

Artigo 9.º

Ilícitude

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 infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado, e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos.

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

SUMÁRIO

1. Enquadramento: caracterização genérica, inserção sistemática e antecedentes normativos
2. Modalidades de ilicitude: ilegalidade (n.º 1), inobservância de deveres de cuidado (n.º 1) e funcionamento anormal do serviço (n.º 2)
3. Primeira modalidade de ilicitude: ilegalidade
4. Segunda modalidade de ilicitude: inobservância de deveres objetivos de cuidado
5. Terceira modalidade de ilicitude: funcionamento anormal do serviço
6. Dimensão subjetiva da ilicitude: ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos
7. Causas de justificação: cumprimento de deveres, estado de necessidade, consentimento do lesado e legítima defesa

1. Enquadramento: caracterização genérica, inserção sistemática e antecedentes normativos

I. As disposições que integram a Secção I do Capítulo II têm por objeto regular a responsabilidade por danos decorrentes de factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa. Por conseguinte, tanto o artigo 7.º, n.º 1, como o artigo 8.º, n.º 1, fazem referência aos pressupostos de que depende a constituição em responsabilidade nesse domínio: por um lado, às “ações ou omissões ilícitas” (*facto ilícito*), “cometidas com culpa leve” (artigo 7.º, n.º 1) ou “com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores” aos exigíveis (artigo 8.º, n.º 1) (*culpa*); por outro lado, aos “danos que resultem” dessas ações (*danos e nexos de causalidade entre o facto e os danos*).

A verdade, porém, é que os artigos 7.º e 8.º ocupam-se, primordialmente, da questão da repartição de responsabilidades entre as entidades públicas e os seus servidores, determinando em que

casos a responsabilidade (i) é exclusiva das entidades públicas (artigo 7.º); (ii) é solidária entre as entidades públicas e os seus servidores (artigo 8.º, n.ºs 1 e 2); ou (iii) é exclusiva dos servidores públicos (artigo 8.º, n.ºs 1 e 2, *a contrario*).

Diversos aspetos resultam, por isso, ainda definidos de modo impreciso dos termos, intencionalmente genéricos, em que os referidos artigos se referem aos pressupostos da responsabilidade por facto ilícito e culposo. É, com efeito, nos artigos 9.º e 10.º que se procede à determinação dos parâmetros pelos quais deve ser aferido o preenchimento dos pressupostos da *ilicitude* e da *culpa*. Os artigos 9.º e 10.º complementam, assim, os referidos preceitos, densificando as referências genéricas que neles são feitas aos conceitos de *ilicitude* e *culpa*.

O teor do n.º 1 do presente artigo 9.º corresponde, no essencial, ao do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48051. O preceito afasta-se, contudo, num ponto daquele que o precedeu, na medida em que, enquanto o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48051 definia a *ilicitude* apenas por referência à violação de normas ou deveres objetivos de cuidado, o preceito em análise acrescenta a exigência de que daí “resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”.

A alteração não é, no entanto, especialmente relevante, pois a verdade é que também o Decreto-Lei n.º 48051 não deixava já de assumir, no n.º 1 do artigo 2.º, que a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos era um pressuposto da responsabilidade civil da Administração Pública. Da referência que, em separado, no mesmo preceito era feita à *ilicitude*, associada à definição que desse conceito era dada, depois, no artigo 6.º, parecia, porém, resultar a opção de afastar tal requisito do domínio da *ilicitude*, nesse equívoco tendo incorrido uma parte muito relevante da doutrina [cfr., por todos, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, 9.ª ed., 2010 (reimp.), p. 1201]. O presente artigo 9.º procede, pois, neste domínio, a uma clarificação, esclarecendo que a mera violação, por parte da Administração Pública, das normas ou deveres objetivos de conduta que se lhe impõem não constitui, só por si, um ilícito civil. Para que isso suceda, é ainda necessário que da violação dessas regras resulte a ofensa dos direitos ou interesses de outrem.

Como será notado na exposição subsequente, há, assim, neste domínio, que distinguir uma dimensão objetiva e uma dimensão subjetiva. Na exposição subsequente, começaremos por proceder à análise das modalidades em que se pode desdobrar a dimensão

objetiva da ilicitude (notas 2 a 5), para, num segundo momento, nos referirmos à dimensão subjetiva (nota 6).

Quanto ao n.º 2, tem carácter inovador, reportando-se ao regime da responsabilidade por *funcionamento anormal do serviço*, que, com carácter inovatório, foi introduzido pelos n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º, e na economia do qual, como adiante melhor se verá, tem o sentido e alcance de proceder à equiparação das situações de funcionamento anormal do serviço àquelas em que, nos termos do n.º 1, a responsabilidade das entidades públicas decorre da imputação de um concreto facto ilícito lesivo à conduta, ativa ou omissiva, de um agente determinado.

2. Modalidades de ilicitude: ilegalidade (n.º 1), inobservância de deveres de cuidado (n.º 1) e funcionamento anormal do serviço (n.º 2)

O regime da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas pelo exercício da função administrativa caracteriza-se por proceder a uma significativa *ampliação do conceito de ilicitude*, com *predomínio da ideia de ilicitude sobre a da culpa*. Isso deve-se sobretudo à consagração do regime da responsabilidade da Administração pelo funcionamento anormal dos seus serviços, mas, em nossa opinião, é, desde logo, fruto da circunstância de o n.º 1 do presente artigo 9.º, tal como já sucedia com o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48051 que o precedeu, denotar uma clara influência do Direito francês quanto ao modo como configura o pressuposto da *ilicitude*.

Com efeito, é, a nosso ver, em termos idênticos àqueles em que, no Direito francês, se procede à identificação das situações de existência de *faute*, que o preceito em análise faz corresponder as situações de ilicitude das condutas administrativas, em alternativa, (i) à violação das normas pelas quais a Administração Pública se deve pautar na sua atuação – a saber: regras ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares, ou regras técnicas devidamente formalizadas –, ou (ii) à inobservância dos deveres objetivos de cuidado que ao agente se impunham.

Na verdade, é, a nosso ver, em termos idênticos que a questão é colocada no Direito Civil francês, onde se entende que uma *faute*, entendida como violação consciente de um dever ou de uma obrigação impostos pela ordem jurídica, tanto se pode consubstanciar (i) na inobservância de deveres formalmente impostos por leis ou regulamentos (*deveres explicitados por normas escritas*), como, na

ausência de tais determinações explícitas, se pode traduzir (ii) na violação do dever geral de conduta prudente e diligente, que para todos genericamente decorre do dever de não prejudicarem os outros com a própria conduta (cfr., por todos, GENEVIÈVE VINEY / /PATRICE JOURDAN, *Les Conditions de la Responsabilité*, em *Traité de Droit Civil de Jacques Ghestin*, 3.ª ed., 2006, pp. 374 e 380 ss, *maxime* 411-413). No primeiro tipo de situação, a existência de *faute* afere-se, objetivamente, por referência ao conteúdo do comando normativo violado; no segundo, ela afere-se por referência ao conteúdo de um *standard*, um modelo ou padrão de comportamento, que o agente deveria ter adotado – sendo que o *standard* tradicional é o do *bonus pater familias* ou do *reasonable man*, que representa tradicionalmente o homem normalmente prudente e diligente (cfr. URIEL FABRE-MAGNAN, *Droit des Obligations*, 2 – *Responsabilité civile et quasi-contrats*, 2.ª ed., 2010, pp. 88 ss).

Também é, entretanto, nos mesmos termos que a questão é colocada no Direito Administrativo francês, onde, distinguindo as situações danosas causadas pela prática de atos jurídicos ilegais, daquelas que resultam de operações materiais ilícitas, se assume que (i) o ato jurídico lesivo constitui uma *faute* quando é ilegal, por violar deveres formalmente impostos por leis ou regulamentos – estamos, aí, perante uma *faute* consubstanciada na violação de deveres explicitados por normas escritas – e que (ii) as operações materiais lesivas constituem uma *faute* quando configurem uma conduta que não observou o *standard*, o modelo ou padrão de comportamento que deveria ter observado – e isto, seja porque se tratou de uma conduta de um agente concreto, que, por ação ou omissão, violou o dever objetivo de cuidado que se lhe impunha, seja porque foi o próprio funcionamento do serviço enquanto tal que não observou o *standard*, modelo ou padrão médio que lhe era exigível (cfr., por todos, RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, tomo 1, 15.ª ed., 2001, p. 1295).

Tal como já anteriormente, à face do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48051 (cfr., por todos, MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, 1997, pp. 38-39), também no âmbito do n.º 1 do presente artigo 9.º é, assim, possível identificar duas modalidades de ilicitude, distinguindo as situações danosas causadas pela prática de atos jurídicos ilegais, daquelas que resultam de operações materiais ilícitas: ilicitudes por ilegalidade e ilicitudes por inobservância de deveres objetivos de cuidado. A estas duas modalidades, o n.º 2 vem acrescentar uma terceira, que corresponde às situações de funcionamento anormal

do serviço, tal como previstas nos n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º Nas três notas subsequentes procederemos à circunstanciada análise de cada uma destas modalidades de ilicitude.

3. Primeira modalidade de ilicitude: ilegalidade

Na primeira das duas modalidades nas quais, como vimos, se desdobram as formas que podem assumir as situações de ilicitude previstas no n.º 1 do presente artigo 9.º, o preceito tem em vista os casos de *violação de normas*, dimensão da maior importância, atenta a especial relevância de que, por força do princípio da legalidade, se reveste a regulação normativa dos atos jurídicos unilaterais que exprimem o exercício de poderes de autoridade da Administração, na medida em que, na generalidade dos casos, a responsabilidade civil das entidades públicas pelo exercício da função administrativa resulta da violação das normas que, para elas, resultam da Constituição, das leis e dos regulamentos que disciplinam os termos da sua atuação jurídica (cfr. RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, tomo 1, 15.ª ed., cit., p. 1295). Inscrevem-se neste domínio tanto as situações de ofensa de direitos subjetivos, como de interesses legalmente protegidos, por violação de disposições legais dirigidas a proteger interesses alheios: as chamadas normas de proteção (reconhecendo que, no universo das normas de proteção, predominam, precisamente, as regras de Direito público, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português*, II – *Direito das obrigações*, tomo III, 2010, p. 453).

Cumpre, porém, notar que, no Direito francês, nas situações de pura e simples violação de regras objetivas de conduta, não se considera necessário o preenchimento de qualquer outro requisito para que se reconheça a existência de *faute* – conceito que, naquele ordenamento jurídico, corresponde, simultaneamente, à existência de ilicitude e culpa (cfr. ainda RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, tomo 1, 15.ª ed., cit., pp. 1295-1296; o mesmo sucede, aliás, no Direito italiano: cfr., por todos, MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade civil da Administração por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado*, 2000, p. 100, com outras referências). O que bem se compreende, na medida em que também em Direito Civil se reconhece que, “na presença de ilicitude por violação de normas de proteção, a culpa assume uma forma mais aderente à própria ilicitude e a causalidade é moldada sobre o escopo da norma violada” (cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, tomo III, cit.).

Ora, até ao surgimento do presente regime jurídico, também entre nós a jurisprudência administrativa, à face do anterior regime do Decreto-Lei n.º 48051, tendia a orientar-se no mesmo sentido, assumindo o entendimento de que a prática de qualquer ato administrativo ilegal envolvia uma presunção judicial de culpa, que praticamente nunca era elidida, pelo que configurava, *in re ipsa*, a comissão de um facto não só ilícito, mas também culposo (no sentido de que “quando é violado o dever de boa administração pela prática de um ato administrativo ilegal, o elemento culpa dilui-se na ilicitude, assumindo a culpa o aspeto subjetivo da ilicitude”, *cfr.*, entre tantos, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 12.12.1989, RLJ, n.º 3816, p. 80, de 7.3.1989, Acórdãos Doutrinários n.ºs 344-345, p. 1049, de 19.7.1992, Proc. n.º 30 582, *Apêndice ao Diário da República*, de 17.4.1996, pp. 4242-4244, de 21.03.1996, Proc. n.º 35 909, de 24.4.1996, Proc. n.º 28 189-A, *Apêndice ao Diário da República*, de 03.12.1996, Proc. n.º 39 020, de 23.10.1998, p. 2908; e, por último, de 9.10.2012, Proc. n.º 565/12).

Hoje, o legislador prevê expressamente, no n.º 2 do artigo 10.º, uma presunção de culpa associada à emissão de atos jurídicos ilegais.

A solução afigura-se justificada, na medida em que, como o primeiro dever da Administração é conhecer e respeitar o Direito, é compreensível que o legislador entenda associar um especial juízo de censura às situações de ilegalidade administrativa. Mas a verdade é que, ao introduzir tal presunção em sede de definição de um regime autónomo de culpa nesta matéria, o legislador assumiu, quanto a este ponto, o afastamento do regime francês da *faute*, separando o regime da ilicitude do da culpa. Com efeito, o regime de presunção de culpa separa a questão da ilicitude da questão da culpa, na medida em que coloca em planos distintos a verificação objetiva da ocorrência da violação de normas e a valoração que cumpra realizar sobre se, nas concretas circunstâncias do caso, a observância de tais normas era exigível ao agente, em termos de se poder e dever formular um juízo de censura, do ponto de vista da sua culpabilidade, pelo facto de ele não as ter observado. Ora, fazendo isto, o legislador, ainda que em situações esparsas, abre explicitamente a porta à possibilidade de, em situações concretas, se demonstrar que, agindo embora ilegalmente, o autor do ato ilegal adotou a conduta que, em função das circunstâncias do caso, era exigível de um funcionário zeloso e cumpridor (para mais desenvolvimentos, *vide infra*, anotação ao artigo 10.º).

4. Segunda modalidade de ilicitude: inobservância de deveres objetivos de cuidado

A nosso ver, é na segunda das modalidades nas quais, como vimos, se desdobram as formas que podem assumir as situações de ilicitude previstas no n.º 1 do presente artigo 9.º que mais se evidencia a já mencionada influência do Direito francês quanto ao modo como, no preceito em análise, é configurado o pressuposto da *ilicitude*.

Com efeito, ao fazer corresponder as situações de ilicitude das condutas administrativas, não só aos casos de violação das normas pelas quais a Administração Pública se deva pautar na sua atuação, mas também às situações de inobservância dos deveres objetivos de cuidado que se lhe impunham, o preceito assume, a nosso ver, um entendimento amplo de *ilicitude*, no sentido francês de *faute*, que nele integra um componente que, nos quadros tradicionais do nosso Direito Civil, corresponde à culpa, que é, precisamente, entendida como a inobservância de deveres objetivos de cuidado (cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, tomo III, cit., p. 472; também no sentido de que a culpa consiste na preterição da diligência pela qual a lei exigia que o autor do facto voluntário e ilícito tivesse pautado a sua conduta e que a negligência pressupõe a violação, consciente ou inconsciente, de deveres objetivos de cuidado, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade civil administrativa, Direito administrativo geral*, tomo III, 2008, pp. 25 e 26).

Na verdade, é frequente que, em situações decorrentes de ações materiais ou omissões da Administração Pública, que não de emissão ou recusa de atos jurídicos, a lesão dos direitos de outrem não resulte da violação de normas. Ora, ao assumir que, nesse tipo de situação, são ilícitas as condutas que envolvam violação de deveres objetivos de cuidado, o preceito assume que, para que exista ilicitude, as consequências da lesão do direito de outrem sem causa justificativa têm de ser imputadas à inobservância dos deveres objetivos de cuidado que ao agente se impunham para evitar a ocorrência da lesão. De outro modo, não haverá ilicitude.

Em nossa opinião, o preceito em análise integra, deste modo, no pressuposto da ilicitude – que, na hipótese em referência, se concretizaria, à partida, na pura e simples lesão de uma situação subjetiva sem causa justificativa (neste sentido, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, tomo III, cit., pp. 443 ss) –, um componente que, nos quadros tradicionais do nosso Direito Civil, corresponde

à culpa (reconhecendo que, ao incluir a violação de regras técnicas ou de prudência comum, a ilicitude prevista no regime da responsabilidade das entidades públicas implica “um juízo em que se misturam elementos de culpa”, 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. 50, nota 15*). O preceito assume, desse modo, que sempre que a Administração Pública lese um direito sem violar uma norma nem um dever objetivo de cuidado, não só não há culpa, como nem sequer existe ilicitude.

Não há, naturalmente, culpa. É o que resulta do n.º 1 do artigo 10.º, que, ao estabelecer que a culpa dos titulares dos servidores públicos deve ser apreciada em função da “diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor”, associa a culpa à ausência da aptidão e à inobservância da diligência – e, portanto, do dever objetivo de cuidado – exigível a um servidor público zeloso e cumpridor. Mas, à face do que dispõe o n.º 1 do presente artigo 9.º, não só não há culpa, como nem sequer há ilicitude.

Em sentido crítico em relação a esta solução, pronunciou-se Menezes Cordeiro, para quem a originalidade do regime aqui em análise conduziria a que pudesse haver violações lícitas de direitos subjetivos ou de normas de proteção, independentemente de causas de justificação, o que seria absurdo (cfr. MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade civil do Estado, em Em Homenagem a Diogo Freitas do Amaral, 2010, p. 913*). A nosso ver, a questão não se coloca nas situações de violação de normas, na medida em que tais violações, desde que sejam lesivas de direitos ou interesses por elas protegidas, são, *ipso facto*, ilícitas, mas nas situações em que não exista violação de uma norma, na medida em que, nesses casos, apenas poderá afirmar-se que existe violação de um direito na medida em que tenha havido inobservância de um dever objetivo de cuidado por parte do lesante. Neste último caso, o regime em análise parece, na verdade, estabelecer que a observância dos deveres objetivos de cuidado exigíveis constitui um fundamento de exclusão da ilicitude, perfeitamente equiparado às causas de justificação do facto.

Segundo a lição de ANTUNES VARELA, com referência ao pensamento de ESSER e WOLFF, que parece poder ser transposto para o domínio aqui em análise, subjacente a esta solução estará o

entendimento “de que não existe verdadeira violação objetiva do Direito nos casos em que, havendo embora um *resultado danoso* causado pela ação ou omissão de uma pessoa, esta usou de todas as precauções exigidas pelas normas regulamentares aplicáveis ou pelas regras do comércio jurídico. Seria um absurdo supor que a ordem jurídica exige que as pessoas atuem para que tais resultados, apesar de considerados em princípio como *ilícitos*, jamais se verifiquem. Desde que, não obstante o prejuízo causado pelo facto, o agente tenha observado o cuidado exigido pelos usos do comércio jurídico, a sua responsabilidade deve ser afastada *in limine*, por se reconhecer que não agiu *ilicitamente*, que fez tudo quanto a ordem jurídica pode razoavelmente (ou racionalmente: *vermünftigerweise*) exigir dele” (cfr. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 9.^a ed., 1998, pp. 605-606).

Acrescente-se que, aparentemente, para alguma jurisprudência, mesmo havendo violação de deveres objetivos de cuidado, ainda poderia haver, no entanto, lugar a uma indagação autónoma sobre a existência de culpa. Neste sentido, sustentou-se no Acórdão do STA de 23.02.2012, Proc. n.º 1008/11, que a violação do dever geral de cuidado “não é, por si só, suficiente para fazer nascer a obrigação de indemnizar, já que esta só nascerá quando essa violação for culposa, isto é, quando decorrer de um comportamento que podia e devia ter sido evitado e que só não o foi por razões merecedoras de censura”. E isto porque “agir com culpa significa atuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito. E a conduta do lesante é reprovável quando, pela sua capacidade e em face das circunstâncias concretas da situação, se concluir que ele podia e devia ter agido de outro modo” (A. VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 3.^a ed., vol. I, p. 571). Nesse contexto, haveria, pois, que “analisar se o comportamento da Ré infringiu as normas legais ou regulamentares e as regras de cuidado a que devia obediência e, ocorrendo essa infração, se ela se deveu a razões juridicamente reprováveis”.

Pela nossa parte, confessamos, no entanto, a nossa dificuldade em acompanhar o raciocínio, na medida em que não vemos como, uma vez demonstrada a inobservância dos deveres objetivos de cuidado que, *in casu*, se impunham ao agente lesivo, ainda possa haver espaço para decidir que essa inobservância não foi culposa. Na verdade, é o próprio ANTUNES VARELA quem define a mera culpa ou negligência como a “omissão da diligência exigível do agente” (cfr. *Das obrigações em geral*, vol. I, 9.^a ed., cit., p. 593), ou seja, precisamente a violação do dever objetivo de cuidado que

se lhe impunha (*Ibidem*, p. 605) – apenas se colocando, nesse contexto, a questão de “saber qual é o padrão por que deve ser aferido o grau de diligência a exigir ao agente”, para o estrito efeito de proceder a diferenciações *para efeitos de graduação da culpa*, na medida em que “o grau de reprovação ou de censura será tanto maior quanto mais ampla for a possibilidade de a pessoa ter agido de outro modo, e mais forte ou mais intenso o dever de o ter feito” (*Ibidem*, pp. 594 e 595).

A orientação assumida no Acórdão referido não parece ser, no entanto, representativa. É o que resulta do Acórdão do STA de 21.09.2010, Proc. n.º 859/09, onde, a propósito de um caso de omissão ilícita de sinalização marítima, se afirma: “Como também tem afirmado a jurisprudência deste STA (cfr. neste sentido, entre outros, o ac. STA de 24.03.99, rec. 44.364), face à definição ampla de ilicitude que decorre do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48051, torna-se difícil estabelecer uma linha de fronteira entre os requisitos da ‘ilicitude’ e da ‘culpa’, de tal modo que a violação de deveres, v.g., falta de sinalização, preenche simultaneamente os requisitos da ilicitude e da culpa, que, assim, se confundem.”

5. Terceira modalidade de ilicitude: funcionamento anormal do serviço

Uma terceira modalidade de ilicitude pode ser extraída do regime do presente artigo 9.º Corresponde às situações de responsabilidade por danos resultantes de um *funcionamento anormal do serviço*, a que se refere o n.º 2 e cuja previsão consta dos n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º

A responsabilidade por danos resultantes de um funcionamento anormal do serviço prescinde do apuramento da imputabilidade do facto lesivo a um determinado titular de órgão ou agente, como pressuposto da responsabilidade das entidades públicas. Mesmo quando os danos não tenham resultado de um comportamento concreto de determinada pessoa, ou, em todo o caso, não seja possível comprovar a autoria pessoal de uma ação ou omissão efetivamente ocorrida, existe responsabilidade da entidade pública desde que a produção dos danos possa ser imputada a um funcionamento anormal do serviço – ou seja, desde que, atendendo às circunstâncias e por referência a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço a adoção de uma conduta suscetível de não ter causado ou ter evitado os danos produzidos (*vide supra*, anotação ao artigo 7.º).

O traço distintivo do regime da responsabilidade por funcionamento anormal do serviço reside, assim, no facto de assentar num juízo de censura que não se reporta à conduta de um agente determinado da Administração, mas diretamente ao próprio funcionamento dos serviços. É nessa perspetiva se compreende a previsão do n.º 2 do presente artigo 9.º, que, para o efeito de as qualificar como ilícitas, no amplo sentido de *faute*, tem o alcance de equiparar as 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 ilícita, no sentido, como vimos, de *faute*, de um agente determinado, violadora de deveres objetivos de cuidado. Por conseguinte, o legislador dirige ao serviço que funciona mal, no n.º 2 do artigo 9.º, um juízo de censura da mesma natureza daquele que, no n.º 1 do mesmo artigo, formula sobre o agente concreto que infringe os deveres objetivos de cuidado pelos quais devia pautar a sua atuação.

Este regime não se confunde, pois, com os regimes de responsabilidade objetiva, como o da responsabilidade pelo risco, em que o que está em causa não é a reparação de danos resultantes do funcionamento anormal dos serviços, mas a reparação dos danos inerentes ao seu próprio funcionamento normal, na medida em que decorre da objetiva perigosidade social das coisas que utilizam ou das atividades que desempenham que o seu funcionamento normal, mesmo sem eventuais disfunções ilícitas, é fonte potencial de danos (para a contraposição no Direito espanhol, cfr., por todos, 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, pp. 101-102, de onde resulta que quando, no Direito espanhol, se afirma que uma lesão antijurídica tanto pode resultar do funcionamento anormal, como do funcionamento normal da Administração, pressupõe-se que é normal e, no entanto, gerador de responsabilidade objetiva, o funcionamento ajustado à legalidade e sem culpa do funcionário ou agente público, mas que imponha sacrifícios ou cause danos que o lesado não tenha obrigação de suportar: cfr. *ibidem*, p. 92).

A previsão do n.º 2 do artigo 9.º envolve, com efeito, a formulação de um juízo de censura em relação ao serviço. Esse juízo de censura é, naturalmente, *objetivado*, na medida em que não se reporta ao comportamento específico de um determinado agente administrativo, mas ao funcionamento do serviço globalmente

considerado e, portanto, à própria entidade pública, enquanto pessoa jurídica (como, a propósito das pessoas coletivas em geral, defende MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 909, “a pessoa coletiva é uma pessoa. Logo, ela pode integrar, de modo direto, ‘aquele que com dolo ou mera culpa...’, referido no artigo 483.º do Código Civil. A culpa – um juízo de censura! – é-lhe diretamente aplicável: nada tem a ver, na aceção atual, com situações de índole psicológica”). Mas não deixa de ser um juízo de censura, reportado à entidade pública enquanto tal. Com efeito, ao assumir que, nas circunstâncias do caso, *era exigível a um serviço que funcionasse bem* (ou seja, que funcionasse segundo adequados padrões de resultado) *que não tivesse causados os danos produzidos*, o preceito pressupõe que as concretas circunstâncias do caso impunham ao serviço a adoção de uma conduta diferente daquela que foi adotada, em termos de poder e dever ser formulado um juízo de censura pelo facto de não ter sido adotada uma conduta que não causasse os danos ou impedisse que eles se produzissem.

Para o efeito da previsão, no n.º 1 do artigo 9.º, das situações de ilicitude por violação de deveres objetivos de cuidado por parte de agentes concretos, o padrão de comportamento por referência ao qual cumpre apurar se houve violação de tais deveres é o do n.º 1 do artigo 10.º: por conseguinte, a entidade pública responde quando seja de reconhecer que o agente, mesmo sem violar qualquer norma, não se comportou com a diligência e aptidão que era razoável exigir, nas circunstâncias do caso, de um agente zeloso e cumpridor.

Nos casos de responsabilidade por funcionamento anormal do serviço, por seu turno, o critério do n.º 1 do artigo 10.º é substituído pelo critério do n.º 4 do artigo 7.º Como, na verdade, os danos não são imputados à conduta de um agente determinado, é por referência aos padrões médios de resultado, a que se reporta o n.º 4 do artigo 7.º, que cumpre apurar se o serviço funcionou como devia, ou seja, com a diligência que lhe era devida, ou se atuou de modo censurável, por não ter observado a diligência devida.

Ora, daqui resultam, a nosso ver, consequências da maior importância.

Com efeito, nas situações de funcionamento anormal do serviço, a existência de ilicitude não resulta do apuramento da existência de concretas condutas violadoras de normas ou deveres objetivos de cuidado que se impunham a agentes determinados, concretas condutas essas que até podem concretamente não ter existido. Como, na verdade, escreve DIOGO FREITAS DO AMARAL, “o que

importa é reconhecer que a grande dimensão da Administração Pública, a complexidade das suas funções, a constante variação dos seus serviços, a morosidade dos seus processos de trabalho, a rigidez das suas regras financeiras, e tantos outros fatores de efeito análogo, transformam muitas vezes uma sucessão de pequenas faltas desculpáveis, ou até de dificuldades e atrasos legítimos, num conjunto globalmente qualificável, *ex post*, como facto ilícito culposo” (cfr. FREITAS DO AMARAL, *A responsabilidade da Administração no Direito português*, 1973, p. 34).

Por este motivo, não podemos, pois, concordar com a posição de CARLOS CADILHA, quando sustenta que também nas hipóteses enquadradas no n.º 2 do artigo 9.º é necessário que se preencham os requisitos de ilicitude objetiva e subjetiva previstos no n.º 1 do mesmo artigo para que exista ilicitude (cfr. CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas anotado*, 2.ª ed., 2011, p. 195). A nosso ver, tal interpretação não dá, com efeito, a adequada perceção do alcance da previsão do n.º 2 do artigo 9.º, cujo sentido, de harmonia com o seu estrito teor literal, é, como foi dito, o de assumir que, tal como existe ilicitude quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte de alguma das condutas previstas no n.º 1, também existe ilicitude quando tal ofensa resulte do funcionamento anormal do serviço, tal como configurado nos n.os 3 e 4 do artigo 7.º Por isso entendemos configurar, na presente anotação, as situações de ilicitude por funcionamento anormal do serviço como uma modalidade autónoma de ilicitude, a par daquelas que resultam do n.º 1 do artigo 9.º

Na vigência do Decreto-Lei n.º 48051, que não previa esta modalidade autónoma, é natural que a jurisprudência procurasse reconduzir as situações de funcionamento anormal do serviço às previsões do artigo 6.º (cfr., por exemplo, Acórdão do STA de 14.04.2010, Proc. n.º 751/07, no qual, embora reconhecendo que não foi apurada a causa da sépsis que determinou a morte da doente, nem a causa direta da morte do feto, se afirma que a “conduta se apresenta como violadora da ‘leges artis’ por parte do R. ou dos agentes que em seu nome atuaram e por isso ilícita e culposa, suscetível de integrar a previsão do citado art.º 6.º do Decreto-Lei n.º 48051”). Na mesma linha se inscreve a referência que, por vezes, é feita, na doutrina comparada, à existência, neste domínio, de uma presunção quanto à existência de condutas violadoras de deveres de cuidado por parte de agentes concretos (associando a existência de uma presunção de *faute* às situações de

faute du service, cfr., por exemplo, RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, tomo 1, 15.ª ed., cit., pp. 1301 ss; ANDRÉ DE LAUBADÈRE / JEAN-CLAUDE VENEZIA / YVES GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, tomo 1, 15.ª ed., 1999, p. 984; IÑAGO SANZ RUBIALES, *Críterios del Consejo de Europa y ordenamiento español: algunos problemas*, em *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos, III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 de octubre de 1997*, 1999, p. 68. À face do novo regime do presente artigo 9.º, não se justifica, no entanto, a nosso ver, o recurso a construções deste tipo.

Não pode deixar, naturalmente, de reconhecer-se que existe responsabilidade da entidade pública por funcionamento anormal do serviço quando se demonstre que, dentro da organização, houve violação de normas ou de deveres objetivos de cuidado por parte de indivíduos concretos, mas não identificáveis: são as situações em que se reconhece a existência de uma *culpa anónima*. Mas esse tipo de situação não esgota o âmbito de aplicação deste regime, na generalidade dos casos de *culpa coletiva*, em que os danos não podem ser diretamente imputados ao comportamento concreto de alguém ou mesmo a qualquer conduta identificável (para mais desenvolvimentos, *vide supra*, anotação ao artigo 7.º).

Neste sentido aponta, claramente, o teor do n.º 4 do artigo 7.º, ao estabelecer que “*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*”. Com efeito, ao reportar-se a “padrões médios de resultado”, o preceito não reporta a ilicitude à *conduta*, e, portanto, ao desvalor subjetivo da ação, mas ao *resultado*, ao dano sofrido pelo lesado, que é antijurídico na medida em que não encontre numa causa de justificação expressa que o legitime o título jurídico que imponha ao lesado o dever de o suportar (cfr. MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade civil da Administração*, cit., p. 62).

Pode, assim, dizer-se que, enquanto o n.º 1 do artigo 9.º assenta numa perspetiva que reporta a ilicitude à conduta do lesante e, portanto, à formulação de um juízo de desvalor sobre a sua ação ou omissão – consagrando, assim, uma *ilicitude da conduta* –, o n.º 2 do artigo 9.º, ao remeter para os n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º, tem o sentido e o alcance de configurar uma modalidade autónoma de ilicitude, de diferente natureza, que se reporta ao resultado, à lesão antijurídica do direito ou interesse, consagrando uma *ilicitude do resultado*. A solução é, desse modo, expressão de uma orientação que centra na proteção do lesado o instituto da res-

ponsabilidade civil da Administração Pública, acentuando a sua função essencialmente reparadora de danos e não sancionadora de condutas (sobre o tema, veja-se a imprescindível síntese de MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade civil da Administração*, cit., pp. 51 ss) (*vide* ainda, *supra*, a anotação ao artigo 7.º).

6. Dimensão subjetiva da ilicitude: ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos

I. Como já foi referido, o teor do n.º 1 corresponde, no essencial, ao do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48051, mas afasta-se dele na medida em que, enquanto o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48051 definia a ilicitude apenas por referência à violação de normas ou deveres objetivos de cuidado, o preceito em análise acrescenta a exigência de que daí “resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”. O preceito clarifica, assim, que a mera violação, por parte da Administração Pública, de normas ou deveres objetivos de cuidado não constitui, só por si, um ilícito civil. Para que isso suceda, é ainda necessário que dessa violação resulte a ofensa dos direitos ou interesses de outrem (cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 26.09.2007, Proc. n.º 596/06, de 28.11.2007, Proc. n.º 808/07, e de 23.09.2009, Proc. n.º 1119/08. Na doutrina, cfr. MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade civil da Administração*, cit., pp. 70-72).

Este aspeto aproxima o presente regime de ilicitude dos quadros do Direito Civil. Com efeito, resulta do preceito em análise que é elemento decisivo, neste domínio, tal como sucede em Direito Civil, a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos. E é, na verdade, este o elemento agregador do heterogéneo conjunto de situações de violação de deveres, que, como vimos, se encontra previsto, tanto na primeira parte do n.º 1, como no n.º 2 do artigo 9.º (aqui, com remissão para os n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º). Parecem poder ser, por isso, aplicados nesta sede os ensinamentos provenientes da doutrina civilista.

É assim, desde logo, no universo das condutas da Administração Pública que não se concretizem na emissão de atos jurídicos, o que compreende a adoção das chamadas operações materiais, assim como a omissão de condutas devidas do mesmo tipo. Com efeito, a averiguação da existência de um facto ilícito há de depender, nesses domínios, de saber se a ação material realizada ou a omissão cometida ofendeu um direito subjetivo, ou, quando não seja esse o caso, de determinar – tal como, em hipóteses

correspondentes, sucede em Direito Civil – se as regras violadas se destinavam a proteger os interesses do lesado, em termos de se poder afirmar que houve violação de norma destinada a proteger esses interesses (Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade civil administrativa*, cit., p. 21). E também é assim no que diz respeito às situações de responsabilidade que resultem da emissão de atos jurídicos, designadamente de atos administrativos ilegais. É, assim, designadamente aplicável, neste domínio, a teorização que, em Direito Civil, tem sido construída em torno da *violação de leis que protegem interesses alheios* (cfr., por todos, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 9.ª ed., cit., pp. 554 ss).

II. Inscreve-se no domínio ora em análise a questão específica da relevância, em sede de responsabilidade civil extracontratual, dos atos administrativos ilegais, que, sendo anulados pelos tribunais administrativos, podem ser substituídos por outros atos com o mesmo conteúdo (*renovados*), mas sem reincidência na causa de invalidade que tinha determinado a anulação. Pense-se no exemplo do ato que, tendo sido anulado por vício de forma ou de procedimento, pode ser renovado sem reincidência no mesmo vício.

Tem sido sustentado que, salvo em casos de poder vinculado, só há, neste domínio, que indemnizar o interessado se o ato for substituído e não for renovado, pois só nesse caso fica demonstrado que, se não tivesse sido cometida a ilegalidade, a decisão teria sido tomada em sentido diferente (cfr. MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade civil da Administração*, cit., pp. 130-131). E neste sentido parece orientar-se a nossa jurisprudência, embora com algumas variações quanto ao fundamento teórico da posição adotada. Como, na verdade, é afirmado no Acórdão do STA de 4.11.1998, Proc. n.º 40165, *Apêndice ao Diário da República* de 6-6-2002, p. 6826, as divergências jurisprudenciais neste domínio não se reportam à solução adotada, que é “sempre em termos de rejeitar a responsabilidade da Administração por atos administrativos ilegais quando estes atos sejam repetíveis, com o mesmo conteúdo decisório, e desta vez sem incorrerem em qualquer ilegalidade, mas antes ao enquadramento dogmático da causa de exclusão da responsabilidade, pois enquanto alguns acórdãos a situam na própria ilicitude, outros deslocam-na para a sede do nexo de causalidade e outros ainda para a determinação do dano indemnizável” (de entre a vasta jurisprudência no sentido referido, com qualquer das fundamentações teóricas enunciadas,

cfr., por exemplo, Acórdãos do STA de 16.2.1995, Proc. n.º 36023, *Apêndice ao Diário da República* de 18.7.97, p. 1761, de 1.7.1997, Proc. n.º 41588, BMJ n.º 469, p. 236, de 4-11-1998, Proc. n.º 40165, *Apêndice ao Diário da República* de 6-6-2002, p. 6826, de 24.03.2004, Proc. n.º 1690/02, de 14.07.2008, Proc. n.º 970/07, de 27.01.2010, Proc. n.º 513/09, e de 23.2.2012, Proc. n.º 1107/11).

A nosso ver, a questão, à face do disposto no n.º 1 do presente artigo 9.º, não deve ser, porém, colocada nestes termos. Por duas ordens de razões.

II – 1. Com efeito, da circunstância de um ato administrativo anulado não vir a ser renovado não resulta, desde logo, a nosso ver, a constituição automática da Administração no dever de indemnizar o impugnante que obteve a anulação. Na verdade, há, para o efeito, que apurar se o impugnante que obteve a anulação sustentou a impugnação na invocação da ofensa de um direito subjetivo ou de um interesse legalmente protegido, ou apenas na invocação de um mero interesse de facto, direto e pessoal, pois se tiver sido este último o caso, ainda que a anulação se tenha fundado em causas de invalidade substantivas, que não meramente formais ou procedimentais, e, em qualquer caso, ainda que o ato não seja renovado, o interessado não terá direito à reparação de quaisquer danos (neste sentido, cfr. GOMES CANOTILHO, Anotação ao Acórdão do STA de 12.12.1989, RLJ n.º 3816, p. 84, 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, p. 366, e MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade civil da Administração*, cit., pp. 79-80, que defendem a necessidade de “uma conexão de ilicitude com posições jurídicas substantivas concretas dos particulares afetados”; cfr. também Acórdãos do STA de 26.09.2007, Proc. n.º 569/06, de 15.03.2012, Proc. n.º 215/10, e de 26.04.2012, Proc. n.º 94/12).

Por outro lado, também da circunstância de um ato administrativo anulado vir a ser renovado não resulta, para nós, só por si, o afastamento do dever de a Administração indemnizar o impugnante que obteve a anulação. Na verdade, há que apurar se o impugnante que obteve a anulação sustentou a impugnação na invocação da violação de uma norma de proteção, ditada (também) no propósito de proteger os seus interesses, pois se for esse o caso haverá ofensa indemnizável de um interesse legalmente protegido (aparentemente na mesma linha, cfr. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado*, 2008, p. 67).

Pense-se, com efeito, no exemplo de um ato administrativo de conteúdo expropriativo inválido por violação das normas que impõem os deveres de fundamentação ou de audiência do interessado – normas, a nosso ver, indiscutivelmente ditadas (também) no propósito de proteger o interessado na decisão, que, na hipótese considerada, é o proprietário do bem expropriado. Ainda que, após a anulação do ato, este venha a ser substituído por outro com o mesmo conteúdo, uma vez cumprido o dever de fundamentar ou o trâmite da audiência, nem por isso a Administração deixou de ter praticado um ato ilegal, com ofensa de uma norma ditada (também) no propósito de proteger o interessado e, portanto, em violação do seu interesse legalmente protegido. Deve ser-lhe, por isso, reconhecido o direito à reparação do dano que, para ele, resultou dessa ofensa ilegal. Desde logo em casos como os de invalidade por vícios de fundamentação ou falta de audiência, parece-nos, pois, claro que, independentemente de o ato vir ou não a ser renovado após a anulação, ele é ilícito porque violou uma norma dirigida a proteger interesses do lesado e, por isso, é passível de constituir a Administração em responsabilidade civil.

Por outro lado, deve, a nosso ver, entender-se que, neste tipo de situações, a ofensa do interesse constitui, em si mesma, um dano passível de ser ressarcido: dano de natureza não patrimonial, cuja quantificação deve, por isso, ser feita segundo um critério de equidade. Recorrendo à distinção entre dano e prejuízo (proposta por EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA, *La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus organos en derecho español*, em *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX – Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, 1969, p. 887, a que, entre nós, faz apelo MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade civil da Administração*, cit., p. 68), trata-se, assim, de reconhecer a existência de um dano, consubstanciado na própria ofensa, em si mesma, do direito à audiência ou à fundamentação, independentemente da questão de saber se dessa ofensa resultaram *prejuízos* para o património do interessado.

É de algum modo este o entendimento que, a nosso ver, alguma jurisprudência administrativa tem vindo a assumir – no domínio da contratação pública, em que se afigura, precisamente, de entender que todas as normas disciplinadoras dos procedimentos de formação de contratos são ditadas (também) no interesse dos participantes no procedimento –, no sentido de reconhecer a existência de um direito de indemnização, a fixar segundo critérios de equidade, a concorrentes que, tendo impugnado atos

administrativos ilegais praticados em procedimentos de formação de contratos, não demonstrem que teriam ganho o concurso se a ilegalidade não tivesse sido cometida (cfr., por exemplo, Acórdãos do STA de 1.10.2008, Proc. n.º 42003-A, de 25.02.2009, Proc. n.º 47472-A, de 20.01.2010, Proc. n.º 47578, e de 08.02.2011, Proc. n.º 891/10).

Em sentido contrário ao reconhecimento, nas hipóteses consideradas, da constituição da Administração em responsabilidade não é, entretanto, invocável a *teoria do comportamento lícito alternativo*, de acordo com a qual é de excluir o dever de indemnizar quando, apesar da ilegalidade que determinou a anulação do ato praticado, existir um comportamento lícito alternativo do qual adviriam para o interessado na anulação as mesmas consequências causadas pelo ato anulado, que seria a prática de um ato com o mesmo conteúdo, mas sem os vícios formais ou de procedimento que afetaram o ato praticado (cfr., por todos, MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade civil administrativa*, cit., pp. 32-33). Com efeito, essa teoria recusa a indemnização pelos prejuízos causados por um ato inválido por razões formais ou procedimentais quando, uma vez anulado o ato e renovado sem as anteriores causas de invalidade, se verifique que os mesmos efeitos poderiam ter sido, desde o início, lícitamente introduzidos por um ato válido. Pelo contrário, o dano cuja reparação estamos a considerar é um dano autónomo, que resulta da violação, em si mesma, das normas de forma ou de procedimento, e, por isso, não se reporta aos prejuízos que o interessado possa ter sofrido na sua situação substantiva em consequência do ato inválido, que poderiam ter sido determinadas por um ato válido.

II – 2. Não custa reconhecer que a situação substantiva do interessado não deve ser objeto de reparação quando se demonstre que, se o ato anulado tivesse sido praticado sem a ilegalidade cometida, a decisão teria sido tomada com o mesmo conteúdo (note-se que é neste sentido que, no Direito francês, se assume de modo generalizado que a ilegalidade dos atos administrativos não constitui necessariamente a Administração em responsabilidade: cfr., por todos, RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, tomo 1, 15.^a ed., cit., p. 1295, e ANDRÉ DE LAUBADÈRE / JEAN-CLAUDE VENEZIA / YVES GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, tomo 1, 15.^a ed., cit., pp. 984-985). Podendo, depois, discutir-se se, nesse caso, não há responsabilidade porque se quebra o nexo de causalidade entre o facto e o dano – nesse sentido se pronunciando os que propõem,

neste domínio, a aplicação da mencionada teoria do comportamento lícito alternativo – ou porque nem sequer existe ilicitude, por ausência de verdadeira ofensa da situação substantiva do interessado. É a posição de MARGARIDA CORTEZ, desenvolvida de forma especial na sua dissertação de mestrado (*Responsabilidade civil da Administração por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado*, 2000).

A nosso ver, é, no entanto, essencial, para este efeito, que, nas circunstâncias do caso, seja demonstrado que, se o ato anulado tivesse sido praticado sem a ilegalidade cometida, a decisão teria sido efetivamente tomada com o mesmo conteúdo. Isto implica que, no caso dos atos administrativos ilegais renováveis, o interessado só não deverá ser indemnizado se o ato puder vir a ser e for efetivamente renovado, pois só nesse caso ficará efetivamente demonstrado que, se não tivesse sido cometida a ilegalidade, a decisão teria sido tomada no mesmo sentido.

Ora, sucede, muitas vezes, que, quando o ato é anulado, ele já não pode ser substituído por outro, por se ter, entretanto, constituído uma situação de facto consumado que provocou a extinção superveniente do pressuposto de facto em função do qual a Administração tinha atuado. Nestas situações, torna-se impossível demonstrar que, mesmo que o ato anulado tivesse sido validamente praticado, a decisão teria sido tomada com o mesmo conteúdo. Nessas situações de dúvida insanável, não parece haver outro caminho senão o de entender que o lesado terá, não apenas o direito a ser indemnizado, segundo um critério de equidade, pelo dano autónomo que, para ele, constituiu, em si mesma, a violação da norma formal ou de procedimento ditada (também) no seu interesse, como também o direito a ser indemnizado pelos danos causados pelo ato ilegal na sua situação substantiva.

De resolução mais complexa são, entretanto, as situações de interesse pretensivo, em que o interessado não se viu privado de uma situação da qual já era titular, mas, pelo contrário, pretendia ver constituída na sua esfera jurídica, *ex novo*, através do ato administrativo pretendido, uma situação jurídica de vantagem de que não era e não é titular. Também neste caso é, para nós, indiscutível que o lesado terá o direito a ser indemnizado, segundo um critério de equidade, pelo dano autónomo que, para ele, constituiu, em si mesma, a violação da norma ditada (também) no seu interesse, nos termos a que atrás fizemos referência. Questão diferente é, entretanto, a de saber se, nesse domínio, se pode e deve ir mais longe, designadamente no âmbito do contencioso

pré-contratual, atribuindo indenizações por *perda de chance* aos concorrentes que obtêm a anulação de atos pré-contratuais ilegais em momento em que o contrato já foi celebrado e executado (sobre o tema, cfr. RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance*, 2011; VERA EIRÓ, *Quanto vale uma sentença? Notas sobre a aplicação do artigo 102.º, n.º 5, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, em *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. II, 2008, pp. 803 ss; ESPERANÇA MEALHA, *Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação de contratos públicos*, *Julgar* n.º 5 (2008), pp. 99 ss, com referências jurisprudenciais).

7. Causas de justificação: cumprimento de deveres, estado de necessidade, consentimento do lesado e legítima defesa

Embora o presente Regime Jurídico não lhes faça referência, resulta dos princípios gerais a existência de quatro causas de justificação da ilicitude no âmbito da responsabilidade civil extracontratual.

A primeira delas ocorre quando um órgão ou agente adota no cumprimento de um dever uma conduta passível de configurar um ilícito. Este tipo de situação pressupõe a existência de conflitos normativos, que têm de ser resolvidos de harmonia com o princípio da unidade do ordenamento jurídico. Com efeito, se ao dever imposto ao agente não se contrapuser um comando que torne ilícita a conduta a adotar, não existe, à partida, qualquer ilicitude.

A segunda corresponde ao instituto do *estado de necessidade*, que, embora não seja objeto de definição legal em normas de Direito Administrativo, constitui um princípio geral do Direito Administrativo português, que aflora em diversas disposições jurídico-administrativas e tem sido, ao longo dos tempos, objeto de consistente elaboração doutrinal e jurisprudencial, que, no essencial, o configura em termos similares àqueles que se encontram previstos no artigo 339.º do Código Civil. Na definição de SÉRVULO CORREIA, o estado de necessidade torna lícito que, em caso de perigo iminente e atual que ameace interesses coletivos essenciais protegidos pelo Direito, a Administração pratique, com inobservância dos preceitos jurídicos normalmente aplicáveis, as providências indispensáveis para assegurar a satisfação das necessidades coletivas (cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, 1987, p. 282).

A definição faz apelo ao princípio da proporcionalidade, nas suas dimensões de adequação e proibição do excesso ou necessidade. Nesse sentido, as providências a adotar em estado de necessidade devem adequar-se à gravidade dos pressupostos que a determinarem e o afastamento das regras normalmente aplicáveis não pode ir para além do estritamente necessário para a salvaguarda dos interesses públicos em perigo (cfr. *ibidem*, p. 283). Mas também a dimensão de proporcionalidade em sentido estrito ou de razoabilidade deve ser observada, devendo ser manifesta a superioridade dos danos que se pretendem evitar com a adoção das providências em relação aos prejuízos que essa adoção irá provocar, e que apenas poderão atingir bens de natureza patrimonial (cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade civil administrativa*, cit., p. 22). Por outro lado, a adoção de providências em estado de necessidade envolve a imposição de um sacrifício na esfera de quem sofra as respetivas consequências, que deve ser indemnizado segundo o artigo 16.º do presente Regime Jurídico.

O reconhecimento do estado de necessidade no âmbito do Direito Administrativo não envolve, portanto, a introdução de uma exceção ao princípio da legalidade, na medida em que se trata de um princípio jurídico, que, enquanto tal, integra o bloco de legalidade, e as providências adotadas em estado de necessidade não só constituem a Administração num dever de indemnizar, como devem respeitar princípios jurídicos e são passíveis de controlo jurisdicional (cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual*, cit., pp. 283-284).

A terceira causa de justificação da ilicitude é o *consentimento do lesado*. Cumpre, porém, sublinhar que o princípio “*volenti non fit iniuria*” não pode prevalecer sobre o princípio da legalidade administrativa. Por conseguinte, não pode reconhecer-se legitimidade aos particulares para deferirem à Administração poderes que a lei não lhe confira, através da manifestação da sua concordância em submeterem-se a esses poderes. Como, na verdade, ensina SÉRVULO CORREIA, no moderno Estado Social de Direito, a legalidade administrativa não pode ser vista como um bem colocado na disponibilidade dos particulares, de acordo com uma perspetiva estritamente garantística das normas que ignore a dimensão de legalidade objetiva que lhes é inerente, enquanto “garantes de que a atividade administrativa prossegue racionalmente o interesse e respeita a igualdade dos cidadãos”. Por isso, conclui o insigne Autor, a aplicação das normas jurídico-administrativas só pode

ser, designadamente, substituída por estipulações contratuais de conteúdo diferente quando elas possam ser qualificadas como dispositivas (cfr., a propósito, a circunstanciada exposição de SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual*, cit., pp. 715 ss). Por outro lado, é fundamental que o consentimento do particular seja expressão de uma vontade livre e esclarecida, o que não sucede em domínios em que “a desproporção real entre as partes cria riscos de coerção numa celebração aparentemente livre” (cfr. *ibidem*, p. 565).

A quarta causa de justificação da ilicitude é a *legítima defesa*, cujos pressupostos se inferem do artigo 337.º do Código Civil e da parte final do artigo 21.º da Constituição, que a esse instituto desde logo se refere, embora sem a pretensão de “dar uma solução acabada à questão da delimitação dos pressupostos da defesa e dos requisitos da respetiva legitimidade” (JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, 2.ª ed., 2010, p. 465). Este instituto pode ser utilizado quando a defesa contra uma agressão ilícita atual ou iminente torne indispensável que ela seja repelida pela força pelos próprios agredidos, por não ser possível, nas circunstâncias do caso, recorrer a outro meio igualmente adequado para o efeito.

Mais uma vez, a definição faz apelo ao princípio da proporcionalidade, nas suas dimensões de adequação e proibição do excesso ou necessidade, mas também neste caso há que respeitar a dimensão de proporcionalidade em sentido estrito ou de razoabilidade, na medida em que deve ser manifesta a superioridade dos danos que se pretendem evitar com o recurso à legítima defesa em relação aos prejuízos que essa adoção irá provocar, e que apenas poderão atingir bens de natureza patrimonial (cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade civil administrativa*, cit., p. 24).

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA