão C (2008) 7419 final, de 25 de novembro de 2008] da qual constava a liquidação da referida sanção pecuniária compulsória. No âmbito desta ação, a Comissão chamou a atenção para o facto de, do acórdão de 2004 não decorrer apenas a obrigação de revogação do regime anterior, mas a obrigação de adotar um regime de responsabilidade das entidades adjudicantes que não dependa de culpa. Ora, a Lei n.º 67/2007 na sua versão originária não assegurava uma transposição adequada da Diretiva Recursos na medida em que fazia depender a concessão de indemnização da existência de culpa por parte dos funcionários ou agentes da entidade administrativa. No entender da Comissão, tanto o conceito de culpa como o de funcionamento anormal de serviço acolhidos pela Lei n.º 67/2007 são alheios à Diretiva Recursos.

Neste terceiro processo, o Tribunal Geral (TG) não deu razão à Comissão. No seu acórdão, proferido em março de 2011 (Acórdão de 29 de março de 2011, *Portugal/Comissão*, Proc. T-33/09, Rec. 2011, p. II-1429), o TG esclareceu algumas das questões que haviam ficado pendentes no processo de 2006. Assim, aquele tribunal considerou que, muito embora no âmbito da execução de um acórdão do TJUE que aplique uma sanção pecuniária compulsória a um Estado-membro a Comissão deva poder apreciar as medidas adotadas pelo Estado-membro para dar cumprimento ao acórdão do TJUE, “o exercício deste poder de apreciação não pode prejudicar os direitos – em particular os direitos processuais – dos Estados-Membros, tal como resultam do procedimento previsto

no artigo [258.º TFUE], nem a competência exclusiva do Tribunal de Justiça para decidir sobre a conformidade de uma legislação nacional com o direito comunitário” (parágrafo 82). Ora, o TJ não se pronunciou no acórdão de 2004, nem no acórdão de 2008 sobre a conformidade da Lei n.º 67/2007 com a Diretiva 89/665/CEE. A determinação dos direitos e obrigações dos Estados-membros e o julgamento do seu comportamento só podem resultar de um acórdão do TJ no âmbito de uma ação por incumprimento, pelo que tanto a Comissão como o TG estariam a violar a jurisdição daquele tribunal se embarcassem neste tipo de controlo. A isto acresce que não restavam dúvidas que resultava da redação do acórdão de 2004 que bastava que o Estado Português revogasse o Decreto-Lei n.º 48051 para lhe dar cumprimento, o que o Estado Português fez com a adoção da Lei n.º 67/2007. À luz destas considerações o TG anulou a decisão da Comissão. O acórdão do TG encontra-se presentemente em recurso perante o TJ (*Comissão/Portugal*, Proc. C-292/11).

V – Em síntese, na origem do artigo 7.º, n.º 2, do novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas esteve o litígio que opôs a Comissão Europeia ao Estado Português relativamente à transposição da obrigação prevista no artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 89/665/CEE. Neste âmbito é discutível saber se a referida diretiva impõe a obrigação de consagração de um regime de responsabilidade puramente objetiva das entidades adjudicantes, ou se a margem de liberdade conferida aos Estados na transposição da diretiva permite a consagração de um regime de responsabilidade fundado numa presunção de culpa. A questão pode discutir-se designadamente à luz da jurisprudência do TJUE em matéria de responsabilidade extracontratual do Estado por violação do direito a União (*infra*).

2. Uma remissão sistematicamente complexa: a referência aos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e a incompletude do n.º 2 do artigo 7.º

I – Apesar dos factos que estiveram na sua origem, a interpretação do atual n.º 2 do artigo 7.º do novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas suscita algumas perplexidades do ponto de vista sistemático. Na

verdade, ao remeter para o artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), o novo regime determina a aplicação dos princípios e regras de direito da União Europeia a todos os procedimentos de formação de contratos aos quais se aplica o referido artigo 100.º, ou seja, os relativos aos contratos de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens.

Recorde-se que o artigo 100.º do CPTA, que surge na sequência do disposto no Decreto-Lei n.º 134/98, embora inclua mais tipos contratuais – designadamente os contratos de concessão de obras públicas – do que aqueles a que se aplicava originariamente a Diretiva 89/665/CEE, continua a não abranger os atos relativos à formação de contratos de concessão de serviços públicos, assim como de concessão de uso privativo ou de exploração do domínio público ou outros contratos públicos abrangidos pelo Código dos Contratos Públicos (MÁRIO AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª ed., 2010, p. 661; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos: um olhar português*, 2006, pp. 395 ss).

Em contrapartida, se bem que só se aplique aos contratos públicos atualmente abrangidos pelas Diretivas europeias relativas aos contratos públicos (a Diretiva 2004/17/CE e a Diretiva 2004/18/CE), o artigo 100.º do CPTA aplica-se independentemente do valor do contrato. Por aqui se vê que, por um lado, o n.º 2 do artigo 7.º só se aplica a certos contratos públicos, mas, por outro, nos casos em que é aplicável, este preceito vale independentemente do valor do contrato. Ora, como é sabido, as diretivas sobre contratação pública só incluem no seu âmbito de aplicação contratos públicos de valor igual ou superior a certos limiares europeus.

II – Não se pode obliterar, por outro lado, que os contratos públicos não cobertos pelas diretivas sobre contratação e não abrangidos pelo n.º 2 do artigo 7.º do novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas não se situam propriamente num espaço irrelevante à luz do direito da União Europeia.

A Comunicação Interpretativa (2006/C 179/02), não sendo uma manifestação isolada, é especialmente esclarecedora a este propósito. Sem dúvida, a Comissão Europeia, nesta importante e conhecida Comunicação, não ignora que as Diretivas relativas aos contratos públicos não se aplicam (*i*) aos contratos de valor inferior aos limiares estabelecidos no artigo 7.º da Diretiva 2004/18/CE

e no artigo 16.º da Diretiva 2004/17/CE; e (ii) aos contratos de serviços que constam do anexo II B da Diretiva 2004/18/CE e do anexo XVII da Diretiva 2004/17/CE e excedam os limiares para aplicação das diretivas. A Comunicação tão-pouco contesta que estão parcialmente excluídos das Diretivas os contratos públicos de concessão (cfr. artigo 17.º da Diretiva 2004/18/CE e artigo 18.º da Diretiva 2004/17/CE, relativos a concessão de serviços e artigos 56.º a 65.º da Diretiva 2004/18/CE e artigos 18.º da Diretiva 2004/17/CE relativamente a concessões de obras). Todavia, na referida Comunicação Interpretativa da Comissão (2006/C 179/02), esclarece-se expressamente que, mesmo em relação a contratos não abrangidos pelas diretivas europeias relativas aos contratos públicos ou que se situem abaixo dos limiares europeus, mas tenham relevância europeia (a este respeito o TG esclareceu recentemente que “não se pode presumir, pelo simples facto de um contrato público se situar abaixo dos limiares de aplicação das diretivas contratos públicos, que os efeitos do referido contrato público no mercado interno são quase insignificantes” – Acórdão de 20 de maio de 2010, *Alemanha/Comissão*, Proc. T-258/06, Rec. 2010, p. II-2027, parágrafos 87 e 88), os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação em função da nacionalidade e a obrigação de transparência e de imparcialidade nos processos de adjudicação de contratos públicos não podem deixar de ser observados. Nestes casos, embora não seja aplicável diretamente o regime que em matéria de responsabilidade se extrai das Diretivas Recursos, não se pode deixar de tomar em consideração os princípios do direito da União Europeia em matéria de responsabilidade dos Estados-membros por ofensa da normas europeias.

A este propósito, não obstante o silêncio do n.º 2 do artigo 7.º, uma vez que este preceito só se ocupa dos contratos típicos das diretivas, o princípio da interpretação da lei em conformidade com o direito da União Europeia obriga a concluir que o n.º 2 do artigo 7.º do novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, ao remeter para os “*requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário*”, deve ser lido como sendo aplicável a *todos* os contratos públicos (incluindo os abrangidos pela Parte II do Código dos Contratos Públicos), com relevância europeia, muito embora não abrangidos pelo artigo 100.º do CPTA ou pelas Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE (cfr., sobre a questão, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *A Proposta de Lei n.º 56/X em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado*, cit., p. 238).

III – Tudo visto, em rigor, o n.º 2 do artigo 7.º compreende situações muito distintas, que importa distinguir.

Assim, em relação aos contratos abrangidos pelas diretivas, há que distinguir três hipóteses:

- a) quando estiverem em causa os contratos típicos das diretivas – a saber, contratos de empreitada, concessão de obras, prestação de serviços e fornecimento de bens – e se esteja acima dos limiares europeus, a remissão do n.º 2 do artigo 7.º convoca o regime de responsabilidade civil que se extrai das chamadas Diretivas Recursos;
- b) ao invés, na medida em que se aplica a procedimentos de formação de contratos, independentemente do valor do contrato e, portanto, também aos contratos cujo valor tenha relevância para o mercado interno mas fique abaixo dos limiares europeus relevantes para efeitos de aplicação das Diretivas Recursos, a remissão do n.º 2 do artigo 7.º refere-se às normas e princípios gerais do direito da União Europeia em matéria de contratação pública;
- c) enfim, se estiverem em causa contratos típicos das diretivas cujo valor seja tão reduzido que não tenha relevância para o mercado interno, não apresentando o contrato um interesse potencial para os agentes económicos situados noutros Estados-membros, nem sequer se aplica o direito da União Europeia aos eventuais litígios em matéria de responsabilidade civil que venham a surgir no quadro da formação do contrato público em causa.

Além disso, embora o n.º 2 do artigo 7.º nada diga quanto ao regime aplicável aos contratos públicos não abrangidos pelas diretivas sobre contratação e que apresentem relevância europeia, a sua interpretação em conformidade com o direito da União Europeia obriga a que, nestes casos, num litígio em matéria de responsabilidade civil das entidades adjudicantes, se respeite os princípios gerais em matéria de responsabilidade civil dos Estados-membros que têm sido afirmados ao nível europeu.

IV – É possível avançar ainda mais. É que, em rigor, a incompletude do n.º 2 do artigo 7.º ainda é maior, visto que, como lembra MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, pode ainda questionar-se a “incoerência estrutural entre o novo Regime e o direito da União Europeia”, na medida em que a remissão do n.º 2 do artigo 7.º deveria valer para todos os casos de responsabilidade estadual

por violação do direito da União e não apenas os imputáveis aos procedimentos administrativos de formação de contratos públicos ou mesmo à função administrativa do Estado (*O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o Direito da União Europeia*, 2009, pp. 49, 50). Em qualquer caso, sempre se dirá que o regime *geral* da responsabilidade do Estado por violação do direito da União se aplica independentemente de qualquer consagração legislativa.

3. Em busca dos traços específicos do regime geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado no âmbito do direito da União Europeia

3.1. Enquadramento

I – A remissão constante do n.º 2 do artigo 7.º, para os “os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário” tem sido criticada na doutrina, que sublinha a complexidade da jurisprudência europeia nesta matéria (cfr. HELOÍSA OLIVEIRA, *Jurisprudência comunitária e regime jurídico da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidade públicas – influência, omissão e desconformidade*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia*, IV, 2010, pp. 626-627; VERA EIRÓ/ESPERANÇA MEALHA, *Damages under Public Procurement*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia*, II, 2010, p. 1235). A solução legal encontrada para resolver o litígio com a Comissão Europeia não favorece, de facto, a segurança jurídica.

As considerações anteriores permitem, em qualquer caso, afirmar que a referência aos requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito da União não convoca apenas a aplicação de um regime *específico* de responsabilidade que deva extrair-se das Diretivas Recursos, impondo também que se atenda, em certos casos, ao regime *geral* da responsabilidade do Estado por violação do direito da União tal como concebido na jurisprudência do TJUE. A conclusão é particularmente relevante sobretudo na medida em que as entidades adjudicantes possam (ou não) ser consideradas parte do Estado à luz da jurisprudência do TJUE (uma vez que, se não forem, a doutrina *Francovich* não se aplica, aplicando-se apenas as diretivas).

II – Começando por lembrar o regime *geral* da responsabilidade do Estado por violação do direito da União, logo em 1976, o TJUE

afirmou no caso *Russo* (Acórdão de 22 de janeiro, de 1976, *Russo/ /AIMA*, Proc. 60/75, Rec. 1976, p. 45) – que envolvia o estabelecimento do preço do trigo –, que, no caso de ter sido causado prejuízo a um produtor individual devido à intervenção de um Estado-membro em violação do direito da União, “compete ao Estado assumir as consequências, em relação à pessoa lesada, no quadro das disposições do direito nacional relativas à responsabilidade do Estado” (parágrafo 9 – cfr., ainda no quadro do Tratado CECA, Acórdão de 16 de dezembro de 1960, *Humblet/Estado Belga*, Proc. 6/60, Rec. 1960, p. 1125). Contudo, esta afirmação parece não ter sido tomada seriamente numa época em que os princípios do efeito direto e do primado não se encontravam ainda plenamente estabelecidos na ordem jurídica da União.

A honra ficaria então reservada para o acórdão *Francovich* (Acórdão de 19 de novembro de 1991, *Francovich and Bonifaci/ Itália*, Proc. apensos C-6/90 e C-9/90, Rec. 1991, p. I-5357), onde o TJUE estabeleceu primeiramente as condições das quais depende a efetivação da responsabilidade dos Estados-membros por violação do direito da União, a saber: (i) que o resultado estabelecido pela diretiva inclua a atribuição de direitos aos particulares; (ii) que o conteúdo desses direitos possa ser identificado com base nas disposições da diretiva; e, (iii) que exista um nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas. Em *Francovich*, o reconhecimento da responsabilidade do Estado foi elevado a princípio geral de direito da União e considerado “inerente” ao sistema instituído pelo Tratado, surgindo como decorrência da necessidade de assegurar a efetividade do direito da União, diretamente fundada no princípio da cooperação leal (hoje estabelecido no artigo 4.º, n.º 3, TUE). Neste caso, o TJUE respondeu ainda negativamente à questão de saber se a responsabilidade do Estado está dependente de prévia declaração de incumprimento por parte do Tribunal. Não obstante, o TJUE acrescentou que, “na falta de regulamentação comunitária, é no âmbito do regime jurídico nacional da responsabilidade que incumbe ao Estado reparar as consequências do prejuízo causado” (parágrafo 4 do sumário), afirmando portanto o chamado princípio da autonomia processual nacional também neste domínio. Aqui, o TJUE chamou a atenção para o facto de as condições de fundo e de forma fixadas pelas diferentes legislações nacionais na matéria não poderem ser menos favoráveis do que as que dizem respeito às reclamações semelhantes de natureza interna (princípio da equivalência) e não poderem ser organizadas de forma a tornar

excessivamente difícil ou praticamente impossível a obtenção da reparação (princípio da efetividade). Mais tarde, em *Brasserie du pêcheur* (Acórdão de 5 de março de 1996, *Brasserie du pêcheur/Bundesrepublik Deutschland and The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame and others*, Proc. apensos C-46/93 e C-48/93, Rec. 1996, p. I-1029), o TJUE esclareceria que, estando em causa uma violação imputável ao legislador nacional atuando num domínio onde este dispõe de um amplo poder de apreciação para efetuar escolhas normativas, os particulares lesados têm direito à reparação desde que (i) a regra de direito da União tenha por objeto conferir-lhes direitos, que (ii) a violação seja suficientemente caracterizada e que (iii) exista um nexo de causalidade direto entre essa violação e o prejuízo sofrido pelos particulares.

O TJUE chamou aqui a atenção para o paralelismo entre o regime da responsabilidade extracontratual do Estado por violação do direito da União e o regime aplicável à União Europeia. Na verdade, nos termos do atual § 2 do artigo 340.º do TFUE, “em matéria de responsabilidade extracontratual, a União deve indemnizar, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, os danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções”. Como decorrência do próprio texto do Tratado, esta responsabilidade foi construída a partir dos *princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros*. Neste contexto, o TJUE sublinhou em *Brasserie du pêcheur* que, “na falta de justificação específica, não há, de forma alguma, que submeter a regimes diferentes a responsabilidade da Comunidade e a dos Estados-Membros em circunstâncias comparáveis, pois a proteção dos direitos conferidos aos particulares pelo direito comunitário não pode variar em função da natureza nacional ou comunitária da autoridade que está na origem do prejuízo” (parágrafo 42). Ora, em *Zuckerfabrik Schoepfenstedt* (Acórdão de 2 de dezembro de 1971, *Zuckerfabrik Schoepfenstedt/Conselho*, Proc. 5/71, Rec. 1971, p. 975), um caso que teve por objeto um pedido indemnizatório fundado no prejuízo causado por um regulamento relativo ao preço do açúcar, o TJUE entendeu que “tratando-se de um *ato normativo que implica opções de política económica*, só haverá responsabilidade da Comunidade pelo prejuízo causado aos particulares em consequência de tal ato, tendo em consideração as disposições do segundo parágrafo do artigo 215.º do Tratado, se existir *violação suficientemente caracterizada* de uma norma superior de direito que proteja os particulares” (parágrafo 11).

Da mesma forma, em *Brasserie du pêcheur*, o TJUE recordou que o regime construído ao abrigo do artigo 340.º TFUE, especialmente a propósito da responsabilidade decorrente de atos normativos, tem designadamente em consideração a complexidade das situações a regular, as dificuldades de aplicação ou de interpretação dos textos e, de uma forma mais especial, a margem de apreciação de que dispõe o autor do ato impugnado. Em particular, o TJUE notou que “a conceção restritiva da responsabilidade da Comunidade derivada do exercício das suas atividades normativas explica-se pelo facto de que, por um lado, o exercício da função legislativa, mesmo quando existe um controlo jurisdicional da legalidade dos atos, não deve ser dificultado pela perspetiva de pedidos de indemnização sempre que o interesse geral da Comunidade ordene que se adotem medidas normativas suscetíveis de afetar os interesses dos particulares, e que, por outro, num contexto normativo que se caracteriza pela existência de um amplo poder de apreciação, indispensável à concretização de uma política comunitária, a Comunidade só pode ser responsabilizada se a instituição em causa violou de forma *manifesta e grave* os limites que se impõem ao exercício dos seus poderes” (vd. parágrafos 43 a 45).

Como lembra MARIA LUÍSA DUARTE, a natureza legislativa da função do Estado que originou a violação das obrigações impostas pelo direito da União, embora não exclua o princípio da responsabilidade, “reflete-se, contudo, no modo como o Tribunal de Justiça concebe os pressupostos do direito à reparação”. Desta forma, “a aplicação pelo juiz nacional de critérios mais exigentes de apreciação da conduta do Estado-membro justifica-se em função da margem de livre apreciação de que dispõe o decisor nacional, e não em função do tipo de órgão interno que violou o Direito Comunitário ou do tipo de função que esse órgão exercia ao praticar o ato que consubstancia o incumprimento”. Em qualquer caso, havendo uma ampla liberdade de conformação, os critérios de aferição do fundamento e extensão da responsabilidade são “objeto de um entendimento particularmente exigente e rigoroso da parte do juiz comunitário”. Com efeito, “segundo o Tribunal de Justiça, o exercício do poder legislativo não deve ser entravado pela perspetiva da instauração de ações de indemnização sempre que se trate de aprovar medidas normativas que, determinadas pelo interesse geral, possam prejudicar os interesses patrimoniais dos particulares. Esta premissa sobre a representação da especificidade da função legislativa ao nível comunitário levou o Tribunal de

Justiça a considerar que, «tratando-se de um ato normativo que implique escolhas de política económica, a responsabilidade da Comunidade pelos prejuízos que os particulares teriam sofrido por efeito desse ato só é exigível [...] se se verificar uma violação suficientemente caracterizada de uma regra superior de direito que proteja os particulares» (MARIA LUÍSA DUARTE, *O artigo 22.º da Constituição Portuguesa e a necessária concretização dos pressupostos da responsabilidade extracontratual do Legislador – ecos da jurisprudência comunitária recente*, Legislação, n.º 17, 1996, pp. 12 ss).

Mais recentemente, no caso *Berdagerm* (Acórdão de 4 de julho de 2000, *Bergaderm e Goupil/Comissão*, Proc. C-352/98 P, Rec. 2000, p. I-5291), reconhecendo mais uma vez o alinhamento dos regimes de responsabilidade da União e dos Estados-membros, o TJUE acrescentou que a natureza geral ou individual de um ato de uma instituição não é um critério determinante para identificar os limites do poder de apreciação de que dispõe a instituição em causa (*vd.* parágrafo 46). VERA EIRÓ nota que ao passo que a dualidade ato administrativo/ato normativo marcava o ritmo dos pressupostos do regime de responsabilidade da União, não obstante “esta marca inicial, as decisões dos tribunais da União evoluíram no sentido de conferir a maior importância ao carácter vinculado ou discricionário do ato praticado pela Comunidade do que à sua natureza (normativa ou não normativa). Por outras palavras, os tribunais da União passaram, a dado momento, a marcar o ritmo da responsabilidade ao som da natureza discricionária ou vinculada do ato deixando de fazer relevar a sua natureza normativa ou administrativa” [VERA EIRÓ, *A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes. Fundamento e pressupostos*, 2011 (polic.), p. 145].

Em todo o caso, deve notar-se que a existência de uma margem de apreciação figura apenas como um dos elementos que o tribunal nacional pode levar em conta na determinação da existência de uma violação suficientemente caracterizada. Na verdade, o TJUE considera, a este respeito, que entre os elementos que o órgão jurisdicional competente pode atender, figuram (i) o grau de clareza e precisão da regra violada, (ii) o âmbito da margem de apreciação que a regra violada deixa às autoridades nacionais ou europeias, (iii) o carácter intencional ou involuntário do incumprimento verificado ou do prejuízo causado, (iv) o carácter desculpável ou não de um eventual erro de direito, (v) o facto de as atitudes adotadas por uma instituição europeia terem podido contribuir para a omissão, (vi) a adoção ou a manutenção de medidas ou práticas nacionais contrárias ao Direito da União (*vd.* parágrafo 56 do

Acórdão *Brasserie du pêcheur*). Assim, da mesma forma que acontece com a responsabilidade da União, “a natureza essencialmente discricionária ou vinculada da atuação das instituições funciona agora não como um *prius* para determinação dos pressupostos de responsabilidade aplicável mas antes como um elemento a ter em conta no âmbito da aferição do preenchimento de uma das condições de responsabilidade (a saber: a da existência de uma violação suficientemente caracterizada” (VERA EIRÓ, *A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes*, cit., p. 146).

III – O princípio da responsabilidade do Estado por violação do direito da União seria sucessivamente reafirmado num conjunto de arestos do TJUE, proferidos em vários domínios (*v.g.*, Acórdão de 10 de julho de 1997, *Palmisani/INPS*, Proc. C-261/95, Rec. 1997, p. I-4025; Acórdão de 1 de junho de 1999, *Konle*, Proc. C-302/97, Rec. 1999, p. I-3099; Acórdão de 4 de julho de 2000, *Haim*, Proc. C-424/97, Rec. 2000, p. I-5123). Dos casos *Hedley Lomas* [Acórdão de 23 de maio de 1996, *The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hedley Lomas (Ireland)*, Proc. C-5/94, Rec. 1996, p. I-2553], *Brinkmann* (Acórdão de 24 de setembro de 1998, *Brinkmann Tabakfabriken/Skatteministeriet*, Proc. C-319/96, Rec. 1998, p. I-5255), e *Fratelli Costanzo* (Acórdão de 22 de junho de 1989, *Fratelli Costanzo/Comune di Milano*, Proc. 103/88, Rec. 1989, p. 1839) decorre a extensão deste regime à atuações do Estado-administrador, e dos casos *Köbler* (Acórdão de 30 de setembro de 2003, *Köbler*, Proc. C-224/01, Rec. 2003, p. I-10239) e *Traghetti del Mediterraneo* (Acórdão de 13 de junho de 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, Proc. C-173/03, Rec. 2006, p. I-5177) às violações cometidas no exercício da função jurisdicional. À semelhança da jurisprudência europeia relativa a ações por incumprimento, o Estado é tratado pelo TJUE “como uma unidade, *i.e.*, independentemente das regras internas de distribuição de competências ou de exercício das suas diversas funções” [cfr. HELOÍSA OLIVEIRA, *Jurisprudência comunitária*, cit., p. 623; MARIA ISABEL TAVARES, *Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Novembro de 1991 – Processos C-6/90 e 9/90 Andrea Francovich e Danila Bonifaci e Outros c. República Italiana*, em SOFIA OLIVEIRA PAIS (coord.), *Princípios fundamentais de Direito da União Europeia: uma abordagem jurisprudencial*, 2.^a ed., 2012, pp. 114, 115; Acórdão de 1 de junho de 1999, *Konle*, Proc. C-302/97, Rec. 1999 p. I-3099; Acórdão de 4 de julho de 2000, *Haim*, Proc. C-424/97, Rec. 2000, p. I-5123].

3.2. *Uma matriz dualista e o problema da relevância da culpa*

I – Tendo em conta o acima exposto, coloca-se a questão de saber se o regime que decorre da jurisprudência do TJUE em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado implica a existência de um regime de responsabilidade objetiva do Estado que prescindia totalmente de qualquer apreciação de *culpa* por parte da entidade que causou prejuízo ao particular. A questão é, aqui, mais ampla que a relativa à aplicação do regime decorrente das Diretivas Recursos e respeita a toda e qualquer responsabilização pela função administrativa do Estado em virtude do direito da União Europeia.

Em geral, a jurisprudência do TJUE não exige a demonstração de que o Estado tenha agido com culpa. Não obstante, a resposta àquela questão parece assentar numa lógica tendencialmente binária, e convoca a distinção das situações nas quais as autoridades públicas dispõem de um considerável poder de apreciação dos casos em que tal não sucede. Na realidade, na senda da jurisprudência do TJUE acima referida, a caracterização do requisito da *ilicitude* parece fazer-se em moldes mais facilitadores para os casos em que as entidades públicas não dispõem de margem de apreciação ou dela dispõem apenas de uma forma reduzida, uma vez que aqui aquela se basta com a mera violação do direito da União. MARIA ISABEL TAVARES nota, neste contexto, que em *Francovich* estava em causa uma violação direta do Tratado que impõe a obrigação de transposição de diretivas (*Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de novembro de 1991*, cit., p. 116). Ao invés, depois do reconhecimento da especificidade da responsabilidade da União por atos normativos que impliquem opções de política económica, existe na jurisprudência europeia uma tendência para autonomizar as situações em que o decisor nacional dispõe de um amplo poder de apreciação, comparável ao que dispõem as instituições da União na implementação das políticas europeias, exigindo o TJUE nestes casos – embora numa jurisprudência que apresenta alguma flutuação – que, além da existência de uma violação de uma norma de direito da União atributiva de um direito e da verificação do nexo de causalidade, exista uma violação *suficientemente caracterizada*, no sentido de uma violação *manifesta e grave*.

II – Assim, em *Brasserie du pêcheur*, o TJUE esclareceu que nos casos em apreço “os legisladores alemão e do Reino Unido se viram confrontados com situações que implicavam escolhas

equiparáveis às efetuadas pelas instituições comunitárias aquando da adoção de atos normativos que relevam de uma política comunitária (parágrafo 50). Ora, “nessas circunstâncias”, o direito da União Europeia “reconhece um direito à reparação desde que se encontrem satisfeitas três condições, ou seja, que a regra de direito violada tenha por objeto conferir direitos aos particulares, que a violação seja suficientemente caracterizada e, por último, que exista um nexo de causalidade direto entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas (parágrafo 51)”. De qualquer modo, de acordo com o TJUE, haverá uma violação suficientemente caracterizada, quando esta perdurou, apesar de ter sido proferido um acórdão em que se reconhecia o incumprimento imputado ou um acórdão num reenvio prejudicial, ou apesar de existir uma jurisprudência bem assente do TJUE na matéria, dos quais resulte o carácter ilícito do comportamento em causa.

Em *British Telecommunications* (Acórdão de 26 de março de 1996, *The Queen/H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications*, Proc. C-392/93, Rec. 1996, p. I-1631), o TJUE considerou que estava em causa uma situação em que o Estado-Membro atuava com ampla margem de apreciação. Na verdade, envolvendo o caso uma transposição incorreta de uma diretiva “justificam-se, neste caso, condições restritivas da responsabilidade do Estado-Membro pelos fundamentos já acolhidos pelo Tribunal de Justiça para justificar as condições restritivas de responsabilidade extracontratual das instituições ou dos Estados-Membros no exercício da sua atividade normativa em setores abrangidos pelo direito comunitário em que gozam de amplo poder de apreciação, designadamente pela preocupação de que o exercício dessa atividade normativa não seja entravado pela perspectiva de ações de indemnização sempre que o interesse geral exija que tais instituições ou Estados-Membros adotem medidas suscetíveis de lesar os interesses de particulares (parágrafo 40)”.

No caso *Köbler*, estando em causa a responsabilidade por violação cometida no exercício da função jurisdicional do Estado, o TJUE afirmou a este respeito que “há que ter em conta a especificidade da função jurisdicional bem como as exigências legítimas de segurança jurídica” e que “só pode haver responsabilidade do Estado resultante de uma violação do direito comunitário por tal decisão, no caso *excepcional* de o juiz ter ignorado de modo *manifesto* o direito aplicável” (parágrafo 53). O TJUE acrescentou ainda que “uma violação do direito comunitário é suficientemente

caracterizada quando a decisão em causa foi tomada violando *manifestamente* a jurisprudência do Tribunal de Justiça na matéria” (parágrafo 56). SOFIA OLIVEIRA PAIS nota que a referência ao carácter excepcional da violação “parece confirmar a intenção do Tribunal de qualificar os pressupostos da responsabilidade do Estado por ato judicial, estabelecendo uma apreciação mais exigente dos requisitos fixados” [SOFIA OLIVEIRA PAIS, *Comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de setembro de 2003 – Proc. C-224/01 Gerhard Köbler c. Republik Österreich*, em SOFIA OLIVEIRA PAIS (coord.), *Princípios fundamentais de Direito da União Europeia: uma abordagem jurisprudencial*, 2.ª ed., 2012, pp. 143 ss].

III – A distinção resulta particularmente clara do acórdão *Dillenkoffer*, onde o TJUE depois de esclarecer que existe sem dúvida “uma violação suficientemente caracterizada quando uma instituição ou um Estado-Membro, no exercício do seu poder legislativo, viole, de forma manifesta e grave, os limites que se impõem ao exercício dos seus poderes”, acrescentou que, “na hipótese de o Estado-Membro em causa, no momento em que cometeu a infração, não se confrontar com opções normativas e dispor de uma margem de apreciação consideravelmente reduzida, ou mesmo inexistente, a *simples infração* ao direito comunitário pode bastar para provar a existência de uma violação suficientemente caracterizada” (parágrafo 25).

ALEXANDRA LEITÃO nota que pelo menos neste último caso está em causa a afirmação de uma responsabilidade objetiva [cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Duas questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (factos ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa: da responsabilidade civil à responsabilidade pública. Ilicitude e presunção de culpa*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, IV, 2012, p. 58]. Em particular, o TJUE notou no mesmo caso que “não se pode subordinar a reparação do prejuízo à exigência de uma declaração prévia, pelo Tribunal de Justiça, de um incumprimento ao direito comunitário imputável ao Estado (...), *nem à existência de dolo ou negligência* por parte do órgão estadual a quem o incumprimento é imputável” (parágrafo 28). A separação do requisito da culpa, por referência à existência de dolo ou negligência por parte da entidade em causa reflete a opção pelo modelo dualista germânico fundado na distinção entre ilicitude e culpa (*vide infra*, anotação ao artigo 10.º).

O caso *Dillenkoffer* é ainda importante na medida em que veio esclarecer a articulação entre os requisitos de responsabilidade

inicialmente estabelecidos em *Francovich* com a formulação adotada em *Brasserie du pêcheur*, afirmando que “no essencial, as condições estabelecidas nestes diferentes acórdãos são as mesmas, visto que a condição da existência de uma violação suficientemente caracterizada, embora, é certo, não seja mencionada no acórdão *Francovich e o.*, já referido, era, contudo, inerente às circunstâncias do caso (parágrafo 23)”.

IV – Mais tarde, a jurisprudência *Hedley Lomas* veio tornar claro que as condições estabelecidas em *Brasserie du pêcheur* também se aplicam aos casos em que o Estado viola o direito da União no exercício da função administrativa (cfr. parágrafo 26). Pode aqui considerar-se que a generalidade das intervenções do Estado no exercício da função administrativa constituem atuações que não envolvem uma considerável margem de apreciação por parte das autoridades públicas, e por conseguinte estão incluídas naquela categoria de casos em que a *mera violação* de normas protetoras dos particulares seria suficiente para preencher o requisito relativo à existência de uma violação suficientemente caracterizada.

Deve notar-se, todavia, que a formulação adotada pelo TJUE é cautelosa. Na verdade, no caso de o Estado-membro não dispor de uma margem de apreciação quanto à conduta a adotar, a mera violação do direito da União *pode* – não tem de – ser suficiente para satisfazer a segunda condição de responsabilidade estabelecida em *Brasserie du Pêcheur* relativamente à existência de uma violação suficientemente caracterizada (parágrafo 28 do acórdão *Hedley Lomas*).

Por outro lado, em *Manfredi*, num caso envolvendo uma relação jurídica entre dois particulares, o TJUE prescindiu completamente do requisito da violação suficientemente caracterizada (Acórdão de 13 de julho de 2006, *Manfredi*, Proc. apensos C-295/04 a 298/04, Rec. 2006, p. I-6619, parágrafos 58 ss).

V – Em face desta jurisprudência, AFONSO FIGUEIREDO PATRÃO a propósito da responsabilidade da União sublinha, justamente, a existência de dois “patamares” de ilegalidade que reflete o dualismo existente quanto à responsabilidade do Estado por violação do direito da União. O Acórdão *Bergaderm* veio esclarecer que a opção por dois patamares se desprende da natureza administrativa ou normativa do ato, “ligando-se agora exclusivamente aos poderes de apreciação da Instituição que adotou o ato”. Assim, “um ato adotado no quadro de amplos poderes de

apreciação está sujeito a um nível mais exigente de ilegalidade, não relevando o alcance geral ou particular do mesmo. Da mesma forma, a legalidade de um ato que não expresse uma opção política discricionária será sempre aferida de acordo com padrões menos rigorosos, ainda que revista natureza normativa” (AFONSO FIGUEIREDO PATRÃO, *Responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia*, 2008, p. 389). Neste contexto, alguns autores têm considerado que o estabelecimento de uma responsabilidade subjetiva ainda que alicerçada numa presunção de culpa leve é desconforme com o regime europeu da responsabilidade dos Estados-membros por violação de direito da União Europeia [cfr. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União Europeia: um princípio com futuro – Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 6.3.2002, Agravo 0650624, CJA, n.º 60 (2006), p. 67; Influência do Direito da União Europeia nos Regimes da Responsabilidade Pública, CJA, n.º 88 (2011), pp. 6-13, pp. 11-12; e O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado cit., p 54].*

Outra parte da doutrina, pelo contrário, sustenta que a existência de uma presunção de culpa é suficiente para aligeirar o ónus que recai neste domínio sobre o particular lesado (HELOÍSA OLIVEIRA, *Jurisprudência comunitária*, cit., p. 624). VERA EIRÓ nota a este propósito que a existência de uma violação suficientemente caracterizada não se basta com a mera ilegalidade do ato lesivo, uma vez que o *juízo de culpa* é sempre exigido, se bem que o grau da sua exigibilidade varie na proporção direta da margem de discricionariedade de que dispõe a instituição naquela atuação em concreto (VERA EIRÓ, *A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes*, cit., p. 152).

Em qualquer caso, em *Brasserie du pêcheur* o TJUE esclareceu que na determinação da existência de uma violação suficientemente caracterizada o órgão nacional pode ter em conta o *carácter intencional* ou *involuntário* do incumprimento verificado ou do prejuízo causado e bem assim o *carácter desculpável* ou não de um eventual erro de direito, elementos que, sempre se dirá, correspondem nos quadros jurídicos nacionais ao conceito de *culpa*. Não obstante, mesmo quando exige uma violação manifesta e grave, o TJUE não deixa de sublinhar que, muito embora alguns elementos objetivos e subjetivos que, no quadro de um sistema jurídico nacional, podem ser associados ao conceito de culpa, sejam “relevantes para se determinar se uma violação do direito comunitário é ou não caracterizada” (Acórdão *Brasserie du pêcheur* – parágrafo 78),

“a obrigação de reparar os prejuízos causados aos particulares não pode ficar subordinada a uma condição extraída do conceito de culpa que vá além da violação suficientemente caracterizada do direito comunitário” uma vez que “a imposição de uma tal condição suplementar seria o mesmo que pôr em causa o direito à reparação que tem o seu fundamento na ordem jurídica comunitária” (parágrafo 79). Assim, “aceita-se, neste domínio, que a culpa está ínsita na ilegalidade cometida, só podendo ser considerados certos elementos objetivos ou subjetivos (que, no quadro de um sistema jurídico nacional, andam normalmente associados ao conceito de culpa) para determinar se ocorreu, no caso concreto, uma violação suficientemente caracterizada do direito comunitário” (CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade extracontratual do Estado*, 2.^a ed., cit., p. 160).

Em síntese, parece que a existência de um elemento subjetivo de imputação não se encontra totalmente ausente da apreciação do requisito relativo à violação suficientemente caracterizada do direito da União. É portanto discutível que da jurisprudência do TJUE decorra o estabelecimento necessário de um regime de responsabilidade extracontratual do Estado puramente objetiva. No caso *British Telecommunications* o TJUE exonerou o Reino Unido de responsabilidade por ter considerado que tinha havido boa-fé na transposição da diretiva. No mesmo sentido vai HELOÍSA OLIVEIRA, para quem da jurisprudência do TJUE decorre apenas uma necessidade de aligeirar o ónus da prova da culpa, e não o estabelecimento necessário de um regime de responsabilidade objetiva. Assim, para a autora a presunção de culpa leve estabelecida no artigo 10.º, n.º 2, do novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas “é suficiente para concluir pela conformidade do diploma neste ponto com a jurisprudência comunitária, visto que o TJUE, deixando aos ordenamentos nacionais liberdade para estabelecer o regime jurídico aplicável, erige como limites, como referido, entre outros, a inexistência de condições que tornem na prática muito difícil ou impossível a obtenção da reparação” (HELOÍSA OLIVEIRA, *Jurisprudência comunitária*, cit., p. 624). Não obstante, é inegável que um regime de responsabilidade objetiva é mais favorável ao particular lesado e o TJUE tem adotado uma postura restritiva em matéria de ónus da prova da culpa (cfr. *Acórdão Traghetti del Mediterraneo*).

3.3. Limites à exclusão da indemnizabilidade de categorias de danos

Por fim, quando esteja em causa uma violação do direito da União, pode discutir-se ainda se será admissível uma interpretação da lei portuguesa que exclua *a priori* e em abstrato certos tipos de danos indemnizáveis. Segundo o TJUE, compete aos Estados-membros fixar os critérios de que depende a atribuição da indemnização – aplicando-se aqui o princípio da autonomia processual nacional –, a qual deve ser adequada aos danos sofridos por forma a garantir uma efetiva proteção dos direitos particulares (Acórdão *Brasserie du pêcheur*, parágrafo 82). Todavia, do princípio da efetividade do direito da União decorre que “as restrições existentes nas ordens jurídicas nacionais em matéria de responsabilidade extracontratual das autoridades públicas [...] não podem tornar, na prática, impossível ou excessivamente difícil o exercício pelos particulares do direito à reparação, tal como se encontra garantido pelo direito comunitário, por prejuízos causados pela sua violação”. Assim, por exemplo, em *Brasserie du pêcheur* o TJUE entendeu que “a exclusão total, a título do prejuízo reparável, do lucro cessante não pode ser aceite em caso de violação do direito comunitário”, na medida em que “especialmente a propósito de litígios de ordem económica ou comercial, uma tal exclusão total do lucro cessante é suscetível de tornar impossível, de facto, a reparação do prejuízo” (parágrafos 87 e 90).

Não surpreende, por isso, que, entre nós, alguma doutrina tenha já questionado a conformidade com o direito da União da limitação do ressarcimento ao dano *anormal* em consequência de atos da função legislativa previsto no artigo 15.º do regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas (MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União Europeia*, cit., p. 68, e *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, cit., p. 61).

4. O Regime das Diretivas Recursos como uma obrigação de indemnizar *sui generis* ou com pressupostos específicos

A remissão para os requisitos da responsabilidade extracontratual do Estado por violação do direito da União deve, quanto aos contratos aos quais se aplicam as diretivas europeias dos contratos públicos, entender-se como convocando um regime de responsabilidade que se extrai do artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 89/665/CEE e do artigo 2.º, alínea d), da Diretiva 92/13/CEE,

as quais preveem a obrigação de os Estados-membros estabelecerem nos ordenamentos jurídicos internos meios que permitam “conceder indemnizações às pessoas lesadas por uma violação” ou na redação da Diretiva 92/13/CEE “conceder indemnizações por perdas e danos às pessoas lesadas pela violação”. Este regime é, aliás, particularmente relevante em relação às entidades adjudicantes que não se integrem no conceito de “Estado” para efeitos de aplicação dos princípios e normas de direito da União.

4.1. *A questão da relevância da culpa nas Diretivas Recursos*

I – A doutrina tem questionado se esta obrigação de indemnizar se funda em pressupostos específicos distintos daqueles que baseiam a responsabilidade extracontratual do Estado que decorre da doutrina *Francovich*. E, neste contexto, a discussão centra-se, antes de mais, na relevância nesta sede do pressuposto da culpa.

Já no âmbito da primeira ação por incumprimento intentada contra o Estado Português, o Governo português tinha considerado que a Diretiva 89/665/CEE não impõe a obrigação de estabelecer uma responsabilidade de tipo objetivo, uma vez que a diretiva apenas menciona a possibilidade de os cidadãos obterem indemnizações quando se considerem lesados por decisões ilegais, sem especificar se a atribuição de uma indemnização fica ou não subordinada ao cumprimento de condições específicas (cfr. parágrafo 23 do acórdão de 2004). Assim, a consagração legal de uma mera presunção de culpa bastaria para assegurar uma adequada transposição da Diretiva Recursos, razão pela qual a versão originária do n.º 2 do artigo 7.º se limitava a remeter para “os termos da presente lei”.

Ao invés, vários autores – incluindo na doutrina portuguesa – têm apontado para uma responsabilidade das entidades adjudicantes ao abrigo das Diretivas Recursos fundada na invocação da mera ilicitude do ato. A obrigação de indemnizar, nesta perspetiva, não depende da existência de uma violação suficientemente caracterizada (qualificada) nem da demonstração de culpa da entidade administrativa (VERA EIRÓ/ESPERANÇA MEALHA, *Damages under Public Procurement*, cit., pp. 1238-1239).

Como refere VERA EIRÓ na sua dissertação de doutoramento, a obrigação de indemnizar prevista nas diretivas europeias funda-se numa noção *alargada* de ilícito, que se satisfaz com a mera violação do direito europeu da contratação pública ou com a normação nacional que o transpõe (mera ilegalidade), e é independente da

existência de culpa. A autora sublinha ainda que considerar que a mera violação das regras de contratação pública consubstancia um dano individual implica uma confusão entre a situação jurídica lesada e o dano ressarcível [*A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes*, cit., pp. 406 ss e 587-588 – cfr., referindo-se a uma tendência crescente para aceitação no domínio da contratação pública de um elenco cada vez mais alargado dos fatores geradores de responsabilidade, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Responsabilidade das entidades públicas na formação dos contratos: tópicos de reflexão, em tempos de crise...*, CJA, n.º 88 (2011), p. 38]. Subjacente a esta eventual autonomização de um regime específico aplicável à obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes está uma ideia facilitadora da verificação dos pressupostos da responsabilidade civil dos Estados-membros justificada essencialmente pelos princípios da efetividade do direito da União e pelo objetivo de consolidação do mercado interno que subjaz ao regime europeu dos contratos públicos (VERA EIRÓ, *ibidem*).

Na mesma linha vai MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA que considera que a alteração introduzida ao artigo 7.º, n.º 2, do novo regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas parece pressupor que a presunção de culpa estabelecida no artigo 10.º, n.º 2, não se afigura suficiente para assegurar a transposição das Diretivas Recursos, pelo que a responsabilidade do Estado nele contemplada deve bastar-se com a ilicitude e nexó de causalidade. Assim, a remissão ali constante se deve entender-se como convocando um regime de responsabilidade especial decorrente das Diretivas Recursos que se basta com a violação do direito da União (menos exigente que o requisito da violação manifestamente caracterizada) dispensando ainda qualquer juízo de culpa (MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado* cit., pp. 51 e 53; no mesmo sentido parece ir CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade extracontratual do Estado*, 2.ª ed., cit., p. 160).

Também SUE ARROWSMITH aponta para a desnecessidade de culpa, considerando todavia que a eventual exigência de uma violação suficientemente caracterizada parece respeitar o princípio da efetividade do direito da União [SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, p. 1421, citando o caso inglês *Harmon CFEM Facades (UK) Ltd v The Corporate officer of the House of Commons* (2000), onde se considerou que havia lugar a indemnização independentemente da existência de uma violação suficientemente caracterizada].

II – A jurisprudência do TJUE a respeito da relevância da culpa não é, apesar de tudo, inequívoca.

Assim, em matéria de contratação pública, o TJUE considerou, no caso *Embassy Limousines*, que pelo facto de o Parlamento Europeu dispor de um poder de apreciação importante quanto aos elementos a ter em consideração para tomar uma decisão de atribuir um contrato no âmbito de um concurso público, “o controlo do Tribunal deve limitar-se a verificar a falta de *erro grave e manifesto* (parágrafo 56)” (Acórdão de 17 de dezembro de 1998, *Embassy Limousines & Services/Parlamento*, Proc. T-203/96, Rec. 1998, p. II-4239). Todavia, uma vez que este caso não envolveu a aplicação das Diretiva Recursos, sempre se pode considerar que o mesmo é relevante apenas na medida em que estejam em causa violações das regras dos Tratados. Não obstante, em *AfCon*, um caso que envolveu a adjudicação de um contrato de serviços de assistência técnica por parte da Comissão Europeia, o TG ponderou, de forma autónoma, a existência de uma *violação suficientemente caracterizada* das normas europeias em causa, considerando que, apesar da margem de apreciação de que a Comissão dispunha naquele caso concreto, o comportamento daquela instituição traduzia uma violação grosseira do direito da União, utilizando a bitola da “violação manifesta e grave” (Acórdão de 17 de março de 2005, *AfCon Management Consultants e outros/Comissão*, Proc. n.º T-160/03, parágrafo 93).

Já no domínio específico das Diretivas Recursos o TJUE reconheceu em *Hospital Ingenieure* que “como resulta do sexto considerando e do artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 89/665, esta impõe aos Estados-Membros a obrigação de porem em vigor processos de recurso adequados para os casos de ilegalidade dos processos de adjudicação de contratos públicos” (Acórdão de 18 de junho de 2002, *HI*, Proc. C-92/00, Rec. 2002, p. I-5553). Mais tarde, o TJUE estabeleceu, de forma clara, que a Diretiva 89/665/CEE deve ser interpretada no “sentido de que se opõe a uma legislação nacional que subordina o direito de indemnização decorrente da violação do direito dos contratos públicos por uma entidade adjudicante ao carácter culposo dessa violação, mesmo quando a aplicação dessa legislação assenta na presunção de culpa da referida entidade adjudicante e na impossibilidade de esta invocar a falta de capacidades individuais e, em consequência, a falta de censurabilidade subjetiva da violação alegada” (Acórdão de 30 de setembro de 2010, *Strabag e outros*, Proc. C-314/09, Rec. 2010, p. I-8769, parágrafo 45). Com efeito, “o meio processual que

tem por objeto a concessão de uma indemnização, previsto no artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 89/665, só pode constituir, eventualmente, uma alternativa processual compatível com o princípio da efetividade subjacente ao objetivo da eficácia dos recursos prosseguido pela referida diretiva, se a possibilidade de concessão das indemnizações em caso de violação das regras relativas aos contratos públicos não estiver condicionada à prova da culpa da entidade adjudicante, da mesma forma que não devem estar os outros processos de recurso previstos neste artigo 2.º, n.º 1 (parágrafo 39)“.

Todavia, em *Combinatie Spijker Infrabouw*, o TJUE “confundiu as águas” ao afirmar que o artigo 2.º, n.º 1, c), da Diretiva 89/665 constitui uma concretização do princípio geral da responsabilidade do Estado por violação do direito da União, que é “inerente” à ordem jurídica da União, fazendo apelo direto à doutrina *Francovich* e seus sucessores neste domínio (Acórdão de 9 de dezembro de 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie e outros*, Proc. C-568/08, Rec. 2010, p. I-12655, parágrafos 86, 87). Assim, “no que diz respeito à responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares por violações do direito da União que lhe sejam imputáveis, os particulares lesados têm direito a reparação, desde que a norma do direito da União violada tenha por objeto conferir-lhes direitos, que a violação dessa norma seja suficientemente caracterizada e que haja um nexo de causalidade direto entre essa violação e o dano sofrido. Na falta de disposições do direito da União neste domínio, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro, uma vez satisfeitas as referidas condições, fixar os critérios com base nos quais o prejuízo resultante de uma violação do direito da União em matéria de adjudicação de contratos públicos deve ser determinado e avaliado, desde que sejam respeitados os princípios da equivalência e da efetividade” (parágrafo 92). Este último caso, parecer ter introduzido confusão na jurisprudência europeia neste domínio, uma vez que o TJUE sugere a existência de uma “ponte” entre o regime geral decorrente da doutrina *Francovich* e o regime específico de responsabilidade fundado nas Diretivas Recursos. Deve notar-se que o Advogado-Geral no processo havia proposto a este respeito ao TJUE que declarasse apenas que, “para os efeitos do artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 89/665, os critérios de determinação e de extensão do dano a indemnizar, resultante da violação do direito da União Europeia em matéria de contratos públicos, devem ser determinados pelo direito nacional, apesar de o princípio da

efetividade do direito da União impor que a prova dos danos não seja tão rígida que dificulte a sua demonstração até ao extremo de prejudicar a eficácia dessa disposição, que se proceda a inclusão dos correspondentes juros e, por último, que não fique excluída a eventualidade de tomar em consideração o conceito de lucro cessante” (Conclusões do Advogado-Geral PEDRO CRUZ VILLALÓN em *Combinatie Spijker Infrabouw*, parágrafo 112).

4.2. *A regra específica do n.º 7 do artigo 2.º da Diretiva 92/13/CEE para o pedido de indemnização por perdas e danos relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato*

I – O n.º 7 do artigo 2.º da Diretiva 92/13/CEE contém uma regra específica, ao estabelecer que, se estiver em causa um pedido de *indemnização por perdas e danos* relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, basta ao particular “provar que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação”. O sentido deste preceito suscita, no entanto, muitas dúvidas.

II – Afigura-se claro, em face do teor do preceito, que, pelo menos para o efeito nele previsto, a responsabilidade das entidades adjudicantes é puramente objetiva, uma vez que se basta com a invocação da violação do direito europeu dos contratos públicos ou das normas nacionais que o transpõem. E, aparentemente, presume-se que qualquer violação da referida normação preenche o conceito de ilicitude, dispensando por isso a demonstração de que está em causa uma norma de proteção.

III – Noutro plano, a questão de saber o que se deve entender por “uma *possibilidade real* de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação” está longe de encontrar uma resposta fácil.

Seguramente, com a formulação utilizada, o legislador europeu quis excluir qualquer solução nacional que fizesse ficar dependente a tutela ressarcitória do interesse contratual negativo da existência de um *direito à adjudicação*, suportando todos os demais o chamado “risco de investimento” [cfr. VERA EIRÓ/ESPERANÇA MEALHA,

Damages under Public Procurement, cit., p. 1242; PAULO MOTA PINTO, *Responsabilidade por violação de regras de concurso para celebração de um contrato (em especial o cálculo da indemnização)*, em *Estudos de Contratação Pública*, II, 2010, p. 286].

Mais controverso é saber se a *possibilidade real* a que se refere a Diretiva vai ao ponto de impor a tutela ressarcitória mínima a todos os concorrentes cujas propostas não devessem ser excluídas, independentemente de qualquer juízo de *probabilidade* de adjudicação. Na ausência de normas da União, não se pode ignorar que o TJUE faz recorrentemente apelo ao princípio da autonomia processual nacional, determinando que incumbe ao ordenamento jurídico interno de cada Estado-membro fixar os critérios que permitem determinar a extensão da indemnização, desde que respeitados os princípios da equivalência e da efetividade, pelo que é duvidoso que se extraia da diretiva a *necessidade* de adoção de um entendimento tão lato de *possibilidade real* (cfr., considerando que o particular não tem de demonstrar que tendo ganho o concurso os lucros teriam coberto os custos da proposta, SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, cit., p. 1422).

Todavia, entre nós, no âmbito da autonomia do legislador português, a leitura do Código dos Contratos Públicos aponta no sentido de que todos os concorrentes cujas propostas não tenham sido excluídas ou não devessem ser excluídas têm uma possibilidade real para efeitos do n.º 2 do artigo 7.º A solução, coerente com o dever de adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente, quando o contrato não vier a ser celebrado com o adjudicatário inicialmente escolhido, aflora claramente no n.º 4 do artigo 79.º do Código dos Contratos Públicos. Todavia, a este respeito, o Tribunal Central Administrativo Norte – embora reconhecendo que a *possibilidade* aqui em discussão não significa uma “‘efetiva’ atribuição real do contrato ao lesado”, correspondendo antes a um “conceito que é necessariamente menos exigente que este último, porquanto o lesado para ser indemnizado apenas terá de provar aquela possibilidade e não de que o mesmo seria o efetivo selecionado no ato de adjudicação e viria a outorgar o contrato” – defendeu que se tem em qualquer caso de tratar-se de uma *possibilidade real* e, “como tal, não se basta com uma possibilidade ‘hipotética’, o que afasta necessariamente do preenchimento do requisito aquelas situações, nomeadamente, em que o lesado apresentou proposta que se mostra graduada/posicionada em lugar que o afaste claramente da vitória no concurso ou ainda cuja proposta não cumpra o caderno de encargos visto nestes casos estarmos

em face duma possibilidade meramente hipotética e nunca real” (Acórdão de 4 de novembro de 2011, Proc. 00213/06.1BELLE).

IV – Sem prejuízo das considerações formuladas *supra*, no âmbito da anotação ao artigo 3.º, deve entender-se que a solução que se extrai do n.º 7 do artigo 2.º da Diretiva 92/13/CEE não significa, *a contrario*, que o interesse contratual positivo não seja tutelável pela Diretiva 92/13/CEE. Ou seja, a previsão de um regime especial para o ressarcimento dos custos da proposta nos termos do n.º 7 do artigo 2.º não prejudica uma eventual pretensão indemnizatória fundada no interesse contratual positivo. Tal será o caso, designadamente, se o lesado demonstrar que sem a violação das normas em causa *teria vencido o concurso*, e/ou se a entidade adjudicante estava vinculada a celebrar o contrato, ou seja, tinha o *dever de conclusão* do contrato (cfr., por exemplo, PAULO MOTA PINTO, *Responsabilidade por violação de regras de concurso*, cit., pp. 288-289; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance*, 2011, pp. 344 ss).

De facto, o n.º 7 do artigo 2.º da Diretiva 92/13/CEE limita-se a prever um regime específico para as hipóteses em que o pedido de indemnização visa a reparação dos danos relativos aos custos incorridos com a preparação da proposta ou a participação no procedimento de celebração do contrato público, exigindo apenas nestes casos que o lesado prove “que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação”.

Esta indemnização não prejudica a responsabilidade civil nos termos gerais. É o que decorre da alínea *d*) do n.º 1 do artigo 2.º da mesma Diretiva 92/13/CEE. Por isso, na coerência interna da Diretiva, tudo aponta justamente no sentido de que pode haver outro tipo de danos indemnizáveis no âmbito de procedimentos de formação de contratos públicos abrangidos pelas diretivas da contratação. E, naturalmente, deve entender-se, nos termos gerais, que, quando se atenda ao interesse contratual positivo, e portanto à situação em que o lesado se encontraria se o contrato tivesse sido adjudicado, já não são indemnizáveis os danos incorridos com o custo da elaboração da proposta, sob pena de enriquecimento sem causa do concorrente lesado. Com efeito, neste cenário, a reconstituição da situação atual hipotética passará pelo reconhecimento de que o concorrente lesado teria necessariamente

de ter suportado os custos com a proposta, se lhe tivesse sido adjudicado o contrato. O ressarcimento dos custos suportados com a elaboração da proposta em virtude da aplicação do n.º 7 do artigo 2.º parece, pois, incompatível com a satisfação do interesse contratual positivo.

Apesar disto, no plano interno, a questão da tutela do interesse contratual positivo é muito controversa. E, como se verificou *supra*, na anotação ao artigo 3.º, não obstante a doutrina mais recente ter aberto a porta à tutela do interesse contratual positivo em certos casos de ilegalidades cometidas em procedimentos de formação dos contratos públicos, a jurisprudência dominante continua amarrada à tese de que o único interesse atendível nesta sede é o interesse contratual negativo.

4.3. *A questão da aplicabilidade do n.º 7 do artigo 2.º da Diretiva 92/13/CEE no âmbito da Diretiva 89/665/CEE e na Diretiva 92/13/CEE*

A regra específica segundo a qual, se estiver em causa um pedido de *indenização por perdas e danos* relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, basta ao particular “provar que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação” só consta do n.º 7 do artigo 2.º da Diretiva 92/13/CEE. Nada de semelhante se dispõe na Diretiva 89/665/CEE.

Na verdade, a Diretiva 89/665/CEE fala apenas, no seu artigo 2.º, n.º 1, alínea c), em “conceder indenizações às pessoas lesadas por uma violação”, não prevendo qualquer regime especial para as situações em que um particular formule um pedido de *indenização por perdas e danos* relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato.

Impõe-se, neste contexto, a questão de saber se o regime constante do n.º 7 do artigo 2.º da Diretiva 92/13/CEE é igualmente aplicável aos demais contratos públicos para além dos abrangidos por esta diretiva, designadamente os abrangidos pela Diretiva 89/665/CEE onde não encontra consagração uma norma deste tipo.

Dir-se-ia que o apelo ao elemento sistemático da interpretação, designadamente, aos “lugares paralelos” da lei, favorece

uma interpretação da alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º da Diretiva 89/665/CEE à luz da solução contemplada pelo n.º 7 do artigo 2.º da Diretiva 92/13/CEE (cfr., também sugerindo o paralelo e questionando a possibilidade de extensão a outros contratos de direito público e de direito privado, PAULO MOTA PINTO, *Responsabilidade por violação de regras de concurso*, cit., pp. 277 e 293; cfr. ainda, considerando que as soluções encontradas devem ser as mesmas relativamente às duas diretivas, VERA EIRÓ/ESPERANÇA MEALHA, *Damages under Public Procurement*, cit., p. 1242; cfr., por fim, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Responsabilidade das entidades públicas na formação dos contratos: tópicos de reflexão, em tempos de crise...*, cit., p. 38; Conclusões do Advogado-Geral PEDRO CRUZ VILLALÓN, *Combinatie Spijker Infrabouw*, parágrafos 91-97).

5. Outras possíveis fontes legais do regime de responsabilidade civil por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação de contratos públicos

I – Uma última nota para referir que, para além do disposto no n.º 2 do artigo 7.º do novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, o legislador português previu um conjunto de regimes especiais de obrigação de indemnizar por parte entidades adjudicantes (cfr., questionando se “em tempos de crise” não será necessário repensar os critérios de determinação da medida da indemnização neste tipo de situações previstas no Código dos Contratos Públicos, pois estas soluções, pensadas para outro tempo “noutro contexto, para evitar que as entidades adjudicantes pudessem desistir de ânimo leve dos procedimentos pré-contratuais tornar-se-iam, em situações de crise, absolutamente perversas do ponto de vista dos dinheiros públicos...”, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Responsabilidade das entidades públicas na formação dos contratos*, cit., p. 42).

Assim, nos termos do n.º 6 do artigo 27.º do Código dos Contratos Públicos, a entidade adjudicante deve indemnizar os concorrentes pelos *encargos em que comprovadamente incorreram* com a elaboração das respetivas propostas apresentadas no concurso de conceção quando a decisão de escolha do ajuste direto, ao abrigo do disposto na alínea g) do n.º 1 – que dispõe que o contrato, na sequência de um concurso de conceção, deva ser celebrado com o concorrente selecionado ou com um dos concorrentes selecionados nesse concurso, desde que tal intenção tenha sido manifestada nos respetivos termos de referência e de acordo com as regras neles

estabelecidas –, tenha caducado ou não tenha sido tomada no prazo de um ano a contar da decisão de adjudicação tomada no concurso de conceção. O n.º 3 do artigo 76.º do mesmo diploma dispõe, por seu turno, que, quando a decisão de adjudicação seja tomada e notificada aos concorrentes após o termo do prazo da obrigação de manutenção das propostas, a entidade adjudicante deve indemnizar o concorrente que recuse a adjudicação pelos *encargos em que comprovadamente incorreu* com a elaboração da respetiva proposta. Além disso, o n.º 4 do artigo 79.º do Código dos Contratos Públicos dispõe que, quando o órgão competente para a decisão de contratar decida não adjudicar com fundamento no disposto nas alíneas *c*) e *d*) do n.º 1 do mesmo artigo – a saber, quando por circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspetos fundamentais das peças do procedimento após o termo do prazo fixado para a apresentação das propostas; ou quando circunstâncias supervenientes ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, relativas aos pressupostos da decisão de contratar, o justifiquem –, a entidade adjudicante deve indemnizar os concorrentes, cujas propostas não tenham sido excluídas, *pelos encargos em que comprovadamente incorreram* com a elaboração das respetivas propostas. Por fim o n.º 3 do artigo 105.º do Código dos Contratos Públicos estabelece que se por facto que lhe seja imputável, a entidade adjudicante não outorgar o contrato no dia, hora e local fixados para a outorga do contrato, o adjudicatário pode desvincular-se da proposta, devendo aquela liberar a caução que este haja prestado, sem prejuízo do direito a ser indemnizado *por todas as despesas e demais encargos em que comprovadamente incorreu* com a elaboração da proposta e com a prestação da caução.

A previsão específica da obrigação de indemnizar nas situações referidas constitui um eco da tutela jurídica hoje reforçada da posição dos concorrentes em face de uma decisão de contratar que autovincula, ainda que tendencialmente, a entidade adjudicante. Todavia, numa leitura sistematicamente comprometida e teleologicamente coerente, e em conformidade com as coordenadas constitucionais e europeias em matéria de responsabilidade pré-contratual por facto ilícito, deve entender-se que a previsão de uma indemnização circunscrita aos *encargos em que os interessados comprovadamente incorreram com a elaboração das respetivas propostas* não tem o alcance de excluir a reparabilidade de outros tipos de danos sempre que, nos termos gerais, haja fundamento para uma responsabilidade civil por *faute*. Nesta perspetiva, o sentido

útil destes regimes especiais radica na afirmação de um direito de indemnização mínimo desde que verificados os pressupostos enunciados nas disposições legais em causa – e que se reconduzem, aliás, ao menos em certos casos, a regimes especiais de responsabilidade por atos *lícitos* –, não prejudicando outras pretensões indemnizatórias quando a atuação da entidade adjudicante seja ilícita e, na medida em que se exija a culpa, culposa.

II – O disposto no n.º 3 do artigo 45.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), quando estabelece que, em caso de recusa do visto, “os trabalhos realizados ou os bens ou serviços adquiridos após a celebração do contrato e até à data da notificação da recusa do visto poderão ser pagos após esta notificação, desde que o respetivo valor não ultrapasse a programação contratualmente estabelecida para o mesmo período”, não pode, obviamente, afastar o regime geral de responsabilidade civil por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação de contratos públicos e que, em conformidade com o sentido que se extrai do artigo 22.º da Constituição e do direito da União Europeia, encontra a sua sede legal no n.º 2 do artigo 7.º do novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. A solução plasmada no n.º 3 do artigo 45.º da LOPTC não pretende, neste sentido, resolver um problema de responsabilidade civil, mas tão-somente, à semelhança do que sucede em geral com os efeitos de juízos de ilegalidade com eficácia retroativa em contratos em execução ou já executados (cfr., por exemplo, artigo 289.º do Código Civil), assegurar que o co-contratante é remunerado pelo valor correspondente àquilo que legitimamente prestou antes da recusa do visto (cfr., porém, insistindo nos limites aos pagamentos a efetuar em caso de recusa de visto que se extrairiam aparentemente do artigo 45.º, n.º 3, Acórdão do Tribunal de Contas n.º 9/12, de 21 de março, no caso ELOS – Ligações de Alta Velocidade, S.A.).

RUI MEDEIROS
PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS

Artigo 7.º

Responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas coletivas de direito público

1 – (...)

2 – (...)

3 – O Estado e as demais pessoas coletivas de direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da ação ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço.

4 – Existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos.

SUMÁRIO

1. Responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço: enquadramento
2. Autoria material do facto lesivo: falta coletiva e falta anónima
3. Responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço e pressupostos gerais da responsabilidade civil

1. Responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço: enquadramento

Tal como sucede com outras disposições do presente regime jurídico, os preceitos do presente artigo 7.º são o resultado da conjugação do anterior regime do Decreto-Lei n.º 48051 com a elaboração jurisprudencial de conteúdo inovatório de que, de modo algo inusitado, esse regime foi sendo objeto ao longo das várias décadas em que esteve em vigor.

Como, na verdade, foi muito judiciosamente assinalado por VIEIRA DE ANDRADE, movemo-nos, aqui, num domínio que constitui um exemplo de “*case law*”, o que é “especialmente notável num sistema jurídico, como o português, em que sempre houve um predomínio claro e porventura excessivo do direito legislado”. E isto, porque, “se coube à lei estabelecer o princípio geral da responsabilidade da Administração, foi a jurisprudência que contribuiu decisivamente para a evolução do instituto”, segundo linhas “que implicaram uma verdadeira *transição normativa* no sistema” (cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Panorama geral do direito da responsabilidade*

“civil” da Administração Pública em Portugal, em *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos, III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Valladolid, 16-18 de octubre de 1997, 1999, p. 47).

Ora, se, no regime jurídico aqui em análise, existe um artigo em que essa *mudança de paradigma* pode ser apreendida em toda a sua clareza, ele é, precisamente, este artigo 7.º

Com efeito, o regime dos n.ºs 1 e 2 é expressão do princípio da imputação direta às entidades públicas dos ilícitos cometidos pelos seus órgãos ou agentes (cfr. CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas anotado*, 2.ª ed., 2011, p. 169), do qual resulta que, por regra, a constituição em responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas por danos ilicitamente resultantes do exercício da função administrativa pressupõe e assenta na imputação de um concreto facto lesivo à conduta, ativa ou omissiva, de um determinado titular de órgão ou agente.

Desde os anos sessenta do século passado, a jurisprudência administrativa portuguesa procedeu, no entanto, à importação do Direito francês do instituto da responsabilidade por *faute du service* (para a caracterização da figura, por referência à origem, entre nós, dessa jurisprudência, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A responsabilidade da Administração no Direito português*, 1973, pp. 33 ss; para uma ampla inventariação de posteriores espécimes jurisprudenciais, cfr., entretanto, CARLA AMADO GOMES, *Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*, 1999, pp. 409 ss), construção jurisprudencial do Conselho de Estado francês que assenta na imputação a entidades públicas da responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes de um *funcionamento anormal do serviço*, que, nas circunstâncias do caso, não possa ser imputado à conduta concreta de um determinado agente (cfr., por exemplo, ANDRÉ DE LAUBADÈRE/JEAN-CLAUDE VENEZIA/YVES GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, tomo 1, 15.ª ed., 1999, pp. 983-984).

Essa modalidade de responsabilidade, de importação jurisprudencial, encontra hoje consagração nos n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º, cuja previsão assenta, pois, numa lógica inovadora, de responsabilização da Administração enquanto tal, pela sua própria conduta lesiva, sem necessidade da demonstração de que um determinado agente atuou com culpa, mas apenas de que o serviço no seu conjunto funcionou de modo anormal, seja porque não funcionou em absoluto, seja porque funcionou tardiamente ou, em todo o caso, porque não observou os padrões mínimos de resultado que se lhe

impunham. Assinalando, aliás, a propósito do Direito espanhol, a importância da inovação ocorrida naquele país a partir do momento em que o modelo tradicional, em que o lesado tinha de identificar o agente público cuja conduta causou o dano, foi substituído por um novo modelo, em que “a garantia patrimonial direta dos cidadãos perante a Administração cobre, tanto os danos causados por ações administrativas imputáveis a agentes públicos concretos, como as lesões patrimoniais produzidas pelo funcionamento impessoal ou anónimo da organização administrativa”, cfr. JESÚS LEGUINA VILLA, *La protección jurídica del administrado. La responsabilidad patrimonial de la Administración: evolución y principios actuales*, em *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado – Trabalhos preparatórios da reforma*, 2002, p. 87.

A consagração, no artigo 7.º, n.ºs 3 e 4, de um regime de responsabilidade da Administração por *funcionamento anormal do serviço* tem, na verdade, um alcance inovador que não pode deixar de ser devidamente assinalado.

Com efeito, ela é expressão de um novo entendimento segundo o qual a Administração não é a “entidade que garante o pagamento da indemnização na condição e na medida da culpa do agente”, mas é, ela própria, objeto de uma responsabilidade *direta*, que não tem por que ser indiretamente determinada através do apuramento da responsabilidade de titulares de órgãos ou agentes determinados (cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Panorama geral do direito da responsabilidade “civil” da Administração Pública em Portugal*, cit., p. 44. Para alguns Autores, a responsabilidade direta do serviço é uma *ficção*, utilizada em sentido metafórico, na medida em que os serviços não podem atuar senão através dos seus titulares de órgãos e agentes: cfr. referências em MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade civil da Administração por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado*, 2000, pp. 93-95. Contestando, no entanto, essa perspectiva, a propósito das pessoas coletivas em geral, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade civil do Estado*, em *Em Homenagem a Diogo Freitas do Amaral*, 2010, p. 909).

Por outro lado, com a introdução do instituto em análise, assegura-se que a Administração não responde apenas pelos danos que resultem de específicas condutas ilícitas e culposas de agentes determinados, mas, de um modo geral, pelos danos resultantes do seu funcionamento que o lesado não tenha obrigação de suportar, porque não seriam causados por um serviço que funcionasse normalmente, isto é, de acordo com *padrões médios de resultado*, como afirma o n.º 4.

Subjacente a esta solução está uma lógica de “*ampliação do conceito de ilicitude*” e de “*predomínio da ideia de ilicitude sobre a da culpa ou de objetivização da culpa*”. Como, na verdade, bem nota VIEIRA DE ANDRADE, movemo-nos, neste domínio, num contexto em que “se desvaloriza a ideia de culpa como censura ético-comportamental, subordinando-a à ideia de ilicitude ou conferindo-lhe contornos objetivos, no sentido de garantir a indemnização dos danos causados aos direitos e interesses legalmente protegidos, desde que se detete um ‘funcionamento anormal’ da atividade administrativa que se projete nas relações com os particulares, independentemente da demonstração de culpa pessoal, subjetiva ou ‘psicológica’ do agente” (cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Panorama geral do direito da responsabilidade “civil” da Administração Pública em Portugal*, cit., p. 45; e, numa perspetiva de âmbito geral, reportada às pessoas coletivas em geral, MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade civil do Estado*, cit., pp. 905 ss). Apesar das aparências em contrário, parecem, aliás, convergir neste sentido as jurisprudências francesa e espanhola: a primeira, assimilando as situações de funcionamento anormal dos serviços a um conceito objetivado de *faute*, e a segunda reconduzindo essas situações à previsão normativa da responsabilidade da Administração pelo funcionamento anormal dos seus serviços (cfr., por exemplo, MICHEL FROMONT, *La responsabilité de l’État en droit français*, em *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado – Trabalhos preparatórios da reforma*, 2002, p. 157, e LEGUINA VILLA, *La protección jurídica del administrado*, cit., p. 101).

E, bem vistas as coisas, movemo-nos aqui num domínio em que a antijuridicidade tende a não ser perspetivada como um elemento subjetivo da conduta lesiva adotada, mas como um elemento objetivo caracterizador do dano indemnizável (cfr. ainda LEGUINA VILLA, *La protección jurídica del administrado*, cit., p. 92). Neste sentido, sustenta LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado*, 2008, pp. 74 e 76, que, neste âmbito, a ilicitude se transfere do plano da conduta, para o do dano. E, na verdade, o que aqui acontece é que a ilicitude não é (necessariamente) reportada a uma *conduta*, e, portanto, ao desvalor subjetivo da ação, mas a um *resultado*, ao dano injusto sofrido pelo lesado. Com a consagração do instituto da responsabilidade por funcionamento anormal do serviço, o sistema português da responsabilidade civil das entidades públicas evoluiu, pois, em convergência com outros ordenamentos jurídicos próximos do nosso, no sentido da objetivização e da acentuação da função reparadora do instituto da responsabilidade civil, promovendo

a proteção da vítima (para mais desenvolvimentos, *vide infra*, anotação ao artigo 9.º).

2. Autoria material do facto lesivo: falta coletiva e falta anónima

Resulta dos n.ºs 3 e 4 do presente artigo 7.º que, mesmo quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de determinada pessoa ou, em todo o caso, não seja possível comprovar a autoria pessoal da ação ou omissão ocorrida, existe responsabilização da entidade pública desde que a produção dos danos possa ser imputada a um funcionamento anormal do serviço.

Têm-se, assim, em vista dois tipos de situações, ditas de *falta coletiva* e de *falta anónima*.

A *falta coletiva* abrange os casos em que os danos não podem ser diretamente imputados ao comportamento concreto de alguém, pois resultam de uma atuação global, que envolve uma responsabilidade dispersa por diversos setores ou intervenientes, porventura prolongada ao longo do tempo, sendo, por isso, imputável a um deficiente funcionamento do serviço, na medida em que se pode afirmar que os danos não seriam causados por um serviço que funcionasse normalmente, isto é, de acordo com *padrões médios de resultado*.

Em certos casos, deve ser, neste domínio, objetivado o estabelecimento do próprio nexó de causalidade entre o facto lesivo e o dano, quando nem sequer se mostre possível identificar um comportamento concreto como causa adequada à qual imputar a produção do efeito lesivo (assinalando o ponto, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde: culpa do agente ou culpa da organização?*, em *Direito da Saúde e Bioética*, 1996, p. 475, e MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade civil administrativa, Direito administrativo geral*, tomo III, 2008, p. 27). Na doutrina francesa, é apontado como exemplo paradigmático o caso jurisprudencial do internado num hospital por uma afeção benigna ou para sofrer uma intervenção banal e que é vítima de sequelas graves, sem que se possa apurar que conduta ilícita e culposa poderá ter causado essas sequelas (cfr. ANDRÉ DE LAUBADÈRE / JEAN-CLAUDE VENEZIA / YVES GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, tomo 1, 15.^a ed., cit., p. 984).

Na jurisprudência portuguesa, cfr., por exemplo, os Acórdãos do STA de 22.02.2006, Proc. n.º 137/05, de 14.04.2010, Proc. n.º 751/07, e de 12.04.2012. A este propósito, escreveu-se, designadamente, no segundo destes acórdãos: “Na situação, como sustenta o

recorrente, não foi apurada a causa da sépsis que determinou a morte da doente, nem a causa direta da morte do feto, nem no caso existe uma certeza de que a doente e respetivo feto teriam sido salvos se os serviços do hospital tivessem agido nos moldes em que deviam. Só que, o que se espera de um hospital ou dos respetivos serviços numa situação como a que ora nos ocupa, como ficou consignado no Acórdão de 22.02.2006, proc. 137/05, '*é que mantenha sobre o doente que internou para observação uma verdadeira vigilância, que permita detetar e valorizar os sintomas que se vão ao longo do tempo apresentando*'. [...] Face ao que anteriormente se referiu os danos ou prejuízos sofridos e peticionados na ação todos eles se apresentam como uma consequência provável do evento donde emerge o direito de indemnizar – deficiente prestação de serviços médicos por parte dos agentes do R. e subsequente morte da doente e feto – devendo por conseguinte os AA. serem indemnizados pelas lesões sofridas. Deve, pois, concluir-se no sentido da verificação do nexo de causalidade."

A *falta anónima*, por seu turno, existe nas situações em que a lesão não pode deixar de ser imputável ao concreto comportamento de um determinado agente, mas não é possível determinar a identidade desse agente e, portanto, apurar a autoria pessoal do facto lesivo. Ainda neste caso, a produção dos danos evidencia a existência de um funcionamento anormal do serviço, na medida em que se possa afirmar que, se o serviço, através desse agente indeterminado, tivesse funcionado como deveria, os danos não se teriam produzido (cfr. CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, 2.^a ed., cit., pp. 163-164).

É sobretudo no domínio das omissões de condutas devidas que tendem a ocorrer situações de *funcionamento anormal do serviço*, por ser primordialmente nesse domínio que mais difícil se torna estabelecer a conexão entre o dano e a concreta conduta de um agente passível de ser individualizado (cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade civil administrativa*, cit., p. 27; LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado*, cit., p. 49 e nota 42). É o que, desde logo, sucede nos casos de omissão da sinalização de trabalhos, obstáculos ou defeitos na via pública, de omissão da manutenção e conservação de árvores, ou da omissão da limpeza de esgotos e da guarda e conservação de coletores públicos – domínios, aliás, em grande medida abrangidos pela previsão, no artigo 10.º, n.º 3, da existência de presunção de culpa por incumprimento de deveres de vigilância (cfr. CARLA AMADO GOMES, *Contributo para o estudo*

das operações materiais da Administração Pública, cit., pp. 410-414; CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, 2.ª ed., cit., p. 199, nota 332).

Como resulta do n.º 4, a falta do serviço deve ser apreciada em abstrato, atendendo a padrões de rendimento médio que seria exigível observar nas circunstâncias do caso concreto. A ilicitude da conduta não se avalia, portanto, em função de um padrão normativo de conduta, mas de um padrão objetivo de funcionamento (cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Panorama geral do direito da responsabilidade “civil” da Administração Pública em Portugal*, cit., p. 366).

Como sugere CARLOS CADILHA, “para definir o padrão de comportamento exigível poderão considerar-se as normas internas do serviço, os relatórios relativos a índices de produtividade e quaisquer outros elementos de aferição, não sendo de excluir que se atendam a dados comparativos com serviços congéneres” (cfr. CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, 2.ª ed., cit., p. 165). Parece, assim, de entender que não haverá responsabilidade quando os danos possam ser atribuídos a falta de recursos humanos, materiais ou financeiros – mas isto, a nosso ver, apenas na medida em que o serviço disponha dos recursos mínimos que seja razoável exigir para que ele possa funcionar nas condições necessárias para evitar os danos produzidos.

3. Responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço e pressupostos gerais da responsabilidade civil

A nosso ver, o instituto da responsabilidade por danos resultantes de um *funcionamento anormal do serviço* enquadra-se no regime da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas por facto ilícito e culposo (*faute*) [em sentido contrário, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde*, cit., pp. 482-484, MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade civil administrativa*, cit., p. 27, e VIEIRA DE ANDRADE, *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, RLJ, n.º 3951, ano 137.º (2008), p. 363, que falam, a este propósito, na existência de uma responsabilidade civil objetiva por atos ilícitos não culposos, em que o mau funcionamento do serviço funcionaria como um sucedâneo da culpa].

Na verdade, o artigo 9.º estabelece, no seu n.º 1: “Consideram-se ilícitas as ações ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários

e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infringam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado, e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos.” E acrescenta, no n.º 2: “Também 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 artigo 9.º procede, assim, no n.º 2, à equiparação das situações de *funcionamento anormal do serviço* àquelas em que, nos termos do n.º 1, a responsabilidade das entidades públicas pressupõe a imputação de um concreto facto lesivo à conduta de um agente determinado, violadora das regras aplicáveis ou de deveres objetivos de cuidado. Por conseguinte, o legislador dirige um juízo de censura ao serviço que funciona mal, no n.º 2 do artigo 9.º, tal como, no n.º 1 do mesmo artigo, formula um juízo de censura sobre o agente concreto que infringe os deveres objetivos de cuidado pelos quais devia pautar a sua atuação.

Esse juízo de censura traduz-se no reconhecimento de que, nas circunstâncias do caso, *era exigível a um serviço que funcionasse bem* (ou seja, que funcionasse segundo padrões médios de resultado) *que não tivesse causados os danos produzidos* – o que, dependendo das circunstâncias, pode significar que, para o efeito, ele deveria ter atuado com maior rapidez, que deveria ter atuado quando não atuou ou que deveria ter adotado medidas diferentes daquelas que adotou, em ordem a não causar os danos produzidos ou a evitar que o resultado danoso se produzisse (neste sentido, a doutrina francesa afirma que a *faute du service* pode consubstanciar-se num *mau fonctionnement* (negligências, erros, perdas de *dossiers*, execuções materiais irregulares), num *funcionamento tardio* ou numa *ausência de funcionamento*: cfr., por todos, GEORGES DUPUIS/MARIE-JOSÉ GUÉDON / /PATRICE CHRÉTIEN, *Droit Administratif*, 11.ª ed., 2009, p. 592).

A previsão do n.º 2 do artigo 9.º envolve, por isso, a formulação de um juízo de censura em relação ao serviço que funciona mal. Esse juízo é, naturalmente, *objetivado*, na medida em que não se reporta ao comportamento específico de um determinado agente administrativo que violou deveres objetivos de conduta, mas não deixa de existir enquanto tal (para mais desenvolvimentos, *vide infra*, anotação ao artigo 9.º).