

Artigo 10.º

Culpa

1 – A culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor.

2 – Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos.

3 – Para além dos demais casos previstos na lei, também se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância.

4 – Quando haja pluralidade de responsáveis, é aplicável o disposto no artigo 497.º do Código Civil.

SUMÁRIO

1. A relevância da culpa no regime português da responsabilidade civil da Administração
2. A tendencial objetivação da culpa no regime da responsabilidade civil da Administração por facto ilícito
 - 2.1. Considerações gerais
 - 2.2. A relevância diferenciada da culpa na responsabilidade civil da Administração e na responsabilidade civil dos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes
 - 2.3. Da desvalorização da culpa enquanto pressuposto da responsabilidade civil da Administração à importância do juízo de censura ético-jurídica na responsabilidade civil por erro judiciário em geral e pelo ilícito legislativo
3. Substituição do critério do bom pai de família por um critério de apreciação da culpa mais consentâneo com a realidade administrativa
 - 3.1. Sentido geral
 - 3.2. Limites à transposição acrítica do critério de apreciação da culpa para os domínios de responsabilidade sancionatória e, mais concretamente, para o âmbito da responsabilidade financeira
4. Presunção de culpa pela prática de atos jurídicos ilícitos
5. Aplicação de algumas das presunções de culpa do Código Civil
6. O problema da responsabilidade civil da Administração por facto ilícito não culposo
7. Situações de pluralidade de responsáveis

1. A relevância da culpa no regime português da responsabilidade civil da Administração

I – O regime português em matéria de responsabilidade civil da Administração por facto ilícito assenta no modelo dualista germânico, fundado na distinção entre ilicitude e culpa, recusando, sem prejuízo da autonomização da responsabilidade pelo *funcionamento anormal do serviço* nos n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º do novo regime, o modelo monista francês baseado genericamente na *faute* (MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, 1997, pp. 423 ss). Além disso, embora o chamado facto culposo da Administração, no modelo de imputação clássico, se traduza em rigor numa ação ou omissão de um concreto e determinado titular de órgão, funcionário ou agente, a tradição legal portuguesa não reconduz esta modalidade de responsabilidade às situações de responsabilidade pelo risco, afastando-se assim da solução que subjaz ao disposto no artigo 500.º do Código Civil em sede de responsabilidade do comitente. A afirmação do princípio da culpa na responsabilidade civil da Administração pressupõe, neste sentido, um fenómeno de imputação e tem subjacente a ideia de que está em causa uma “responsabilidade própria da Administração” (VIEIRA DE ANDRADE, *Panorama geral do Direito da responsabilidade «civil» da Administração em Portugal*, em *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, 1999, p. 44) ou direta (MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade civil do Estado*, em *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, 2010, pp. 908-909)

II – No direito português, a culpa constitui tradicionalmente pressuposto autónomo da responsabilidade civil da Administração por factos ilícitos. Basta recordar que o n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 48051 estabelecia, sugestivamente, que “*o Estado e demais pessoas coletivas públicas respondem civilmente perante terceiros pelas ofensas dos direitos destes ou das disposições legais destinadas a proteger os seus interesses, resultantes de atos ilícitos **culposamente** praticados pelos respetivos órgãos ou agentes administrativos no exercício das suas funções e por causa desse exercício*” (negrito nosso), acrescentando o n.º 1 do artigo 4.º do mesmo diploma que “*a culpa dos titulares dos órgãos ou dos agentes é apreciada nos termos do artigo 487.º do Código Civil*”.

Embora a centralidade da culpa na responsabilidade civil da Administração por factos ilícitos não constitua uma excentricidade

do Direito português, uma das questões fundamentais a que o novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas teve de dar resposta foi, justamente, a do papel que deveria ser reservado à culpa na nova regulamentação. Basta recordar que, na esteira do modelo espanhol, se podia evoluir “de uma conceção essencialmente ético-punitiva (dita subjetiva) – assente na resposta à pergunta *de quem é a culpa* (isto é, quem violou um dever e originou o prejuízo? – para uma conceção económico-redistributiva (dita objetiva) – *a quem aproveitou o facto gerador do dano, devendo, por isso, compensá-lo?*”. E até se poderia considerar que a própria complexidade e tecnicidade crescentes da organização social ditam “a progressiva transformação da responsabilidade subjetiva em responsabilidade objetiva” [JOÃO CAUPERS, *Responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional*, CJA, n.º 40 (2003), p. 48].

O legislador preferiu, porém, não romper com a solução até então vigente, extraíndo-se, de modo inequívoco, do disposto no n.º 1 do artigo 7.º e do n.º 2 do artigo 8.º que o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público respondem pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo ou com dolo, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício. Significa isto que, sem prejuízo da consagração autónoma da responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço, nos n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º, e do alargamento da responsabilidade pelo risco e do âmbito da indemnização pelo sacrifício, operada nos artigos 11.º e 16.º do novo regime, a Lei n.º 67/2007 não afastou o princípio da culpa. O princípio de que a lei parte é ainda o de que “a imputação do dano a uma esfera jurídica diferente daquela em que ele ocorre [...] representa um desvio ao princípio *casum sentit dominus*, o qual consagra, por assim dizer, um critério básico e natural da repartição do correspondente risco” (MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, BFDUC, 1994, p. 120), só se justificando a imputação do dano à Administração, fora das situações em que estejam em causa “danos decorrentes de atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos” (artigo 11.º) e das hipóteses de indemnização por sacrifício (artigo 16.º), quando haja um facto ilícito e seja possível formular um juízo de censura ético-jurídica à conduta da Administração. Neste sentido, embora consagrando em muitos aspetos uma regulamentação *amiga* da

responsabilidade civil dos poderes públicos, o novo regime rejeita, em matéria de culpa, a diluição do instituto da responsabilidade civil num instrumento de segurança social ou a transformação do Estado numa “gigantesca empresa de seguros ou dispensador amoral de benefícios de uma gratuidade sem dor, sem deveres nem responsabilidade” (A. CASTANHEIRA NEVES, *Nótula a propósito do estudo sobre a responsabilidade civil de Guilherme Moreira*, BFDUC, 1977, pp. 388-389) e evidencia ter consciência dos perigos e dos inconvenientes da expansão progressiva e praticamente ilimitada do âmbito da responsabilidade civil da Administração (RUI MEDEIROS, *Responsabilidade civil dos poderes públicos – ensinar e investigar*, 2005, pp. 11 e 12)

2. A tendencial objetivação da culpa no regime da responsabilidade civil da Administração por facto ilícito

2.1. Considerações gerais

A culpa postula, nos termos gerais, um nexos entre o facto ilícito e a vontade do autor, que permita afirmar que o comportamento adotado merece a reprovação ou censura do direito – porque o agente podia ou devia ter agido de outro modo (ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 10.^a ed., 2000, p. 566). Todavia, na responsabilidade civil da Administração, a afirmação da culpa como pressuposto da responsabilidade civil da Administração por facto ilícito – sem prejuízo do alargamento simultâneo do âmbito da responsabilidade pelo risco operado pelo artigo 11.^o – coexiste, apesar de tudo, com uma tendência, especialmente reforçada no novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, para uma objetivação / simplificação da apreciação culpa (cfr., referindo-se aos “sintomas de objetivação da culpa”, MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade civil da Administração por atos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado*, 2000, pp. 91 ss). Esta orientação para uma certa objetivação da responsabilidade da Administração tem sido, aliás, largamente sublinhada pela doutrina [v.g., PEDRO MACHETE, *A responsabilidade da Administração por facto ilícito e as novas regras de repartição do ónus da prova*, CJA, n.^o 69 (2008), p. 38; 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), pp. 65, 66].

É significativo desta tendência – que será analisada mais em pormenor a propósito da anotação a cada um dos preceitos indicados – a substituição, no critério de apreciação da culpa, da “*diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso*”, que já de si significa a consagração do “*critério normativo da culpa em abstrato*” e não da “*culpa em concreto*” (ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 10.^a ed., cit., pp. 574-575), pela “*diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor*” (artigo 10.º, n.º 1). Por outro lado – e mesmo que se abstraia dos subsídios que também se podem eventualmente retirar da resposta ao problema da delimitação do conteúdo do dever de executar uma sentença de anulação de um ato jurídico ilegal em face do dever de indemnizar –, merece igualmente ser realçada a afirmação inequívoca da existência de uma presunção de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos (artigo 10.º, n.º 2). A mesma tendência é reforçada quando se admitem novas presunções de culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, nas situações de incumprimento de deveres de vigilância (artigo 10.º, n.º 3). A consagração de diversas e heterogéneas presunções de culpa contribui, à semelhança, aliás, do que se verifica no direito francês, para a relativização da distinção tradicional entre responsabilidade culposa e responsabilidade não culposa. Enfim, reforçando a tendência assinalada, merece igualmente ser sublinhada a expressa admissibilidade legal de um novo paradigma de responsabilidade civil da Administração, distinto do modelo clássico de imputação assente em ações ou omissões de um concreto e determinado titular de órgão, funcionário ou agente, e centrado antes na verificação do funcionamento anormal do serviço, seja em casos em que não se afigura possível provar a autoria pessoal da ação ou omissão, seja quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos (artigo 7.º, n.ºs 3 e 4). Nestes casos, em que não está em causa a censurabilidade da atuação de um titular de órgão, funcionário ou agente com rosto, assume-se – para empregar por exemplo a fórmula do Acórdão do STA, 1.^a Secção, de 17 de junho de 1997 (recurso n.º 38.856), louvando-se em parte na lição de DIGO FREITAS DO AMARAL – que a responsabilidade de um ente coletivo não pressupõe a “*imputação de uma culpa psicológica aos agentes que atuam em seu nome*”, porque, para além das hipóteses de falta anónima, pode estar em

causa danos resultantes “de um conjunto, ainda que mal definido, de fatores, próprios da desorganização ou falta de controlo, ou de falta de colocação de certos elementos em determinadas funções, ou de outras falhas que se reportam ao serviço como um todo”.

Esta tendencial objetivação da culpa não significa, em qualquer caso, ao menos quando esteja em causa o modelo clássico de imputação, a consagração de um princípio geral de responsabilidade objetiva, subsistindo, no novo regime, a ideia de uma responsabilidade civil da Administração fundada num juízo normativo de desvalor atribuído pela ordem jurídica ao facto voluntário do agente, que é visto como axiologicamente reprovável” (LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, 2006, p. 311 – cfr., ainda, admitindo a existência de outras presunções de culpa do autor do facto ilícito, mas sem que se descortine o fundamento legal de tais presunções, 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. 500-501).

Todavia, embora não esteja em causa o repúdio do princípio da responsabilidade subjetiva, o artigo 10.º pode vir a facilitar “um verdadeiro aluvião de pedidos indemnizatórios por particulares sedentes de justiça” (CARLA AMADO GOMES, *Textos dispersos sobre Direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, 2010, p. 175). Sem dúvida, uma tal possibilidade pode corresponder, sem dificuldade, ao novo paradigma que em matéria de responsabilidade civil dos poderes públicos se foi desenvolvendo a partir de 1976. A verdade, porém, é que um tal paradigma não foi pensado para uma conjuntura – como aquela em que vivemos e a que se refere o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 396/2011 – “de absoluta exceção, do ponto de vista da gestão financeira dos recursos públicos” e na qual existem “riscos sérios de abalo dos alicerces (senão, mesmo, colapso) do sistema económico-financeiro nacional”.

2.2. *A relevância diferenciada da culpa na responsabilidade civil da Administração e na responsabilidade civil dos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes*

I – Uma compreensão cabal do sentido do artigo 10.º – com o critério de apreciação da culpa nele consagrado e com as diversas referências à culpa leve nele plasmadas – impõe que se tenha presente que a relevância da culpa, quando estão em causa ações

ou omissões ilícitas dos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes no exercício da função administrativa e por causa desse exercício, não tem necessariamente o mesmo alcance.

Em rigor, a tendencial objetivação / simplificação da apreciação culpa a que se fez referência onera o Estado e demais entidades públicas. A elevada bitola adotada para aferir o grau de diligência exigível facilita, sem dúvida, a prova da culpa. Mas uma tal culpa dificilmente permitirá concluir que os titulares dos órgãos, funcionários ou agentes atuaram “com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo” e, como é sabido, nos termos do n.º 1 do artigo 8.º, a responsabilidade pessoal do agente depende deste pressuposto. Refira-se entre parêntesis que é importante não obliterar que, para este efeito, mais do que a tradicional distinção entre as duas modalidades de mera culpa – negligência consciente e negligência inconsciente –, seja fundamental atender ao *grau da própria culpabilidade* (FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, 1968, p. 359), distinguindo consoante se esteja perante situações de culpa leve ou de culpa grave ou grosseira, sendo certo que se trata de classificações distintas, nada impedindo, por exemplo, que uma conduta com negligência inconsciente seja considerada gravemente culposa. Como ensina JORGE FIGUEIREDO DIAS (*Direito Penal, Parte Geral, I*, 2007, p. 862), “em matéria de gravidade do ilícito não vemos que a representação da violação como possível *indicie sempre uma maior gravidade da negligência consciente face à inconsciente*”. Fechados os parêntesis, cumpre acrescentar que da mesma forma, ao consagrar diversas presunções de culpa, os n.ºs 2 e 3 do artigo 10.º têm o cuidado de explicitar que se trata de mera presunção de culpa leve, não dispensando, como resulta também do n.º 4 do artigo 8.º, a necessidade de apurar o grau de culpa do titular de órgão, funcionário ou agente para efeitos de o responsabilizar pessoalmente.

Significa isto que, ao mesmo tempo que relativiza o pressuposto da culpa na responsabilidade subjetiva da Administração, o novo regime continua a repudiar uma solução na qual os titulares dos órgãos, funcionários ou agentes sejam civilmente responsabilizados, quer diretamente perante os lesados quer em sede de direito de regresso, por factos ilícitos não praticados com dolo ou culpa grave. Subjacente à proteção assim concedida no âmbito da chamada culpa leve está a ideia de que, se o titular do órgão, funcionário ou agente pudesse ser responsabilizado também nestes casos, haveria um risco sério de “o agente, confrontado com a possibilidade de se

arruinar para reparar prejuízos causados a terceiros por atos seus, eventualmente por deficiente avaliação das circunstâncias – quantas vezes originadas pela urgência de uma decisão –, passe a hesitar, opte por consultar o seu superior hierárquico, enfim, acabe por não adotar conduta alguma, provocando com tal omissão ainda mais danos” [JOÃO CAUPERS, *Os malefícios do tabaco – Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 236/2004*, CJA, n.º 46 (2004), p. 20]. Protege-se assim “o titular do órgão ou agente contra o risco de indemnizações devidas a outrem por faltas leves cometidas no desempenho de funções públicas” [MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II, 10.ª ed., 2010 (reimp.), p. 1234]. A lei quer, pois, um agente “que seja diligente, mas também o quer capaz de prosseguir o interesse público sem peias excessivas e mesmo com audácia, precisamente porque é do interesse público que se trata” [MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Responsabilidade de entidades privadas submetidas ao regime da responsabilidade pública*, CJA, n.º 88 (2011), p. 25]. Numa palavra, como disse o Presidente da República na mensagem enviada à Assembleia da República em que fundamentou o veto político do novo diploma, a própria “assunção de cargos de responsabilidade pode ser seriamente dificultada, se as pessoas tiverem plena consciência dos riscos que correm em caso de decisão contestável, como terão necessariamente que ter e ser especialmente esclarecidas sobre esse aspeto, não sendo de excluir que os responsáveis administrativos procurem evitar a todo o custo tomar decisões contrárias aos interesses manifestados pelos particulares, pondo assim em risco a imparcialidade devida e a salvaguarda do interesse público”. Por isso, em rigor, quando se trata de responsabilizar pessoalmente o titular do órgão, funcionário ou agente, não é legítimo invocar, sem mais, o disposto no artigo 10.º em matéria de culpa relevante para efeitos de responsabilidade civil da Administração por factos ilícitos.

II – A diferença entre o papel da culpa na responsabilidade civil da Administração e na responsabilidade civil dos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes por ações ou omissões ilícitas no exercício da função administrativa e por causa desse exercício não se esgota no plano da culpa enquanto pressuposto da obrigação de indemnizar.

É sabido que, mesmo que se verifique o pressuposto da culpa, “a culpabilidade comporta uma diferenciação quantitativa: o juízo de reprovação ou censura pode ser mais ou menos severo” (FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*,

cit., p. 355). Uma tal graduação da culpabilidade pode relevar, concretamente, na fixação do *quantum* indemnizatório. O artigo 494.º do Código Civil prevê, justamente, a possibilidade de a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, quando a responsabilidade se fundar na mera culpa.

Nada de semelhante está previsto para a responsabilidade civil da Administração por facto ilícito culposo e uma leitura sistemática do novo regime dificilmente tolera a importação da solução consagrada no artigo 494.º do Código Civil. O regime aprovado pela Lei n.º 67/2007 apenas prevê uma limitação do âmbito da obrigação de indemnizar no domínio da responsabilidade civil pelo ilícito legislativo (artigo 15.º, n.º 6). Em contrapartida, como já se assinalou na anotação ao artigo 6.º, nada impede que, além de um regime mais favorável em matéria de culpa-pressuposto da responsabilidade civil, os titulares dos órgãos, funcionários ou agentes beneficiem ainda de uma limitação do âmbito da obrigação de indemnizar quando, embora atuando com diligência ou zelo manifestamente inferiores àqueles a que se achavam obrigados em razão do cargo, a ponderação das concretas situações do caso tornem desproporcionada ou excessiva a imposição de um dever de reparação integral dos danos.

2.3. Da desvalorização da culpa enquanto pressuposto da responsabilidade civil da Administração à importância do juízo de censura ético-jurídica na responsabilidade civil por erro judiciário em geral e pelo ilícito legislativo

A atenuação do princípio da culpa na responsabilidade civil da Administração por factos ilícitos não vale em domínios sensíveis da responsabilidade civil dos poderes públicos ou, mais concretamente, no domínio da responsabilidade civil por erro judiciário em geral e da responsabilidade civil pelo ilícito legislativo. O regime português apresenta, neste sentido, uma *matriz dualista* e, nessa medida, revela alguma analogia com o regime de responsabilidade civil dos Estados-membros por violação do Direito da União Europeia.

Não cabe, obviamente, no âmbito da presente anotação desenvolver este tema. Basta tão-somente recordar que, na jurisprudência comunitária, depois do reconhecimento da especificidade da responsabilidade da União por atos normativos que impliquem opções de política económica, existe uma tendência para autono-

mizar as situações em que o decisor nacional dispõe de um amplo poder de apreciação, comparável ao de que dispõem as instituições da União na implementação das políticas comunitárias, exigindo o Tribunal de Justiça nestes casos – embora numa jurisprudência que apresenta alguma flutuação – que, além da existência de uma violação de uma norma comunitária atributiva de um direito e da verificação donexo de causalidade, exista uma violação suficientemente caracterizada no sentido de uma violação manifesta e grave. Concretamente, no âmbito do ilícito legislativo, lê-se, por exemplo, no Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de março de 1996 (caso *Brasserie du pêcheur/Factortame*), que, estando em causa uma violação do Direito da União Europeia imputável a um Estado-membro que atua num domínio em que dispõe de um amplo poder de apreciação para efetuar escolhas normativas, o reconhecimento de que um direito à reparação com base no Direito Comunitário depende, designadamente, de a violação em causa ser suficientemente caracterizada, sendo decisivo na verificação deste pressuposto determinar se houve uma “violação manifesta e grave [...] por um Estado-membro [...] dos limites que se impõem ao seu poder de apreciação”. Da mesma forma, no domínio particularmente sensível da responsabilidade por erro judiciário, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de setembro de 2003 (caso *Gerhard Köbler contra República da Áustria*) não hesita em considerar que, atendendo à especificidade da função jurisdicional, a responsabilidade pressupõe que a violação do Direito da União Europeia tenha carácter manifesto.

Uma solução de matriz dualista vigora também no direito português. Sem dúvida que, seja a propósito do ilícito legislativo, seja em relação à responsabilidade por erro judiciário, o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas não se refere expressamente à culpa. Mas é evidente a inspiração comunitária do disposto no n.º 4 do artigo 15.º, quando estabelece que a existência e a extensão da responsabilidade pelo ilícito legislativo “são determinadas atendendo às circunstâncias concretas de cada caso e, designadamente, ao grau de clareza e precisão da norma violada, ao tipo de inconstitucionalidade e ao facto de terem sido adotadas ou omitidas diligências suscetíveis de evitar a situação de ilicitude”. O citado Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de março de 1996 indicava, justamente, que entre os elementos a ponderar na questão da responsabilidade pelo ilícito legislativo figuram “o grau de clareza e precisão da

regra violada, o âmbito da margem de apreciação que a regra violada deixa às autoridades nacionais ou comunitárias, o carácter intencional ou involuntário do incumprimento verificado ou do prejuízo causado, o carácter desculpável ou não de um eventual erro de direito, o facto de as atitudes adotadas por uma instituição comunitária terem podido contribuir para a omissão”. O mesmo aresto acrescenta que, neste sentido, “alguns elementos objetivos e subjetivos que, no quadro de um sistema jurídico nacional, podem ser associados ao conceito de culpa são assim relevantes para se determinar se uma violação do Direito Comunitário é ou não caracterizada”. Da mesma forma, embora não faça alusão à culpa, não é difícil concluir que, dependendo a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário (fora dos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade) de uma decisão jurisdicional *manifestamente* inconstitucional ou ilegal ou injustificada por erro *grosseiro* na apreciação dos pressupostos de facto, o n.º 1 do artigo 13.º não só repudia inequivocamente qualquer ideia de presunção de culpa pela adoção de uma decisão jurisdicional ilícita, como exige uma especial censurabilidade da atuação do decisor. Uma decisão manifestamente contrária à Constituição e à lei ou grosseiramente errada dificilmente pode deixar de ser uma decisão em que um juiz minimamente cuidadoso, dotado dos conhecimentos e cuidados técnico-deontológicos médios, não incorreria e, nessa medida, uma decisão indesculpável ou até escandalosa [Acórdão da Relação de Lisboa de 30 de outubro de 2001, CJ, ano XXXI (2001), V, pp. 69 ss].

3. Substituição do critério do bom pai de família por um critério de apreciação da culpa mais consentâneo com a realidade administrativa

3.1. Sentido geral

I – Como lembra ANTUNES VARELA (*Das obrigações em geral*, I, 10.ª ed., cit., p. 574), “assentando a mera culpa, em qualquer das suas variantes, na omissão de um dever de diligência [...], as principais questões que ela levanta consistem em saber quais são as coordenadas que definem esta diligência devida e qual é o verdadeiro conteúdo ou substância desse dever” e, por isso, afigura-se decisivo “saber qual é o padrão por que se afere a

conduta do lesante ou, por outras palavras, qual é a bitola com que se mede o grau de diligência que dele é exigível”.

Neste contexto, o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 48051 determinava que “a culpa dos titulares dos órgãos e agentes é apreciada nos termos do artigo 487.º do Código Civil”. Neste sentido, o critério pelo qual devia ser aferida a culpa era o da “diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”. Significa isto que o padrão de análise comportamental era já o da culpa em abstrato e não da culpa em concreto – ou seja, não estava em causa saber qual a diligência que o agente lesante costuma aplicar nos seus atos, mas sim qual seria a diligência de um homem normal, medianamente sagaz, prudente, avisado e cuidadoso.

A doutrina e a jurisprudência, mesmo durante a vigência do Decreto-Lei n.º 48051, estavam, porém, bem conscientes de que a transposição deste critério civil do bom pai de família para o âmbito da responsabilidade civil da Administração por factos ilícitos exigia um esforço de precisão e de adaptação funcional às particulares exigências do exercício da atividade administrativa. Neste contexto, o “agente” não é simplesmente uma pessoa comum que ofendeu regras de convivência social, mas uma pessoa na qualidade de titular do órgão que praticou o ato causador de danos. É nessa qualidade que deve ser apreciado o seu comportamento, relevando, aqui, não a diligência do homem comum, mas a diligência do titular de órgão ou agente médio, avaliada segundo padrões de competência técnica, profissionalismo e eficiência que devem ser apanágio de uma qualquer atuação administrativa (CARLOS CADILHA, *Responsabilidade da Administração Pública, em A responsabilidade civil extracontratual do Estado. Trabalhos preparatórios da reforma*, 2002, p. 244).

Por isso, a jurisprudência administrativa vinha entendendo, desde há muito, que a culpa se afere em abstrato, considerando a “diligência exigível a um funcionário ou agente [...] respeitador da lei e dos regulamentos e das *leges artis* aplicáveis aos atos e operações que tem o dever de praticar” [cfr., entre muitos, Acórdão do STA (Secção de Contencioso Administrativo) de 10 de janeiro de 1987 (recurso n.º 23.967), AD, n.º 310, pp. 1243 ss]. A culpa verifica-se quando não se adota a conduta “exigível e esperada de um funcionário zeloso e cumpridor” [Acórdão do STA (2.ª Subsecção da Secção de Contencioso Administrativo) de 27 de setembro de 1994 (recurso n.º 33992) – cfr. ainda Acórdão do STA (2.ª Secção de Contencioso Tributário) de 29 de maio de 1991 (recurso n.º 27.891), AD, n.º 375, pp. 289 ss].

II – O artigo 10.º, n.º 1, do novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, ao estabelecer que “*a culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor*”, acolheu expressamente este entendimento. Significa isto que, como refere VIEIRA DE ANDRADE (*Panorama geral do Direito da responsabilidade “civil” da Administração Pública em Portugal*, cit., pp. 49-50), em vez do homem médio, a lei portuguesa adota o paradigma do agente zeloso e cumpridor ou do bom administrador.

A bitola adotada para medir o grau de diligência exigível é normativa e não sociológica. O artigo 10.º, n.º 1, não manda atender ao modo como na prática os serviços públicos em geral ou o serviço específico em causa cumprem as suas funções. O julgador não deve, por isso, atender “às práticas de *desleixo*, de *desmazelo* ou de *incúria*, que porventura se tenham generalizado no meio”, sendo antes determinante confrontar a conduta do lesante com a conduta exigível dos funcionários “de boa formação e de são procedimento” (ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 10.ª ed., pp. 575-576, nota).

Por outro lado, a bitola consagrada é muito exigente.

É certo que já se disse, entre nós, que a formulação do artigo 10.º, n.º 1, “é vazia [...], devendo entender-se que “estão em causa a diligência e a aptidão de um titular de órgão ou agente médios” (MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade civil administrativa, Direito administrativo geral*, tomo III, 2008, p. 26) ou que o padrão de diligência exigível é do titular de órgão, funcionário ou agente “*medianamente diligente*” (CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas anotado*, 2.ª ed., 2011, p. 198). E, na verdade, a referência às *circunstâncias de cada caso*, além de impor que se atenda ao circunstancialismo fáctico objetivo em que se enquadra a conduta do lesante, obriga a tomar em consideração os *específicos* deveres funcionais exigíveis a um funcionário do tipo do lesante e que exerça uma atividade semelhante.

Ainda assim, porém, a lei parece ter em consideração, mais do que um funcionário médio, um bom ou excelente funcionário, visto que considera relevante como padrão de diligência tendencialmente exigível – sem prejuízo das especificidades que o concreto circunstancialismo fáctico imponha – um funcionário zeloso e cumpridor de todo e qualquer dos concretos deveres

funcionais a que se encontra adstrito. A lei nem sequer distingue em função da diferente relevância dos concretos deveres jurídicos violados ou das regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado infringidos. É significativo, para ilustrar a leitura aqui adotada, que haja jurisprudência que afirme, por exemplo, que “o desconhecimento ou errada interpretação da lei por parte de um funcionário gera ilicitude e também culpa relevante, já que o correto manuseamento dos textos legais é, salvo exceções, exigível aos servidores de entidades públicas” [Acórdão do STA (1.ª Subsecção da Secção de Contencioso Administrativo) de 29 de fevereiro de 1996 (recurso n.º 38.045)]. Ou seja, ao tomar como padrão de referência o agente zeloso e cumpridor, a lei assume que “é imperativo que a Administração atue, através dos seus [...] agentes, com a diligência a que uma pessoa competente está vinculada, sob pena de violação dos deveres de zelo e de boa administração” [Acórdão do STA (1.ª Subsecção da Secção de Contencioso Administrativo) de 13 de maio de 1999 (recurso n.º 38.081)]. Não surpreende, por isso, que, em algumas situações, se torne difícil estabelecer uma linha de fronteira entre os requisitos de ilicitude e da culpa, sucedendo não raras vezes que a culpa se dilui na ilicitude, assumindo-se como seu elemento subjetivo, traduzido na censurabilidade do facto ao agente por ter violado regras jurídicas ou de prudência que tinha a obrigação de conhecer e de adotar [Acórdão do STA (2.ª Subsecção da Secção de Contencioso Administrativo) de 30 de abril de 2008 (Processo n.º 913/07)]. No fundo, subjacente a este entendimento está a ideia de que “o «agente» não é simplesmente uma pessoa comum que ofendeu as regras de convivência social”, desenvolvendo uma atividade “funcional, isto é, uma atividade levada a efeito no exercício das suas funções e por causa desse exercício” (MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade civil da Administração*, cit., pp. 92-93). Por outras palavras, subjacente à solução legal parece estar a ideia de que “a vocação de um corpo profissional de pessoas, que têm a seu cargo a missão específica de conduzir o interesse público no respeito pelos direitos dos particulares, e aos quais estes entregam «honra e fazenda», é exatamente a de não falhar, e isso de uma forma mais intensa do que porventura acontece com uma entidade que não tem essas características” (MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Responsabilidade de entidades privadas submetidas ao regime da responsabilidade pública*, cit., p. 25). Daí que, em rigor, nem sequer esteja excluído que, no artigo 10.º, n.º 1, mais do que uma *culpa leve*, possa estar em causa uma culpa levíssima. Recorde-se que, enquanto “a culpa *leve* seria a omissão

da diligência *normal* (podendo o padrão da *normalidade* ser dado em termos *subjetivos, concretos*, ou em termos *objetivos, abstratos*), a culpa *levíssima*, pelo contrário, aponta simplesmente para “a omissão dos cuidados especiais que só pessoas muito prudentes e escrupulosas observam” (ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 10.^a ed., cit., p. 577, nota). Ora, ao tomar como referência o funcionário ou agente zeloso e cumpridor ou o *bom administrador* e, portanto, o funcionário respeitador da lei e dos regulamentos e das *leges artis* que lhe sejam aplicáveis, a lei pode ser lida como tomando por padrão um funcionário “excecionalmente diligente”, isto é, o equivalente ao civilístico “*diligentissimus pater familias*” (FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, cit., p. 357).

E não se diga que, por esta via, não se respeita “o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a mais do que aquilo que pode fazer (*ultra posse nemo obligatur*” – MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade civil administrativa*, cit., p. 26). É que, à semelhança do que se verifica com a consagração de presunções de culpa nos n.ºs 2 e 3 do artigo 10.º, não se pode obliterar que, como já foi assinalado, o alargamento do âmbito da culpa relevante assim operado não onera os titulares dos órgãos funcionários ou agentes da Administração. Com efeito, no estrito âmbito dos atos funcionais, se o facto não for praticado com dolo ou culpa grave (isto é, com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que o agente se encontrava obrigado em razão do cargo), há responsabilidade exclusiva da Administração perante o lesado e não se verifica o pressuposto para o exercício pela Administração do direito de regresso. Em contrapartida, a adoção de “um padrão exigente de conduta que tende a alargar as situações de responsabilidade” civil subjetiva da Administração (VIEIRA DE ANDRADE, *Panorama geral do Direito da responsabilidade “civil” da Administração Pública em Portugal*, cit., p. 50) é coerente com o reconhecimento da relevância da obrigação de indemnizar os danos resultantes de ações ou omissões ilícitas, não apenas enquanto instrumento fundamental de proteção dos particulares num Estado de Direito (função reparadora), mas também no quadro da importante função preventiva e de controlo do bom funcionamento dos serviços públicos, constituindo, assim, um instrumento de controlo dos poderes públicos suscetível de contribuir para a própria melhoria dos serviços públicos (LUIS MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general*

y reflexión crítica, Documentación Administrativa, n.ºs 237-238, 1994, pp. 25 ss – cfr. ainda RUI MEDEIROS, *Responsabilidade civil dos poderes públicos*, cit., 2005, pp. 8-9). O que não impede que se reconheça que, como já foi assinalado, o paradigma que subjaz ao novo regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, ao admitir generosamente a imputação de danos cometidos com culpa leve à estrutura administrativa (CARLA AMADO GOMES, *Textos dispersos*, cit., p. 175) não foi pensado para a época atual de *vacas magras* em que Portugal se encontra.

3.2. *Limites à transposição acrítica do critério de apreciação da culpa para os domínios de responsabilidade sancionatória e, mais concretamente, para o âmbito da responsabilidade financeira*

Como já foi assinalado, o artigo 10.º, ao estabelecer o critério de apreciação da culpa a que se fez referência, teve em vista a responsabilidade civil da Administração por facto ilícito culposo (em virtude do fenómeno de imputação mencionado logo no início da presente anotação), não assumindo relevância na responsabilidade civil dos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes no exercício da função administrativa e por causa desse exercício, uma vez que, neste último plano, só há obrigação de indemnizar, quer diretamente perante os lesados quer em sede de direito de regresso, por factos ilícitos praticados com dolo ou culpa grave. Não se afigura, por isso, legítimo transpor acriticamente o critério de apreciação da culpa plasmado no n.º 1 do artigo 10.º para aferir da culpa de um titular de órgão, funcionário ou agente noutros domínios de responsabilidade sancionatório e, mais concretamente, no campo da responsabilidade financeira.

É sabido que, à semelhança da responsabilidade penal, também a responsabilidade financeira sancionatória (efetivada por via do pagamento de uma sanção de natureza pecuniária) e a responsabilidade financeira reintegratória (efetivada por via da restituição ao erário público das quantias indevidamente pagas) dependem da prova de que o agente, além de ter praticado um facto ilicitamente sancionável, atuou com culpa. Neste sentido aponta, aliás, o n.º 5 do artigo 61.º da LOPTC, aplicável diretamente à responsabilidade financeira reintegratória e à responsabilidade financeira sancionatória por força do n.º 3 do artigo 67.º do mesmo diploma legal. Segundo o referido n.º 5 do artigo 61.º da LOPTC,

“a responsabilidade prevista nos números anteriores só ocorre se a ação for praticada com culpa”.

Ora, no apuramento do grau de culpa, dificilmente se pode importar sem mais o critério da culpa leve ou levíssima adotado pelo n.º 1 do artigo 10.º do novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, uma vez que o critério do agente zeloso e cumpridor, mesmo no plano da responsabilidade civil, só se aplica à responsabilidade da própria entidade pública, sendo que para o titular do órgão, funcionário ou agente releva apenas, quanto à mera culpa, uma atuação com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo. E não se afigura fácil perceber a justiça de um sistema que, em sede de responsabilidade civil dos poderes públicos protege os titulares dos órgãos funcionários ou agentes que não atuam com culpa grave e que, concomitantemente, no domínio da responsabilidade financeira admite com grande latitude sancionar os agentes públicos sempre que se conclua que não houve “o cumprimento rigoroso e adequado” dos deveres funcionais a que estavam adstritos. Discorda-se, por isso, do entendimento segundo o qual a diligência exigível para efeitos de responsabilidade financeira (pessoal) refere-se, “como no regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado, à *diligência e aptidão exigíveis de um titular de um órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor*” (cfr., porém, adotando o referido entendimento, ANTÓNIO CLUNY, *Responsabilidade financeira e Tribunal de Contas*, 2011, pp. 135 e 162).

4. Presunção de culpa pela prática de atos jurídicos ilícitos

I – A distinção entre atos jurídicos e operações materiais assume, há muito, relevância em matéria de responsabilidade civil da Administração por factos ilícitos culposos.

Como é sabido, entre as formas que a atividade administrativa unilateral pode assumir encontram-se as operações materiais e os atos jurídicos (administrativos ou regulamentares), figuras que se diferenciam pela aptidão intrínseca para a produção de efeitos jurídicos, que caracteriza os segundos e está ausente nos primeiros. Na verdade, para que uma atuação da Administração seja qualificada como ato jurídico é necessário que estejamos perante uma conduta unilateral que, no exercício de um poder administrativo, produza efeitos jurídicos externos, definindo inovatoriamente uma situação jurídico-administrativa ou uma pluralidade de

situações jurídico-administrativas (cfr., por exemplo, SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, I, 1982, p. 288; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10.^a ed., cit., p. 428; ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Lições policopiadas, 1978, p. 76). Pelo contrário, as operações materiais estão exclusivamente vocacionadas para a produção de efeitos de facto. Por vezes, a transformação jurídica produzida por um ato jurídico exige atos de execução fáctica, ou seja, atividades subsequentes de adequação física das coisas, destinadas a conformar a ordem material com o que nele se dispõe. Esta atividade executiva da Administração, funcionalmente dirigida à realização plena dos efeitos da prévia definição da situação jurídica, é realizada através de operações materiais, as quais incidem diretamente sobre a realidade física, não tendo qualquer vocação para, por si próprias, alterar o ordenamento jurídico ou produzir efeitos do direito. Neste sentido, uma operação material pressupõe um ato de autoridade (ainda que ilegítimo) que defina a situação *de iure* destinada a ser executada materialmente e a titule (PEDRO MACHETE, *Estado de Direito democrático e administração paritária*, 2007, pp. 40 ss).

Ora, na vigência do Decreto-Lei n.º 48051, e embora não existisse base legal para o efeito, a jurisprudência, apoiada por parte da doutrina, sustentava que, quando o facto ilícito danoso se consubstanciava na prática de um ato jurídico ilegal, a ilegalidade continha “em si culpa suficiente, à luz da referência geral do Estado de Direito, para a imputação ao Estado dos danos que tais atos produzirem” [BARBOSA DE MELO, *Responsabilidade civil extracontratual – não cobrança de derrama pelo Estado*, CJ, ano XI, tomo 4 (1986), p. 37 – cfr., no mesmo sentido, GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade civil do Estado por actos lícitos*, 1974, p. 78]. Significa isto que, atendendo concretamente à prática jurisprudencial ou, por outras palavras, considerando o *diritto vivente* antes da entrada em vigor do novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, se entendia que quando um titular de órgão adota um ato jurídico desconforme com o bloco de legalidade a que se encontra adstrito, atuando ilicitamente, está, *ipso facto*, a atuar com culpa, pois o titular do órgão zeloso e diligente teria agido em conformidade com tais comandos jurídicos (cfr., entre muitos, Acórdão do STA de 20 de outubro de 1987, BMJ, n.º 370, 1987, pp. 392 ss, Acórdão do STA de 24 de março de 1999 – processo n.º 44.364 – e Acórdão do STA de 8 de julho de 1999 – processo n.º 43.956). Em qualquer

caso, não estando prevista na lei, tratava-se de uma presunção judicial de culpa.

II – O n.º 2 do artigo 10.º do novo regime, ao estabelecer que, “sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos”, preferiu uma solução de continuidade. É certo que os fundamentos suscetíveis de justificar a consagração de uma presunção de culpa pela prática de atos jurídicos ilícitos não são evidentes. O próprio argumento, aparentemente “principal” (MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade civil da Administração*, cit., p. 98), da dificuldade em formular um juízo de censura pessoal do autor do ato que põe termo a um procedimento administrativo suscetível de envolver uma pluralidade de pessoas dificilmente se enquadra sistematicamente no quadro de um regime que, por um lado, como se viu no parágrafo anterior, tende a objetivar o critério de apreciação da culpa e, por outro, como também já foi assinalado, se ocupa fundamentalmente do problema da apreciação da culpa para efeitos de responsabilidade civil da própria Administração. Todavia, em coerência, ainda assim, com as demais manifestações na nova lei da opção por uma tendencial objetivação/simplificação da apreciação culpa, o legislador de 2007 recusou romper com a solução que a jurisprudência, de facto, aplicava.

Em qualquer caso, em vez de uma presunção judicial, o artigo 10.º, n.º 2, consagra uma presunção legal. E, atendendo aos princípios gerais que, em matéria de presunções, se extraem do Código Civil, não há fundamento para considerar que a presunção de culpa leve de que fala o n.º 2 do artigo 10.º constitua uma presunção *iuris et de iure*. Pelo contrário, de acordo com o princípio geral enunciado no n.º 2 do artigo 350.º do Código Civil, não havendo lei a proibir a ilisão da presunção, deve entender-se que “as presunções legais podem [...] ser ilididas mediante prova em contrário [...]”.

Não se ignora que, na prática jurisprudencial, a tendência é para converter a responsabilidade por ato jurídico ilícito numa responsabilidade praticamente objetiva (embora, por exemplo, no Acórdão do STA de 17 de julho de 1980 – processo n.º 10823 –, o tribunal tenha considerado, mas num caso que tinha a especificidade de respeitar a uma hipótese em que estava em causa um ato administrativo de aplicação de uma norma regulamentar contrária à lei, que não se verificava o pressuposto da culpa). Ou seja, os

tribunais administrativos portugueses têm sido muito exigentes na admissibilidade do afastamento da presunção de culpa leve [ALEXANDRA LEITÃO, *Dois questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (factos ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa: da responsabilidade civil à responsabilidade pública. Ilícitude e presunção de culpa*, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, IV, 2012, p. 59].

Todavia, não se pode obliterar que a consagração de uma “presunção de culpa, embora concorrendo para uma progressiva objetivação da responsabilidade, não se confunde e é mesmo incompatível com um sistema de responsabilidade objetiva” (MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade civil da Administração*, cit., p. 103). E, no regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, como já se disse, o princípio de que se parte é ainda o de a imputação do dano à Administração, fora das situações em que estejam em causa “danos decorrentes de atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos” (artigo 11.º) e das hipóteses de indemnização por sacrifício (artigo 16.º), pressupor um facto ilícito e a possibilidade de formulação de um juízo de censura ético-jurídica à conduta da Administração. Por isso, embora exista a presunção de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos, deve admitir-se a ilisão da presunção. É o que sucede, designadamente, quando o ato jurídico ilícito se funda numa interpretação da lei ancorada na jurisprudência ou na doutrina existente ou prevalecente e, depois, vem a ser infirmada pelo tribunal. O mesmo se diga, no contexto atual marcado pelo fenómeno da “pulverização dos centros de poder” e pelo “pluralismo normativo”, no âmbito de uma “juridicidade multilevel” (ANA RAQUEL MONIZ, *A recusa de aplicação de regulamentos pela Administração com fundamento em invalidade*, 2012, p. 35), quando a ilegalidade provém da aplicação da norma diretamente aplicável ao caso, nos casos em que a norma aplicada seja ilegal ou inconstitucional e, em face das circunstâncias concretas, não fosse exigível ao titular do órgão conhecer da desconformidade da norma aplicada com normação prevalecente. Enfim, ainda exemplificativamente, não se vê por que razão a presunção de culpa leve não pode ser afastada quando se consiga demonstrar que, no circunstancialismo concreto, em face do sentido equívoco que se extrai do preceito normativo, não era exigível que mesmo um bom ou excelente titular de órgão – e, por isso, zeloso e cumpridor e excepcionalmente diligente – adotasse uma interpretação diversa.

III – O n.º 2 do artigo 10.º do novo regime, quando se refere aos atos jurídicos, compreende tanto os atos administrativos como as normas regulamentares.

A solução compreende-se, sem dificuldade, pois, a partir do momento em que se consagra uma presunção de culpa para os atos administrativos ilícitos, não se pode ignorar – além das incertezas na qualificação de certos atos jurídicos da Administração – que atos administrativos e atos regulamentares são ambos atos jurídicos e atos praticados no exercício da função administrativa.

A situação afigura-se, porém, menos evidente quando estejam em causa decretos regulamentares. É sabido que a forma de decreto regulamentar é a forma mais solene dos atos normativos estaduais infralegais, por implicar a sujeição a promulgação do Presidente da República [artigo 134.º, alínea *d*)] e por o Presidente poder exercer veto, e veto absoluto (artigo 136.º, n.º 4). Por outro lado, a recusa de aplicação de norma constante de decreto regulamentar por um tribunal envolve, tal como a recusa de aplicação de norma constante de ato legislativo ou de convenção internacional, recurso obrigatório do Ministério Público para o Tribunal Constitucional [artigo 280.º, n.º 3 (...)]. Por isso, os decretos regulamentares prevalecem sobre os demais regulamentos do Governo e, atendendo ao sentido da promulgação do Presidente da República, têm inclusivamente primazia sobre as resoluções do Conselho de Ministros (RUI MEDEIROS, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo II, 2006, p. 729).

A atribuição constitucional de um estatuto especial aos decretos regulamentares não pode ser compreendida à margem do disposto no n.º 6 do artigo 112.º da Constituição. Dispõe este preceito constitucional que “os regulamentos do Governo revestem a forma de decreto regulamentar quando tal seja determinado pela lei que regulamentam, bem como no caso de regulamentos independentes”. Ora, sobretudo no caso de regulamentos independentes, *maxime* quando se admita que pode haver regulamentos independentes do Governo fundados diretamente na Constituição, a proximidade material entre o decreto regulamentar e o decreto-lei salta à vista desarmada.

Neste contexto, e atenta a dualidade de regimes consagrada no novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas – a que já se fez referência nesta anotação – e, mais concretamente, ao diferente papel da culpa na responsabilidade civil da Administração por factos ilícitos e

na responsabilidade civil pelo ilícito legislativo, pode duvidar-se da bondade da equiparação, para efeitos de presunção de culpa, dos decretos regulamentares ilícitos aos demais atos jurídicos da Administração.

5. Aplicação de algumas das presunções de culpa do Código Civil

I – Dispõe o n.º 3 do artigo 10.º que, “para além dos demais casos previstos na lei, também se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância”.

Esta disposição começa por não excluir outras situações de presunção de culpa que estejam ou venham a ser previstas por lei. A pura e simples remissão para a lei, em contraste com a segunda parte do preceito, em que a aplicação das presunções de culpa por incumprimento de deveres de vigilância é mediatizada, como se confirmará de seguida, pelo apelo aos princípios gerais da responsabilidade civil, tem em vista a lei administrativa. Além disso, na medida em que vise presunções de culpa que venham a ser estabelecidas pelo legislador, este segmento do preceito, salvo na medida em que a consagração de novas presunções possa bulir com a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República em matéria de “responsabilidade civil da Administração” [artigo 165.º, n.º 1, alínea s), da Constituição], nada acrescenta àquilo que já resultaria das regras gerais aplicáveis em matéria de exercício da competência legislativa.

O conteúdo útil do preceito reside na consagração expressa da aplicabilidade no âmbito da responsabilidade civil da Administração por factos ilícitos das presunções de culpa associadas ao incumprimento de deveres de vigilância previstas no Código Civil.

Recorde-se que, na vigência do Decreto-Lei n.º 48051, se mostrava controversa a questão de saber se as presunções de culpa em causa eram aplicáveis à responsabilidade civil dos poderes públicos. Ainda assim, o entendimento jurisprudencial que acabou por prevalecer sustentava que a regulamentação do Decreto-Lei n.º 48051 não continha o quadro normativo completo da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas e que a responsabilidade por factos ilícitos constituía um instituto unitário. Por isso, na falta de disposições especiais no Decreto-Lei n.º 48051 e não obstante não haver nesse diploma uma norma geral remissiva para o Código Civil, devia entender-se

que se aplicava à responsabilidade civil por gestão pública as normas constantes do Código Civil, incluindo em matéria de presunção de culpa no incumprimento de deveres de vigilância, que não colidam com o que direta ou indiretamente emerge do Decreto-Lei n.º 48051 [Acórdão do STA (Pleno da 1.º Secção) de 19 de abril de 1998 (recurso n.º 36.463) – cfr., porém, para um exemplo da argumentação subjacente ao entendimento oposto e minoritário, Acórdão do STA (1.ª Secção) de 16 de maio de 1995, revogado justamente pelo citado acórdão do Pleno, CJA, n.º 10 (1998), anotado criticamente por MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Presunção de culpa das autarquias locais: um imperativo do dever de boa administração – Anotação ao Ac. do STA de 16.5.1995, Proc. 36463, CJA, n.º 10 (1998), pp. 3 ss].*

O n.º 3 do artigo 10.º consagra expressamente a solução jurisprudencial dominante. Todavia, ao referir que “também se presume a culpa leve, *por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil*, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância”, o novo regime sublinha a autonomia do regime de responsabilidade civil dos poderes públicos, introduzindo um limite importante à importação das normas sobre responsabilidade civil consagradas no Código Civil. Com efeito, na perspetiva da nova lei, as situações públicas podem estar sujeitas à disciplina de normas de Direito Privado, desde que, na ausência de normas e princípios gerais de Direito Público, possam ser focadas pela previsão de princípios gerais de Direito Privado, mas princípios esses que, pela virtualidade de regerem também situações de Direito Público, se convertam *ipso facto* em princípios gerais de Direito (SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, 1987, p. 632).

II – Concretamente, deixando por agora de lado a hipótese especial prevista no n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil (danos causados no exercício de uma atividade perigosa), o n.º 3 do artigo 10.º tem em vista as presunções de culpa estabelecidas no artigo 491.º (responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem) e no n.º 1 do artigo 493.º do Código Civil (danos causados por coisas ou animais sob vigilância), podendo porventura entender-se, mas a questão é mais controversa, que a remissão do n.º 3 do artigo 10.º também abrange o disposto no artigo 492.º (danos causados por edifícios ou outra obra que ruir).

É certo que há quem sustente que a segunda parte do n.º 3 do artigo 10.º parece implicar tão-somente “a remissão para o artigo

493.º, n.º 1, do Código Civil, significando que a presunção funciona no tocante aos danos causados por coisas, animais ou atividades relativamente aos quais uma pessoa coletiva pública tenha o dever de vigilância”, não pretendendo, “portanto, abarcar todas as demais situações de presunção de culpa consignadas [...] nos artigos 491.º e 492.º” (CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, 2.ª ed., cit., pp. 204 e 206).

A verdade, porém, é que a presunção de culpa por incumprimento de deveres de vigilância não se encontra apenas prevista no artigo 493.º do Código Civil, não se vislumbrando por que razão a mesma conclusão não há de poder também valer para o disposto no artigo 491.º Pense-se, por exemplo, no dever de vigilância em face de um menor com menos de 16 anos a quem tenha sido aplicada a medida tutelar educativa de internamento em centro educativo ou no dever de vigilância perante uma criança em perigo acolhida em instituição pública. Admitindo que o menor ou a criança se encontram numa situação de incapacidade natural, e que a atividade do centro educativo ou da instituição de acolhimento é enquadrada por disposições ou princípios de direito administrativo (artigo 1.º, n.º 2, parte final, do novo regime), a abertura da segunda parte do n.º 3 do artigo 10.º permite abarcar, nestes casos, a presunção de culpa *in vigilando* consagrada no artigo 491.º do Código Civil, não se vislumbrando os motivos que, neste tipo de situações, apontam para solução diversa daquela que é acolhida em relação ao disposto no n.º 1 do artigo 493.º

A situação contemplada no artigo 492.º apresenta, ainda assim, contornos específicos. Com efeito, quando se está perante danos causados pela ruína de um edifício ou outra obra, a situação pode, em certos casos, caber tanto na previsão do artigo 492.º, como na factispécie do artigo 493.º, n.º 1. E, em rigor, “se no artigo 492.º se visa onerar aqueles que retiram proveito da propriedade do bem ou que estão obrigados a substituir os primeiros no dever de conservação pelos danos devidos a vício de construção ou a defeito de conservação, no artigo 493.º o que está em causa é uma responsabilidade pela omissão do dever de vigilância de qualquer coisa móvel ou imóvel, aí se devendo incluir naturalmente os edifícios e as outras obras” (ANA MARIA TAVEIRA DA FONSECA, *Responsabilidade civil pelos danos causados pela ruína de edifícios ou outras obras*, em *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, 2007, pp. 129 ss, em especial 137). Neste sentido, o incumprimento do dever de vigilância em sentido

estrito só se verifica na hipótese do artigo 493.º A verdade, porém, é que, contra a linearidade de uma tal conclusão, sempre se pode invocar o facto de a responsabilidade a que se refere o artigo 492.º “é uma responsabilidade subjetiva fundada na violação de deveres de diligência que devem ser observados na construção e na manutenção dos edifícios ou outras obras”. Por isso, aliás, “para que o proprietário ou possuidor seja responsável, nos termos do artigo 492.º, n.º 1, a ruína do edifício ou outra obra tem de ser consequência de um vício de construção ou defeito de manutenção” (ANA MARIA TAVEIRA DA FONSECA, *Responsabilidade civil pelos danos causados pela ruína de edifícios*, cit., pp. 91 e 115), podendo a responsabilidade ser afastada, não obstante o vício de construção ou de manutenção mediante a prova de que se observou a diligência devida [ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade pelos danos causados por edifícios ou outras obras*, BMJ, n.º 88 (1959), pp. 38 e 49]. Neste sentido, para além do disposto no n.º 1 do artigo 493.º, também no artigo 492.º se verifica o afloramento de um regime especial de responsabilidade que tem como pano de fundo último a ideia fundamental de que “a pessoa que cria ou mantém uma situação de especial perigo tem o dever jurídico de agir, tomando as providências necessárias para prevenir os danos com ela relacionados” (JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 1989, p. 313). E, se assim for, em ambos os casos, as razões que justificam a inversão do ónus da prova não são específicas do Direito Civil e, não havendo normação específica no regime da responsabilidade civil dos poderes públicos, não se vislumbra por que razão a presunção de culpa consagrada no artigo 492.º não pode ser vista como o afloramento de um princípio geral da responsabilidade civil aplicável igualmente ao Estado e demais entidades públicas.

III – A presunção de culpa prevista no n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil assume contornos especiais. Efetivamente, ao contrário do que sucede nas demais situações, o artigo 11.º do novo regime prevê expressamente, numa solução que alarga o âmbito do disposto no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 48051, que “o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos [...]”. Ou seja, enquanto o n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil dispõe que “quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade, perigosa

por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”, consagrando uma responsabilidade fundada numa culpa presumida, os danos decorrentes de atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos são enquadrados, no diploma aqui em anotação, no âmbito da responsabilidade (objetiva) pelo risco.

Significa isto que, à partida, tendo o legislador optado por enquadrar a tutela ressarcitória de danos decorrentes de atividades excecionalmente perigosas”, na formulação do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 48051, ou especialmente perigosas, no artigo 11.º da nova lei, no âmbito da responsabilidade pelo risco, instituindo assim para a Administração um regime de responsabilidade mais amplo do que o previsto no Direito Civil, não há espaço para convocar a presunção de culpa a que alude o n.º 2 do artigo 493.º, pois não há uma lacuna no sistema de responsabilidade civil dos poderes públicos [Acórdão do STA (1.ª Secção), de 16 de maio de 1995, CJA, n.º 10 (1998), p. 5].

Ainda assim, não está em absoluto excluído que possa haver situações não cobertas pela cláusula da responsabilidade pelo risco e passíveis de ser abrangidas pela presunção civilística de culpa para as atividades perigosas. É certo que a situação era mais clara em face da legislação anterior, uma vez que se podiam equacionar situações em que a atividade fosse perigosa, mas não, como exigia o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 48051 para operar a responsabilidade pelo risco, *excecionalmente* perigosas. A nova lei, porém, alargou o âmbito da responsabilidade pelo risco, contentando-se hoje, para que a pretensão de indemnização possa operar, que os danos decorram de atividades, coisas ou serviços administrativos *especialmente* perigosos. Ainda assim, e caso se entenda que as atividade perigosas a que se refere o n.º 2 do artigo 493.º podem não se subsumir no conceito de *atividades especialmente perigosas* adotado no artigo 11.º do novo regime – e a conclusão está por demonstrar (cfr., por exemplo, no sentido de que o próprio critério da periculosidade excecional consagrado no artigo 8.º do velho Decreto-Lei n.º 48051 não é essencialmente diverso daquele que serve para definir coisa *perigosa* constante do artigo 493.º do Código Civil, CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, 2.ª ed., cit., pp. 205-206, nota) –, justifica-se aplicar a referida presunção de culpa às situações cobertas pelo n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil

e não abrangidas na cláusula geral de responsabilidade pelo risco (atividades que, não sendo especialmente perigosas, são perigosas por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados). A solução é coerente com a abertura em geral consagrada no n.º 3 do artigo 10.º, não é infirmada pelo disposto no artigo 11.º, que não abrange estas hipóteses, e é consentânea com o sentido global amigo dos lesados que subjaz à nova regulamentação da responsabilidade civil da Administração por factos ilícitos (*vide*, sobre a questão, *infra*, anotação ao artigo 11.º).

IV – As presunções de culpa a que se refere o n.º 3 do artigo 10.º podem, nos termos gerais (n.º 2 do artigo 350.º do Código Civil), “ser ilididas mediante prova em contrário”. Concretamente, para além das situações de facto de terceiro ou do próprio lesado ou “de caso fortuito ou de força maior, o ente público pode ilidir tal presunção alegando e provando que, de forma sistemática e continuada, empregou todos os esforços e adotou todas as medidas adequadas a prevenir acidentes do género, tendo-se os danos produzido apesar dessa atuação” [Acórdão do STA de 8 de outubro de 2003 (processo n.º 1923/02), CJA, n.º 42 (2003), p. 67].

V – A aplicabilidade no âmbito da responsabilidade civil da Administração por factos ilícitos das presunções de culpa por incumprimento de deveres de vigilância previstas no Código Civil pode dar lugar a uma situação de concurso de títulos de imputação sempre que o incumprimento de deveres de vigilância não resulte “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 deva ser atribuído “a um funcionamento anormal do serviço” (artigo 7.º, n.ºs 3 e 4).

6. O problema da responsabilidade civil da Administração por facto ilícito não culposo

A verificação de que a culpa – ainda que nos termos matizados que foram assinalados – constitui, no regime em vigor, pressuposto da responsabilidade civil da Administração por factos ilícitos cometidos pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes coloca uma questão complexa nos casos em que se esteja, concretamente, perante atuações dos poderes públicos que

ilicitamente mas não culposamente imponham encargos ou causem danos especiais e anormais aos particulares.

A razão do problema salta à vista desarmada. Com efeito, por aplicação estrita das regras relativas à responsabilidade civil por facto ilícito culposo e à indemnização por sacrifício, tais atuações não conferem ao lesado um direito de indemnização, pois, por um lado, não se está perante um sacrifício *lícito* de direitos dos particulares, não sendo portanto diretamente aplicável o disposto no artigo 16.º, e, por outro lado, embora haja um facto ilícito, falta a culpa para se poder aplicar o regime geral de responsabilidade civil da Administração constante dos artigos 7.º e seguintes. A situação encontra-se, portanto, aparentemente numa espécie de limbo. Mas, numa leitura sistémica e teleologicamente comprometida, é duvidoso que a resposta, neste tipo de situações, possa ser simplesmente no sentido da negação ao particular lesado de qualquer pretensão indemnizatória.

O problema não é novo. O tema tem sido particularmente glosado pela jurisprudência e pela doutrina alemãs. Concretamente, e sem prejuízo das cautelas que têm sido evidenciadas na discussão mais recente, em relação ao sacrifício ilegal do direito de propriedade privada – entendido na aceção ampla que se extrai da Constituição –, o entendimento prevalecente autonomizou a figura da “agressão idêntica à expropriação” (*enteignungsgleiche Eingriff*) e, por essa via, passou a admitir, designadamente, que sacrifícios ilegais não culposos do direito de propriedade fossem equiparados à expropriação (em sentido amplo), podendo conferir direito ao pagamento de uma justa indemnização (cfr., para maiores desenvolvimentos, FRITZ OSSENBÜHL, *Staatshaftungsrecht*, 1998, pp. 213 ss).

A possibilidade de submissão de factos ilícitos ao regime da indemnização por sacrifício ou da responsabilidade civil por atos lícitos é há muito reivindicada igualmente entre nós. A posição assumida por GOMES CANOTILHO (*O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos* cit., pp. 126 ss) ainda na vigência da Constituição de 1933 é, neste aspeto, precursora. Outros autores, já na vigência da Constituição de 1976, defenderam igualmente, por referência ao instituto da expropriação ou do sacrifício de direitos patrimoniais, que se devia admitir o direito à indemnização dos danos resultantes de uma atuação ilícita, desde que tais danos, na hipótese de terem sido causados lícitamente, merecessem tutela reparatória à luz do direito fundamental de propriedade (cfr., por todos, RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade civil*

do Estado por atos legislativos, 1992, p. 237; MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, 1998, pp. 646 ss). E, de facto, a importação da construção da *Enteignungsgleicher Eingriff*, não só está de certo modo implícita na forma como a nossa jurisprudência administrativa equaciona o problema da responsabilidade civil do Estado por danos causados por ato anulado, como também – e este aspeto afigura-se muito importante – constitui um instrumento que, no que toca à tutela contra atuações ilegais dos poderes públicos, permite completar o sistema de garantias ao dispor dos particulares e dar coerência e unidade ao sistema (MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de atos administrativos e relações jurídicas emergentes*, 2002, p. 821).

7. Situações de pluralidade de responsáveis

I – O n.º 4 do artigo 10.º dispõe, retomando para a lei civil, que, “quando haja pluralidade de responsáveis, é aplicável o disposto no artigo 497.º do Código Civil”.

Significa isto que, *no plano das relações externas*, todos os que tiverem concorrido para a produção dos danos e sejam, nos termos da lei, civilmente responsáveis, ainda que algum ou alguns respondam objetivamente (compreensivelmente – atenta a relevância da função reparadora do instituto da responsabilidade civil –, e em coerência com o disposto no n.º 2 do artigo 11.º do novo regime – que rompe com a solução acolhida no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 48051 – ou com o estabelecido no n.º 1 do artigo 507.º do Código Civil, o artigo 497.º não introduz neste domínio qualquer distinção, ao contrário do que sucede no plano das relações internas) respondem solidariamente perante o lesado.

A relevância fundamental do n.º 4 do artigo 10.º, com a sua remissão para o n.º 1 do artigo 497.º do Código Civil, não reside, em qualquer caso, no estabelecimento da regra da solidariedade nas situações de responsabilidade do Estado ou demais entidades públicas e dos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes por danos que resultem de ações ou omissões ilícitas por estes cometidas, no exercício das suas funções e por causa desse exercício, com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontram obrigados em razão do cargo, uma vez que a solidariedade, nestes casos, já decorre do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 7.º O sentido inovador do preceito está antes em estender a regra da solidariedade às hipóteses em

que o dano é imputável a duas ou mais entidades públicas, a uma entidade pública e a um terceiro ou a dois ou mais titulares de órgãos, funcionários ou agentes (cfr., sobre diversas hipóteses em que se justifica equacionar a aplicação do artigo 10.º, n.º 4, CARLA AMADO GOMES, *Textos dispersos*, cit., pp. 177 ss).

II – Nos termos do n.º 2 do artigo 497.º do Código Civil, *no plano das relações internas*, “o direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respetivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis”.

Já se disse, na anotação ao artigo 6.º, para a qual se remete, que este preceito não significa que, na relação entre o Estado ou outra entidade pública e o titular do seu órgão, funcionário ou agente, a pessoa coletiva pública tenha necessariamente um direito de regresso integral.

Importa agora acrescentar que, para das situações típicas de pluralidade de responsáveis comuns àquelas reguladas diretamente no Código Civil, a circunstância de o novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas consagrar diversas presunções de culpa leve introduz um fator de complexidade. Recorde-se, concretamente, que, para efeitos de culpa do lesado, o n.º 2 do artigo 570.º do Código Civil estabelece expressamente que, “se a responsabilidade se basear numa simples presunção de culpa, a culpa do lesado, na falta de disposição em contrário, exclui o dever de indemnizar”. É duvidoso que uma tal solução seja aplicável no âmbito da responsabilidade civil dos poderes públicos (*vide*, sobre o problema, *supra*, anotação ao artigo 4.º) e, mais concretamente, que possa ser transposta para o plano das relações internas entre os vários responsáveis. Efetivamente, em face da tendência, já assinalada, para uma objetivação/simplificação da apreciação culpa no novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, a concorrência de uma responsabilidade assente numa presunção de culpa leve com uma responsabilidade decorrente de um comportamento comprovadamente culposo (que pode ser meramente negligente e até, estando em causa a responsabilidade da Administração e não do agente, ser enquadrável na culpa leve ou levíssima) dificilmente permite afirmar que o direito de regresso cabe, *ipso facto*, e integralmente ao lesante presumivelmente culposo que tenha sido condenado a ressarcir o lesado. De resto, atenta a

necessidade de assegurar uma ponderação do diferente grau de censurabilidade da conduta dos diversos responsáveis, nada obsta a que, em sede de exercício do direito de regresso, se proceda ao efetivo apuramento do grau de culpa da entidade civilmente responsável em virtude da prática de um facto ilícito que, por força da presunção legal de culpa, foi considerado culposo (à semelhança do que se admite, embora num enquadramento radicalmente diverso, no n.º 4 do artigo 8.º).

RUI MEDEIROS