

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



**FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA**

POR UMA REPARAÇÃO JUSTA NO ÂMBITO DO REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E DEMAIS ENTIDADES PÚBLICAS – QUANDO A CONDUTA DO LESADO ESCONDE O ABUSO DE DIREITO

ANTÓNIO FERNANDES GOMES DA SILVA

**DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELA
SENHORA PROFESSORA DOUTORA CARLA AMADO GOMES**

MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

2015/2017

POR UMA REPARAÇÃO JUSTA NO ÂMBITO DO REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E DEMAIS ENTIDADES PÚBLICAS – QUANDO A CONDUTA DO LESADO ESCONDE O ABUSO DE DIREITO

À Lurdes, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Para a realização deste trabalho foram-me uteis os ensinamentos que recolhi da obra de Umberto Eco, “*Como se faz uma tese em ciências humana.*” No entanto, não posso concordar com este Autor quando afirma que “*É de mau gosto agradecer ao orientador. Se vos ajudou, não fez mais que o seu dever.*”*

Por isso, em primeiro lugar agradeço penhoradamente à Senhora Professora Doutora Carla Amado Gomes, minha orientadora neste trabalho, pela permanente disponibilidade que sempre demonstrou, pelos seus conselhos e pelo encorajamento que me deu.

Agradeço também à Biblioteca da Procuradoria-Geral da República e a todos os seus funcionários, pela disponibilidade e ajuda que me deram na recolha de material para este trabalho.

Agradeço ainda a todos quantos de alguma forma, direta ou indireta, contribuíram para que este trabalho pudesse ver a luz do dia.

Por último, um agradecimento muito especial à Lurdes, sem a qual esta empresa não teria ido em frente, pelo apoio, compreensão e partilha nos bons e maus momentos.

O meu muito obrigado, a todos.

- Umberto Eco, “Como se faz uma tese em ciências humanas”, 13.^a Ed, Editorial Presença, pág. 197

RESUMO

Até a aprovação do Decreto-lei n.º 48.051, de 21 de novembro de 1967, sempre que o Estado provocava um dano a um particular a reparação deste dano era feita recorrendo-se, em exclusivo, a normas de direito privado. Com a entrada em vigor do Decreto-lei n.º 48.051, de 21 de novembro, passou a existir um regime próprio a disciplinar a matéria da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas, no domínio dos atos de gestão pública.

Este novo regime, que vigorou até 2007, era excessivamente restritivo dos direitos dos lesados. Primeiro obrigava-os a impugnar o ato administrativo que lhes provocou o dano e só depois é que podiam propor a ação judicial com vista a serem indemnizados.

Durante os 40 anos de vigência deste regime, numa primeira fase, os tribunais administrativos não chegavam a apreciar o pedido de indemnização se o lesado não tivesse impugnado o ato administrativo lesivo. Mais tarde, passaram a apreciar o pedido de indemnização, mas tinham em consideração o comportamento do lesado, o que fazia com que isto se refletisse no valor da indemnização.

Em 2007, foi aprovada a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, que revogou o anterior regime. Esta Lei, entre outras mudanças, aboliu a exigência de o lesado impugnar previamente o ato administrativo lesivo e passou a admitir que o lesado mesmo tendo culpa nos danos que sofreu pudesse ser indemnizado.

Estas alterações, somadas à possibilidade de o Código de Processo nos Tribunais Administrativos admitir que, no domínio da responsabilidade civil extracontratual da Administração, o tribunal pode apreciar se o ato administrativo lesivo é ilegal ou não, quando este já não pode ser impugnado, abriu a porta a que chegassem aos tribunais administrativos ações judiciais onde os lesados estão a atuar em abuso de direito, por violação do princípio da boa fé.

Esta abertura trouxe um desafio aos tribunais administrativos, que consiste em apreciar a conduta culposa dos lesados, no sentido de perceber se esta não esconde uma situação de abuso de direito.

Este novo desafio exige que o tribunal faça uma análise cuidada, uma vez que será através dela que se poderá impedir que alguns lesados recebam indemnizações quando não têm direito a elas, na medida em que o artigo 4.º Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro permite que o lesado mesmo tendo culpa na produção dos danos que sofreu possa ser indemnizado.

Palavras-chave: Responsabilidade; Extracontratual; Estado; Entidades Públicas; Culpa do Lesado; Abuso de direito; Boa Fé

ABSTRAT

Until approval of Decree-Law n.º 48.051, of November 21, 1967, whenever the State caused damage to an individual the compensation of this damage was made, exclusively, by using rules of private law. The entry into force of Decree-Law n.º 48.051, of November 21, initiated a specific regime to discipline the matter of extra-contractual civil liability of the State and other public corporations in the field of public management acts.

This new regime, which lasted until 2007, was excessively restrictive of the rights of the aggrieved. First, they were forced to impugn the administrative act that caused them harm, and only then could they bring a lawsuit in order to be compensated.

During the 40 years this regime was in force, initially administrative courts did not consider the claim for damages if the injured party had not challenged the harmful administrative act affecting them. Later, they came to appreciate the claim for damages, but they took into account the behavior of the injured party, which made this reflect on the compensation value.

In 2007 it was approved Law n.º 67/2007, of December 31, which repealed the previous regime. This law, among other changes, abolished the requirement that the injured party should previously challenge the harmful administrative act and began to admit that the injured party, even being guilty of the damages suffered, could be compensated.

These changes, added to the possibility the Código de Processo nos Tribunais Administrativos to admit that in the field of extra-contractual civil liability of the Administration, the court can assess whether an harmful administrative act is illegal or not, when it can no longer be contested, facilitated the entry into administrative courts of a number of legal proceedings where the injured parties are acting in abuse of rights for violation of the good faith principle.

This opening brought a challenge to the administrative courts, which consists in assessing the culpable conduct of the injured parties, in order to understand if this does not hide a situation of abuse of rights.

This new challenge requires the court to make a careful analysis, since it will be through it that some injured parties can be prevented from receiving indemnities when they are not entitled to them, insofar as Article 4.º Law n.º 67/2007, of December 31, allows the injured party to be compensated, despite being responsible for the damages suffered.

Keywords: Responsibility; Extra-contractual; State; Public Entities; Fault of the Injured party; Abuse of law; Good faith

NOTAS DE LEITURA

Todas as obras, artigos de revistas científicas e documentos eletrônicos são citados em nota de rodapé. As citações são feitas da seguinte forma:

- 1) Só na primeira citação se fará referência completa ao autor, título, volume e edição (quando existam mais do que um), editora, local, data e número de página citada. Nas citações seguintes reduzir-se-ão ao nome do autor e título da obra abreviado seguido do número das páginas citadas;
- 2) Os artigos publicados em revistas científicas serão citados pela identificação completa da revista, ano, número e páginas citadas;
- 3) Os documentos eletrônicos serão citados por referência ao autor, título, data, e endereço eletrônico;
- 4) As decisões judiciais serão citadas pela indicação abreviada do tribunal que a proferiu, data do acórdão, número de processo e endereço eletrônico;
- 5) As citações de textos mantêm sempre a respectiva ortografia original.

ABREVIATURAS

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

ABGB – Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil austríaco de 1811, em vigor)

Ac. – Acórdão

al. - Alínea

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão de 1896, em vigor)

CC – Código Civil

CE – Código da Estrada

Cfr – Confronte-se

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

p. – Página

P.º - Processo

pp. – Páginas

RRCEE – Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho

ss - Seguintes

STA- Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TAF – Tribunal Administrativo e Fiscal

TCAN – Tribunal Central Administrativo Norte

TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul

TRC - Tribunal da Relação de Coimbra

TRE - Tribunal da Relação de Évora

TRG - Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	20
CAPÍTULO I - A CONDUTA CULPOSA DO LESADO	26
1.1 ORIGEM DO INSTITUTO DA CULPA DO LESADO	26
1.2 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA CULPA DO LESADO	28
A- Do Código de Seabra até ao Código Civil de 1966	28
B- A culpa do lesado no atual Código Civil	29
C- A culpa do lesado nas relações entre o Estado e os particulares.....	30
1.3 O INSTITUTO DA CULPA DO LESADO NO REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO TERÁ CARACTERÍSTICAS ESPECIAIS FACE AO REGIME GERAL OU NÃO.....	30
A- Características do regime geral	31
B- Características do regime da RRCEE	32
C- Conclusão.....	34
1.4 PRESSUPOSTOS QUE CONSTITUEM O LESANTE NA OBRIGATORIEDADE DE REPARAR OS DANOS DO LESADO	34
1.4.1 FACTO	35
1.4.2 ILICITUDE	37
1.4.3 CULPA	41
1.4.4 DANO.....	43
1.4.5 NEXO DE CAUSALIDADE	47
1.5 A CULPA DO LESADO COMO FATOR QUE INTERROMPE O NEXO DE CAUSALIDADE.....	50
1.6 A ILICITUDE DA CONDUTA CULPOSA DO LESADO	52
1.7 CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO DA CULPA DO LESADO	54
CAPÍTULO II - O PRESSUPOSTO PROCESSUAL DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA OS ATOS LESIVOS NA FASE ENTRE 1967 E 2007	56
A- Fase de 1967 até 1986	56

B-	Fase de 1986 até 2007	58
C-	O pressuposto processual em si mesmo	59
CAPÍTULO III - O DESAPARECIMENTO DO PRESSUPOSTO PROCESSUAL DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA OS ATOS LESIVOS NO ATUAL REGIME E O SURGIMENTO DE NOVAS QUESTÕES RELACIONADAS COM O ABUSO DE DIREITO		
60		
A-	O desaparecimento do pressuposto processual de interposição de recurso contra os atos administrativos lesivos no atual regime	60
B-	O surgimento de novas questões relacionadas com o abuso de direito.....	61
CAPÍTULO IV - O ABUSO DE DIREITO		
66		
4.1.	A RECEPÇÃO DO ABUSO DE DIREITO NO DIREITO PORTUGUÊS	67
4.2.	COMPORTAMENTOS TÍPICOS ABUSIVOS	70
4.2.1.	VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM	71
A-	Origem da expressão	71
B-	O conceito jurídico e a sua sistematização.....	72
C-	A posição doutrinária acolhida pelo artigo 334.º do Código Civil	73
4.2.2.	INALEGABILIDADES FORMAIS	74
A-	Conceito de inalegabilidades formais	74
B-	Origem do conceito	75
C-	Teorias explicativas.....	76
4.2.3.	SUPPRESSIO E SURRECTIO	76
A-	Conceito de <i>suppressio</i> e <i>surrectio</i>	76
B-	Origem do conceito	78
C-	Evolução do conceito	78
4.2.4.	TU QUOQUE	79
A-	O conceito	79
B-	Teorias explicativas.....	80

4.2.5. EXERCÍCIO EM DESIQUILÍBRIO	81
A- Caracterização do conceito	81
B- Casos de exercício em desequilíbrio	81
C- Campo de aplicação no direito português	83
CAPÍTULO V - CONDUTAS DO LESADO PASSÍVEIS DE SEREM RECONDUZIDAS À FIGURA DO ABUSO DE DIREITO.....	85
A- Considerações gerais.....	85
B- Condutas do lesado que constituem abuso de direito.....	87
C- A aplicação da figura do abuso de direito na jurisprudência administrativa	93
CAPÍTULO VI - O ABUSO DO DIREITO COMO ELEMENTO CORRETOR DAS INSUFICIÊNCIAS DO INSTITUTO DA CULPA DO LESADO ESSENCIAL PARA UMA REPARAÇÃO JUSTA.....	94
A- Considerações gerais.....	94
B- A solução de um caso onde é analisada somente a conduta culposa do lesado....	94
C- A solução de um caso onde para além da análise à conduta culposa do lesado é analisada também a figura do abuso de direito.....	95
CONCLUSÕES	97
BIBLIOGRAFIA	100

INTRODUÇÃO

Até 1967, sempre que o Estado provocava um dano a um particular, a reparação desse dano era feita recorrendo-se em exclusivo a normas de direito privado. Nesse ano, foi aprovado o Decreto-lei n.º 48.051, de 21 de novembro, que passou a reger a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas no domínio dos atos de gestão pública. Assim, a partir da entrada em vigor deste diploma, passámos a ter regimes de responsabilidade civil extracontratual do Estado diferentes, consoante o facto que dava origem à indemnização proviesse de um ato de gestão pública ou de um ato de gestão privada. No primeiro caso, aplicavam-se as disposições do Decreto-lei n.º 48.051, de 21 de novembro e no segundo caso aplicavam-se normas de direito privado.

Este regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de novembro, era excessivamente restritivo dos direitos dos lesados, impondo-lhes um ónus de impugnação prévia do ato administrativo lesivo, obrigando-os a uma onerosa diligência processual o que fazia com que em muitos casos, não obstante os lesados terem razão, por pequenas falhas era-lhes negada a reparação dos danos que sofreram.

A lógica subjacente a esta imposição era a seguinte: se o tribunal julgasse a ação de impugnação improcedente, nada haveria a indemnizar, pois o ato não padeceria de qualquer vício de invalidade; se o tribunal julgasse a ação procedente e anulasse o ato administrativo lesivo, na maioria dos casos com esta anulação desaparecia a obrigação de indemnizar.

Este regime vigorou durante 40 anos, tendo sido revogado em 2007. Durante este período, não obstante a disposição que impunha a obrigatoriedade de impugnação prévia do ato administrativo lesivo nunca ter sido alterada, ela foi objeto de interpretações diferentes.

Fruto destas interpretações, pode-se dividir o longo período de vigência deste regime em duas fases, correspondendo a primeira de 1967 até 1986 e a segunda de 1986 até à revogação do diploma em 2007.

Na primeira fase, muito marcada pela doutrina de Marcello Caetano e seguida pela jurisprudência, entendia-se que a falta de impugnação do ato administrativo lesivo constituía uma exceção perentória, o que fazia com que o tribunal absolvesse o réu do pedido. Nesta fase, prevalecia a questão formal face à questão substancial, razão porque ficou designada como a fase processualista.

Na segunda fase, muito por influência da posição de Afonso Queiró, a jurisprudência administrativa passou a entender que a falta de diligência processual apenas relevava para efeitos do *quantum* indemnizatório. Ou seja, abandonou-se a visão processualista e passou-se a olhar para a questão substantiva, razão pela qual, esta fase ficou conhecida como fase substancialista.

Apesar da mudança de posição por parte dos tribunais administrativos, na segunda fase, o certo é que continuava a ser necessário o lesado intentar a ação prévia de impugnação do ato lesivo, constituindo um pressuposto processual a analisar na segunda ação.

Para além da questão de que em muitos casos o dever de indemnizar desaparecia com a anulação do ato administrativo lesivo, este sistema tinha a particularidade de funcionar como um depurador de eventuais situações de abuso de direito. Isto porque, por um lado, não havia um grande desfasamento temporal entre a emissão do ato administrativo lesivo e a sua apreciação pelos tribunais, o que fazia com que questões como a proteção da confiança associadas ao decurso do tempo não se suscitavam, e por outro, na ação destinada à reparação do dano, já se tinha apurado, na ação de impugnação do ato lesivo, se o lesado tinha culpa na produção dos danos que sofreu.

Este sistema, apesar de muito restritivo dos direitos dos lesados, fazia com que os tribunais na ação destinada à reparação dos danos não fossem confrontados com a questão de comportamentos abusivos, isto é, as partes não suscitavam questões que envolvessem a figura do abuso de direito. Ou seja, os tribunais não eram confrontados com situações onde se suscitavam questões de *honeste agere*.

Em 2007, a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, revogou o Decreto-lei n.º 48.051, de 21 de novembro. Para esta revogação, contribuiu em muito a condenação do Estado Português pelo Tribunal de Justiça da União Europeia por incumprimento do direito da União, devido à exigência da instauração prévia da ação de anulação do ato lesivo, em matéria de contratação pública.

A Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, trouxe duas grandes alterações face ao regime anterior: fez desaparecer a obrigatoriedade de instauração prévia da ação de anulação do ato administrativo lesivo e passou a prever que o lesado, mesmo sendo culpado pelos danos que sofreu, possa ser indemnizado por eles no todo ou em parte - poder-se-á dizer que o legislador adotou a tese substancialista.

Esta alteração, somada à possibilidade que o Código de Processo nos Tribunais Administrativos confere a quem sofrer danos provocados pela administração, decorrentes de atos administrativos ilegais, de intentar ações de responsabilidade civil, quando

estes já se tornaram inimpugnáveis, abriu a porta a que os tribunais se vejam confrontados com novas realidades, isto é, estas alterações vieram trazer para o direito administrativo questões que inicialmente não chegavam até si. Uma destas realidades é o exercício de um direito, em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado, excedendo manifestamente os limites da boa fé.

Com estas alterações, o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado passou a permitir que os lesados pudessem recorrer aos tribunais invocando danos que os próprios tenham dado origem e estando a exercer os seus direitos excedendo manifestamente os limites impostos pela boa fé.

O exercício de um direito nas condições acabadas de referir, constituirá abuso de direito. Esta questão levanta um desafio que é o de saber se uma figura que se encontra prevista no direito privado terá aplicação no direito público, mais concretamente em sede de responsabilidade civil extracontratual do estado. Este desafio obrigou-nos a analisar a figura do abuso de direito consagrada no Código Civil e perceber se é aplicável no direito público.

Na busca das respostas a estas questões, efetuamos uma excursão pelo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado, na função administrativa, pelo instituto da culpa do lesado e pelo abuso de direito.

O presente trabalho é sobre a importância dos tribunais analisarem se as condutas dos lesados, sobretudo quando são culposas, são, ou não, reconduzíveis à figura do abuso de direito, por forma a que, quando decidirem atribuir alguma indemnização, ela seja justa.

A presente dissertação está estruturada em seis capítulos, tratando-se das seguintes questões em cada um deles:

O primeiro capítulo, cujo título é, “*A conduta culposa do lesado*,” versa sobre o instituto da culpa do lesado. Este tema é desenvolvido da seguinte forma:

- i.* Inicia-se com a origem do instituto da culpa do lesado, como nasceu e como chegou até ao direito português;
- ii.* Segue-se a evolução que este instituto teve desde o Código de Seabra até ao atual Código Civil e a formulação que hoje tem no artigo 570.º deste Código;
- iii.* De seguida aborda-se a aprovação pela primeira vez de um regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado (Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de novembro) publicado no mesmo ano que o atual Código Civil entrou em vigor e a referência à culpa do lesado neste regime;

- iv. Seguidamente são abordadas as características do instituto da culpa do lesado do direito Civil, por contraposição, às características deste instituto no regime da responsabilidade extracontratual do Estado evidenciando-se as semelhanças e diferenças;
- v. Seguem-se os pressupostos da responsabilidade civil, onde se abordam cada um deles de *per se*, passando-se depois à culpa do lesado como um fator que interrompe o nexo de causalidade;
- vi. Por último, aborda-se a ilicitude da conduta culposa do lesado e o critério de avaliação da culpa deste.

O segundo capítulo, cujo título é, “*O pressuposto processual de interposição de recurso contra os atos lesivos na fase entre 1967 e 2007,*” versa sobre o pressuposto processual de impugnação do ato administrativo lesivo. Este tema é desenvolvido da seguinte forma:

- i. Depois de uma apreciação genérica ao artigo 7.º, do Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de novembro, numa primeira parte aborda-se aquela que foi a posição inicial da doutrina, encabeçada por Marcello Caetano e da Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo e que corresponde ao período entre 1967 e 1986. Aqui faz-se a caracterização desta fase centrada no facto de a falta de impugnação do ato administrativo lesivo constituir uma exceção perentória na ação a intentar para a reparação dos danos sofridos, correspondendo à fase processualista;
- ii. Segue-se a fase que corresponde ao período entre 1986 até 2007. Nesta segunda parte, aborda-se a influência que a posição doutrinária de Afonso Queiró teve na mudança de posição do Supremo Tribunal Administrativo, nesta matéria, ao acolher a tese substancialista, passando a considerar, a partir daqui, que a falta de interposição da ação de impugnação do ato lesivo não constituía uma exceção perentória relevando somente para efeitos de culpa, tendo reflexos no *quantum* indemnizatório.

O terceiro capítulo, cujo título é, “*O desaparecimento do pressuposto processual de interposição de recurso contra os atos lesivos no atual regime e o surgimento de novas questões relacionadas com o abuso de direito,*” versa sobre a questão do desaparecimento do ónus que o lesado tinha de intentar previamente uma ação de impugnação do ato administrativo lesivo antes de intentar a ação de responsabilidade civil extracontratual, relacionando-a com a possibilidade de os tribunais serem confrontados com questões novas no domínio do abuso de direito, por força do desaparecimento daquele

pressuposto processual. O capítulo inicia-se com uma introdução breve e geral sobre o pressuposto de impugnação do ato administrativo lesivo, por força do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de novembro, comparando-o com o atual artigo 4.º do RRCEE de forma a evidenciar a sua evolução, referindo-se a contribuição decisiva que a condenação do estado português no Tribunal de Justiça da União Europeia teve para a eliminação da obrigatoriedade de interposição de recurso contra o ato administrativo lesivo.

O quarto capítulo, cujo título é, “*O abuso de direito,*” versa sobre da figura do abuso de direito relacionando-a com o princípio da boa fé, quer no direito administrativo, quer no direito privado. Aqui, abordam-se ainda os conceitos, a sua origem e a teorização da figura do abuso de direito nas suas várias manifestações: *venire contra factum proprium*, as inalegabilidades formais, o *suppressio* e *surrectio*, o *tu quoque* e o exercício em desequilíbrio.

O quinto capítulo, cujo título é, “*Condutas do lesado passíveis de serem reconduzidas à figura do abuso de direito,*” versa sobre a questão dos comportamentos culposos dos lesados, procurando, a partir de um conjunto de casos retirados da jurisprudência dos tribunais superiores administrativos, evidenciar que elas podem ocorrer em todas as formas de atuação administrativa: regulamento, ato e contrato.

O sexto capítulo, cujo título é, “*O abuso do direito como elemento corretor das insuficiências do instituto da culpa do lesado essencial para uma reparação justa,*” versa sobre a análise de um caso concreto julgado por num tribunal onde este concluiu que o lesado não tinha direito a receber qualquer indemnização por ter atuado com abuso de direito.

Com este caso põe-se em confronto duas perspectivas: uma relacionada com a decisão que poderia ter sido tomada pelo tribunal se atendesse somente ao comportamento culposo do lesado que, neste caso, invocando o artigo 4.º do RRCEE poderia atribuir-lhe a totalidade ou parte da indemnização pelos danos sofridos, apesar de o lesado ter atuado com culpa; e outra, relacionada com a decisão que foi proferida pelo tribunal depois de analisar se o comportamento culposo do lesado era ou não subsumível à figura do abuso de direito e ter concluído que sim.

Procura-se assim evidenciar que a figura do abuso de direito, que é de conhecimento oficioso em todas as instancias de jurisdição, permite impedir que o lesado, por estratégia processual, procure esconder o seu comportamento culposo pensando na possibilidade que o artigo 4.º do RRCEE lhe dá de receber a totalidade ou parte da indemniza-

ção, para além de funcionar como um garante de que as reparações atribuídas pelos tribunais são justas.

CAPÍTULO I - A CONDUTA CULPOSA DO LESADO

O RRCEE é aplicável às funções político-legislativas, jurisdicionais e administrativas.

Quando analisada a questão da culpa do lesado no âmbito das funções político-legislativas, jurisdicionais e administrativas, verifica-se que a possibilidade de o lesado contribuir para o dano não é igual em todas as funções.

Sendo o presente trabalho elaborado no contexto de um Mestrado em Direito Administrativo, trataremos unicamente da relevância da culpa do lesado para efeitos de responsabilidade da função administrativa.

1.1 ORIGEM DO INSTITUTO DA CULPA DO LESADO

A origem do instituto da culpa do lesado remonta ao direito romano¹, encontrando-se referido em vários textos dessa época, onde se encontra por exemplo “*um texto de ULPIANUS, em que se nega, ao dominus, a proteção da Lex Aquilia, para o dano físico sofrido pelo escravo, que atravessou o «campus iaculatorius» na altura em que alguém lançava «jabalinas».*”² Neste caso, estava em causa um dano que o lesado sofreu por culpa sua. Mas, encontram-se também nesta época textos em que o dano não foi da responsabilidade do lesado, este somente contribuiu para o seu agravamento, sendo o texto de PAULUS, o mais conhecido.³

Mais tarde, nos séculos XVII e XIX, os intérpretes alemães do *corpus iuris civilis*, naquilo que ficou conhecido pela «*ciência das Pandectas*», procuraram afirmar um princípio *geral* ou *superior* de «compensação de culpas» em que a culpa do lesante é anulada pela culpa do lesado.⁴

¹ Há autores que o fazem remontar à Grécia do século V a. c., referindo Aristóteles e o seu conceito de justiça comutativa que implicava o dever de reparar os danos provocados por uma pessoa a outra. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra. 2012, p. 671.

² PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Reimp., Almedina, Coimbra, 2007, p. 338.

³ Relata o caso de um escravo que foi ferido sem gravidade mas veio a falecer não do ferimento mas por falta de cuidados do seu proprietário. PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta ...*, p. 342.

⁴ PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* pp. 347-348.

Na segunda metade do século XIX, surgem os primeiros Códigos influenciados por esta doutrina, sendo os mais importantes o Código da Saxónia de 1863, o Projeto de Dresden de 1866, o Código Comercial alemão de 1861 e, entre nós, o Código Comercial Ferreira Borges.⁵

No direito anglo-americano, “*o relevo positivo da «culpa» do lesado, acolhido pelas codificações do século XIX e recebido posteriormente na legislação civilística deste século, não foi aceite imediatamente no direito inglês e americano dos torts. Como reflexo do direito comum, a contributory negligence rule vigorou, em Inglaterra, pelo menos desde 1809 (com o caso Butterfield v. Forrester)⁶ e, nos Estados Unidos, a partir de uma decisão de 1854, relativa a injury causada por «mutual default of the both parties» (Railroad v. Aspell).*”⁷

No nosso ordenamento jurídico a consagração da culpa do lesado, no domínio do direito civil, surge com o Código de Seabra.⁸

Embora este Código, no domínio estrito da responsabilidade civil, não consagrasse “*regras modernas idênticas às previstas nos §§ 10 e ss. do Código prussiano ou de um princípio geral análogo ao que veio a ser adoptado no artigo 51.º, 1 do Código suíço das Obrigações de 1881, não obstou a que o nosso legislador introduzisse no diploma de 1867 uma norma (...) contendo o regime do concurso da culpa do lesado, de modo a completar, de certa forma, o relevo que o artigo 705.º dava ao «facto» do credor.*”⁹

A norma que no Código de Seabra previa o regime do concurso da culpa do lesado constava no artigo 2398.º, § 2. Esta disposição estabelecia que “*se, para a existência do damno, ou prejuízo, concorreu também culpa, ou negligência da pessoa prejudicada, ou outrem, a indemnização será, no primeiro caso, diminuída e no segundo rateada, em proporção d’essa mesma culpa, ou negligência, como fica disposto no artigo 2372, §§ 1.º e 2.º*”.

⁵ PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* p. 353.

⁶ Neste caso “*o lesante, por causa da construção de uma casa, deixara um barroto de madeira na via pública. Ao anoitecer, e com fracas condições de visibilidade, o lesado caiu do seu cavalo, conduzido à rédea solta, por não ter visto aquele obstáculo*”, PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* p. 369, Nota de rodapé n.º 1206.

⁷ PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* p. 369.

⁸ “*Em 1850, ANTÓNIO LUÍS DE SEABRA foi incumbido de redigir o Projecto de um Código Civil – numa época de marcado individualismo liberal - não se desconhecia, certamente, o pensamento de PAFENDORF, WOLF ou EISENBACH, nem as soluções híbridas do Código Prussiano de 1794 ou desse diploma marcadamente jusracionalista que foi (e é) o ABGB de 1811 ou mesmo a doutrina francesa mais antiga – de LAROMBIÈRE, BOURJON e DOMAT – defensora da relevância positiva da culpa do lesado.*” PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* p. 374.

⁹ PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* pp. 376-377.

1.2 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA CULPA DO LESADO

Após o surgimento do instituto da culpa do lesado ele foi sendo trabalhado pela doutrina e pela jurisprudência. O resultado deste labor doutrinal e jurisprudencial foi a natural evolução do instituto. Esta evolução pode ser dividida em dois momentos distintos: um primeiro, que corresponde ao período do Código de Seabra e que vai até 1967; e um segundo, que correspondente ao atual CC e que vai de 1967 em diante.

A- Do Código de Seabra até ao Código Civil de 1966

Tal como se referiu, este instituto foi introduzido no nosso ordenamento jurídico em 1867 pelo Código de Seabra,^{10 11} no seu artigo 2398.º, § 2, enquanto preceito geral. No entanto é a partir de 1918 que o legislador introduz expressamente a conculpabilidade do lesado. Esta introdução expressa surge nos diplomas legais que regulam a matéria relativa aos acidentes de viação.¹²

Em matéria relacionada com acidentes de viação, o “*nosso terceiro Código da Estrada, [previa] que a [obrigação de] indemnização (rectius, a responsabilidade) [podia] ser afastada [mediante] prova da conduta dolosa ou culposa do ofendido que tivesse sido causa exclusiva do acidente.*”¹³

Mais tarde, o concurso de condutas culposas vem a sofrer uma retração com a entrada em vigor do Código da Estrada de 1954. O artigo 56.º, deste Código, adotou uma fórmula mais aperfeiçoada do Assento de 4 de maio de 1933.^{14 15}

No Código de Seabra, o instituto da culpa do lesado tinha natureza subjetiva.¹⁶

¹⁰ Ver *supra* ponto 1.1.

¹¹ Ver *supra* notas de rodapé n.º 8 e 9.

¹² “*Ao lado do preceito mais geral do § 2.º do artigo 2398.º, o legislador nacional não se esqueceu de regular expressamente a relevância positiva da «conculpabilidade do lesado» nos diplomas sobre acidentes de viação surgidos a partir de 1918, tendo por fundo o Decreto n.º 4536 bem como aquele que se lhe seguiu menos de um ano depois (Decreto n.º 5646, de 10 de Maio de 1919), era plausível a defesa de uma determinada contraposição, apesar do teor legal algo limitativo. Na realidade, a «culpa do ofendido», vista como causa (exclusiva) que permitia ao «autor do acidente ou aos seus corresponsáveis» ilidir uma presunção de culpa que, ao cremos, derivava do artigo 1.º dos dois diplomas, não parecia excluir o confronto com uma culpa do lesado concorrente com a do lesante ou sucessiva ao acidente e conducente a uma maior ou menor indemnização” PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* p. 384.*

¹³ PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* pp. 385-386. Cfr. artigo 3.º do Decreto n.º 4546, de 27 de junho de 1918.

¹⁴ “*A reparação de prejuízos por desastre de viação em qualquer meio de transporte é devida sempre que o desastre não fôr imputável ao lesado ou a terceiro ou a força maior estranha ao funcionamento do veículo*”, PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* p. 226, nota de rodapé n.º 709.

¹⁵ PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* p. 387.

¹⁶ “*o critério subjectivo do Código de Seabra «convivia» com disposições da legislação rodoviária imbuídas de uma maior flexibilidade, dado o seu apelo ao «prudente arbítrio do julgador». Sopesando as*

B- A culpa do lesado no atual Código Civil

O CC de 1966, passou a consagrar uma norma geral, o artigo 570.º, que substituiu, em termos inovadores, o regime resultante do artigo 2398.º, § 2.º, do Código de Seabra e do artigo 56.º do CE de 1954.¹⁷

O artigo 570.º do CC, no “n.º 1 (...) reproduziu, com pequenas alterações formais, o primeiro parágrafo do artigo 1.º, 1 do Anteprojecto do VAZ SERRA¹⁸, parágrafo esse em que se notavam as influências do artigo 56.º, 3 do Código da Estrada de 1954 e do § 2341 do BGB, mas sobretudo do artigo 1227.º, primeira parte, do Codice Civile de 1942.”¹⁹ No n.º 2, o legislador estabeleceu regras para os casos em que, do lado do lesante, existe uma presunção de culpa e do lado do lesado existe culpa. Nestes casos, quando não exista lei que disponha em sentido contrário, o lesante não tem o dever de indemnizar.

O regime instituído pelo artigo 570.º do CC, continua “a separar os casos em que o comportamento do lesado foi causa (exclusiva) do dano – o artigo 505.º surgiu por directa inspiração no artigo 56.º, 1 do Código da Estrada – e causa cooperante (ou concausa), o legislador demarcou «a culpa do lesado» da outra hipótese concausal com que «conviveu» nos artigos 2398.º do Código de Seabra, 140.º, § 2.º do Código da Estrada de 1930 e 56.º, 3 do Código da Estrada de 1954, limitando-se a regular, em conjunto, apenas o concurso do «facto culposo do lesado... para a produção ou agravamento dos danos» e deixando o regime estrito da «concorrência activa» para outros normativos como, por ex., o do artigo 497.º.²⁰

Quanto aos “fundamentos que condicionam o surgimento do concurso de condutas, a interpretação declarativa do artigo 570.º, 1 e 2 não parece revelar um círculo de aplicação que possa ir além da prova dos comportamentos culposos do lesante e do lesado.”²¹

virtudes e os defeitos do critério consignado no §254” PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* p. 748.

¹⁷ PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* p. 389.

¹⁸ “Artigo 1.º, 1: «Quando um facto culposo do prejudicado concorreu para a produção do dano ou para o agravamento dele, cabe ao juiz ponderar, atendendo à gravidade de ambas as partes e às consequências que delas resultarem, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou até excluída»” PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* p. 389, nota de rodapé n.º 1297.

¹⁹ PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* p. 389.

²⁰ PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* pp. 389-390.

²¹ PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* p.391.

Neste Código, o legislador não seguiu nem a via do critério objetivo da culpa nem adotou um critério subjetivo puro, optou por um sistema misto que conjuga a medida da culpa e o quantum indemnizatório, intermediados pela proporcionalidade.²²

C- A culpa do lesado nas relações entre o Estado e os particulares

No que diz respeito às relações entre o Estado e os particulares, a culpa do lesado aparece pela primeira vez expressamente consagrada num diploma legal em 1967, com a aprovação do DL n.º 48051, de 21 de novembro.²³

Atualmente, o RRCEE, no artigo 4.º, mantém a consagração expressa da culpa do lesado.²⁴

1.3 O INSTITUTO DA CULPA DO LESADO NO REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO TERÁ CARACTERÍSTICAS ESPECIAIS FACE AO REGIME GERAL OU NÃO

Existindo a figura da culpa do lesado consagrada no artigo 570.º do CC, a questão que se coloca é a de saber se o legislador cometeu uma redundância ao consagrá-la também no artigo 4.º do RRCEE ou se na realidade a figura da RRCEE apresenta características especiais face ao regime geral.

O legislador adotou o conceito de “culpa do lesado” para se referir aos casos em que o lesado, devido a um comportamento seu, vem a sofrer um dano ou a ver um dano provocado por outrem ser agravado. Postas as coisas desta forma, parece que o legisla-

²² “Ao combinar a intensidade do aspecto subjectivo da conduta com a valoração da sua incidência contributiva o legislador nacional não deu o flanco às posições que, no seio do §254, pretendiam consagrar um puro critério subjectivo, manteve-se fiel ao pressuposto dominante da responsabilidade civil e rejeitou naturalmente a secundarização do factor subjectivo, dada a ausência de opção por uma «objectivação» da culpa. E num sistema em que o ideário do artigo 494.º representava uma verdadeira pedra-de-toque, com inegável «tom» sancionatório, a doutrina da norma do artigo 570.º não deixava de ser o corolário lógico, mais complexo, dessa proporcionalidade entre a medida da culpa e o quantum indemnizatório.” PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* p.748.

²³ Este diploma estabeleceu o regime geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas no domínio dos actos de gestão pública. O artigo 7.º previa que «o dever de indemnizar, por parte do Estado e demais pessoas colectivas públicas, dos titulares dos seus órgãos e dos seus agentes, não depende do exercício pelos lesados do seu direito de recorrer dos actos causadores do dano; mas o direito destes à reparação só subsistirá na medida em que tal dano se não possa imputar à falta de interposição de recurso ou a negligente conduta processual da sua parte no recurso interposto». Estava aqui consagrado na 2.ª parte desta disposição a culpa do lesado.

²⁴ O artigo 4.º do RRCEE prevê que «quando o comportamento culposo do lesado tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, designadamente por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída».

dor cuidou de uma matéria que é irrelevante para o direito, que são as relações da pessoa consigo própria.^{25 26}

Neste instituto o que verdadeiramente está em causa é uma exclusão ou a diminuição de uma indemnização que o lesado teria direito, devido a um dano provocado por outrem²⁷. Desta forma, percebe-se que não é de uma relação da pessoa consigo própria que o instituto cuida, mas sim da relação do lesante com o lesado, onde, devido a uma conduta do lesado, o lesante não fica obrigado a reparar danos que não sejam nem resultado da sua atuação danosa.

A- Características do regime geral

O n.º 1 do artigo 570.º, do CC, confere ao tribunal o poder para conceder, reduzir ou excluir a indemnização ao lesado, desde que os danos resultem de uma atuação sua devendo para isso aplicar os mesmos princípios de causalidade.²⁸

Em matéria de culpa, ela tanto se pode reportar ao facto ilícito causador dos danos (ato do lesante) como aos danos resultantes ou agravados desse facto imputáveis ao lesado. Por regra, a culpa não se presume (cfr. artigo 487.º, n.º 1 do CC), no entanto há casos de presunção legal de culpa (cfr. artigos. 491.º, 492.º, 493.º e 503.º, n.º 3 do CC). Nos casos em que existe presunção legal de culpa, ela cede, por força do n. 2 do artigo 570.º do CC, sempre que haja culpa do lesado.²⁹ A culpa do lesante e do lesado tanto podem ser simultâneas como sucessivas.^{30 31}

²⁵ “Pois temos por certo que a «culpa» do lesado não reduz a culpa do agente, sendo mais rigoroso dizer-se que condiciona os efeitos (indemnizatórios) da responsabilidade do lesante, mesmo que as culpas sejam de igual gravidade” PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* p. 394.

²⁶ “O princípio vigente na ordem jurídica é o de que os prejuízos são suportados por quem os sofre, mas a situação pode inverter-se quando sejam causados por factos imputáveis a pessoas distintas daquela em cuja esfera jurídica ocorrem.” SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª Edição, reimp., Alfragide: D. Quixote, 2010, p. 477.

²⁷ O regime da responsabilidade Civil tem um carácter secundário que segundo Freitas do Amaral aparece bem evidenciado no artigo 4.º do RRCEE, AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo...* Nota de rodapé n.º 1114, p. 677.

²⁸ LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado, Vol. I, 4.ª Ed., Reimp.*, Coimbra, Coimbra 2011, anotação 2. pp. 587-588.

²⁹ LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado...*, anotação 3. p. 588.

³⁰ LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado...*, anotação 4. p. 588.

³¹ São exemplos de culpa simultânea os acidentes de viação imputáveis a culpa do condutor e da vítima do atropelamento; e de culpa sucessiva os casos do operário que, por imprudência, cai do andaime que o empreiteiro tinha em mau estado. LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado...*, anotação 3. p. 588.

A responsabilidade resultante dos danos provocados é determinada segundo a regra geral do artigo 487.º do CC e corresponde àquela que resultar da culpa efetiva do agente.³²

A responsabilidade no regime geral, é uma responsabilidade que assenta na culpa do agente, logo é uma responsabilidade subjetiva.

B- Características do regime da RRCEE

Como acima se disse, a culpa do lesado, prevista no artigo 4.º do RRCEE, está vocacionada para a função administrativa.^{33 34} Aliás “a letra do artigo 4º do RRCEE liga expressamente a culpa do lesado à função administrativa, na medida em que refere a “*eliminação do acto jurídico lesivo.*”³⁵ Quando um particular entra numa relação jurídica com a administração, quando esta atua ao abrigo de prerrogativas de direito público, a relação que se estabelece é diferente da que se estabelece entre particulares.

A culpa do lesado é um instituto comum ao direito público e ao direito privado, apresentando-se, quer num, quer noutro, “*como [uma] causa de redução ou exclusão da culpabilidade do lesante por interferência da conduta do lesado no nexo causal facto/dano.*”³⁶ Assim, numa primeira leitura, parece não existir diferença entre a culpa do lesado prevista no artigo 4.º do RRCEE e a do regime do artigo 570.º do CC.

O RRCEE substituiu o regime aprovado pelo DL n.º 48051, de 21 de novembro de 1967. Este regime, em matéria de culpa, remetia a responsabilidade para o regime geral

³² LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado...*, anotação 3. p. 588.

³³ “A culpa do lesado, como a própria (ainda que infeliz) letra do artigo 4º do RRCEE indica, está vocacionada para a responsabilidade por facto da função administrativa,” GOMES, Carla Amado, *A culpa (ou conduta) do lesado: reflexões sobre um instituto aberto*, Revista do Ministério Público, 2014, n.º 139 (jul-set), p. 12.

³⁴ GOMES, Carla Amado, *Textos dispersos sobre direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, AAFDL, Lisboa, 2010, pp.254-257. CALVÃO, Filipa, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, org. Rui Medeiros; colab. Mário Aroso de Almeida,... (et al). - Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p.108.

³⁵ GOMES, Carla Amado, *A culpa (ou conduta) do lesado...*p. 13.

³⁶ “Na visão tradicional, a culpa do lesado apresenta-se, em Direito Público como em Direito Privado, como causa de redução ou exclusão da culpabilidade do lesante por interferência da conduta do lesado no nexo causal facto/dano. Por outras palavras, porque o lesado/vítima concorreu, activa ou passivamente, para a produção ou agravamento do dano, será conforme a uma lógica de justiça que a imputação se não faça exclusiva ou totalmente ao lesante. Perpassa, cristalinamente, pelo instituto, uma ideia de proibição de abuso de Direito, bem como de justiça comutativa. Uma releitura da figura poderá, porém, conduzir-nos a conclusões diferentes sobre os seus contornos. Com efeito, parece desenhar-se na “culpa” do lesado uma (nova) vocação, de cláusula de repartição ou exoneração de responsabilidades em razão do conhecimento dos factores de risco subjacente ao contexto circunstancial de lesante e lesado”. GOMES, Carla Amado, *A culpa (ou conduta) do lesado...*p. 10

previsto no artigo 487.º do CC,³⁷ respondendo a administração, em termos objetivos, somente nos casos de prejuízos especiais e anormais resultantes do funcionamento de serviços administrativos excepcionalmente perigosos ou de coisas e atividades da mesma natureza.³⁸ Em caso de ato administrativo lesivo, impunha que o lesado intentasse previamente uma ação com vista à sua remoção do ordenamento jurídico.

Por força do direito da União Europeia³⁹, o estado português viu-se obrigado a eliminar a exigência de prova de culpa ou dolo como pressuposto autónomo da responsabilidade civil da Administração por facto ilícito⁴⁰ que constava no DL n.º 48051.⁴¹ Para cumprimento dessa obrigação, o estado português revogou o DL n.º 48051 e aprovou o RRCEE.

O artigo 10.º, n.º 2 e 3 RRCEE, contém uma presunção de culpa quando estamos perante a prática de atos ilícitos ou incumprimento de deveres de vigilância, o que lhe confere objetividade, isto é, obriga a indemnizar mesmo sem culpa. Este é aliás o regime “*mais próximo do Direito da União Europeia*”⁴² sendo que “*no entender da Comissão Europeia, a Diretiva Recursos impõe a adoção de um regime de responsabilidade puramente objetiva.*”⁴³

O artigo 7.º, n.º 3 e 4 do RRCEE, contém também uma presunção de culpa por funcionamento anormal do serviço.

³⁷A culpa dos titulares do órgão ou dos agentes é apreciada nos termos do artigo 487.º do Código Civil, Artigo 4.º, n.º 1 do DL n.º 48051, de 21 de novembro.

³⁸ Artigo 8.º, do DL n.º 48051, de 21 de novembro.

³⁹ Diretivas n.º 89/665/CEE, de 21 de dezembro e 92/13/CEE, de 25 de fevereiro. Em virtude de o estado Português não ter procedido à transposição, em tempo, destas Diretivas, a Comissão europeia intentou uma ação por incumprimento no Tribunal de Justiça da União Europeia, tendo o Estado Português sido condenado (processo n.º C-275/03). Mais tarde, devido a não ter acatado a decisão de condenação veio a ser novamente condenado em sanção pecuniária compulsória com uma pena de 19 392 euros por cada dia de atraso no cumprimento da sentença condenatória (Processo C-70/06, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62006CA0070&rid=4>).

⁴⁰VAZ, Manuel Afonso/BOTELHO, Catarina Santos, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil...*, p. 39.

⁴¹ O Tribunal de Justiça da União Europeia, no processo n.º C-275/03, proferiu a seguinte decisão: “*Ao não revogar o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, que subordina a indemnização das pessoas lesadas em consequência da violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que o transpõem à prova da existência de culpa ou dolo, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos,*” disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=49215&pageIndex=0&doclang=PT&m ode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=382375>

⁴² LEITÃO, Alexandra, *Ilicitude e presunções de culpa na responsabilidade pelo exercício da função administrativa*, in *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Instituto de Ciências Jurídicas Políticas, Coordenação, Carla Amado Gomes / Miguel Assis Raimundo, 2013, pp. 9-21, p. 19.

⁴³ MEDEIROS, Rui / MARTINS, Patrícia Fragoso, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil...*, p.185.

Não obstante haver estas presunções de culpa, se o dano tiver origem num ato administrativo ou numa atuação material, o lesado tem o ónus de recorrer à via judicial para a eliminação do ato jurídico lesivo, uma vez que o artigo 4.º do RRCEE se lhes aplica. Tendo este preceito surgido já depois da reforma da legislação processual administrativa, é criticável o facto de o legislador não ter adotado um conceito mais consensual com esta reforma tendo preferido a expressão “*eliminação do acto lesivo*’ em vez de uma fórmula mais abrangente — como, por exemplo, a cessação de efeitos da conduta lesiva (que cobriria, quer actuações materiais e jurídicas, quer acções e omissões)”.⁴⁴

C- Conclusão

Por isto entendemos que o instituto da culpa do lesado no RRCEE tem características especiais face ao regime geral, pelo que concordamos com Carla Amado Gomes quando afirma que “*não há redundância na inserção do artigo 4º do RRCEE; há, sim, um sinal de abertura da conduta do lesado a especificidades da figura no Direito da responsabilidade civil extracontratual da Administração.*”⁴⁵ Uma das especificidades é o lesado ter o ónus de impugnação de atos administrativos lesivos.

1.4 PRESSUPOSTOS QUE CONSTITUEM O LESANTE NA OBRIGATORIEDADE DE REPARAR OS DANOS DO LESADO

Os pressupostos que constituem o lesante na obrigatoriedade de reparar os danos que provocou ao lesado são os pressupostos da responsabilidade civil.⁴⁶

⁴⁴ “*lamenta-se a terminologia algo arcaica do preceito. Na realidade, surgindo após a reforma da legislação processual administrativa, o artigo 4º ainda circunscreve (mesmo que exemplificativamente) “a via processual adequada” à “eliminação do acto lesivo”, em vez de ter adoptado por uma fórmula mais abrangente — como, por exemplo, a cessação de efeitos da conduta lesiva (que cobriria, quer actuações materiais e jurídicas, quer acções e omissões)*” GOMES, Carla Amado, *A culpa (ou conduta) do lesado...*p. 13. GOMES, Carla Amado, em Co-autoria com Miguel Raimundo, *Topicamente e a quatro mãos... - Sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas* in *Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, AAFDL, Lisboa, 2010. pp. 256-257.

⁴⁵ GOMES, Carla Amado, *A culpa (ou conduta) do lesado...*p. 11.

⁴⁶ O STA desde há muito tempo que vem decidindo de forma pacífica, que a responsabilidade civil extracontratual do Estado e pessoas colectivas por factos ilícitos praticados pelos seus órgãos ou agentes assenta nos pressupostos da idêntica responsabilidade prevista na lei civil, entre os muitos acórdãos Cfr. Ac. STA de 06-03-2002 da 3.ª SUBSECÇÃO DO CA, Processo 048155, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/efdebd377b767c2480256b8f005142d4?OpenDocument>

Nesta matéria, o legislador fez uma opção clara no sentido de haver uniformidade entre os dois regimes.⁴⁷ Esta uniformidade tem a vantagem de os pressupostos já estarem suficientemente estudados e estabilizados.

Dado que os pressupostos são os mesmos, a chave da decifração de um conjunto de conceitos utilizados no RRCEE está no CC.⁴⁸

Para que haja obrigação de indemnização é necessário que cumulativamente se reúnam cinco pressupostos, são eles, o facto voluntário do lesante, a ilicitude, a culpa, o dano, e o nexo de causalidade. A não verificação de um destes pressupostos acarreta automaticamente a inexistência de responsabilidade civil delitual.^{49 50}

Uma vez produzido o dano é necessário apurar como é que ele deve ser reparado. *“O artigo 3º do RRCEE, cuja epígrafe é “Obrigação de indemnizar”, contém três normas, que reproduzem o regime civilístico: (i) quem causa dano, deve reparar e reconstituir a situação actual hipotética (artigo 3/1, que ecoa o artigo 562º do CC); (ii) A reconstituição in natura prefere à compensação pecuniária, salvo se se revelar impossível ou excessivamente onerosa (artigo 3/2, correspondente ao artigo 566/1 do CC); (iii) A indemnização cobre danos morais e patrimoniais, tanto presentes como futuros (artigo 3/3, que reflecte hipóteses contempladas identicamente na lei civil: artigos 496º e 564º do CC)”*⁵¹.

1.4.1 FACTO

O primeiro pressuposto da responsabilidade civil que tem de ser preenchido é a existência de um comportamento humano dominável pela vontade⁵², que se pode tradu-

⁴⁷ *“a pretensão do legislador é, claramente, a de gerar uniformidade, principiológica e normativa, em sede de responsabilidade civil extracontratual dos entes públicos que desenvolvem a função administrativa – sendo certo que o regime continua a ser tributário da legislação civilística, onde se encontra sediado o instituto transversal da responsabilidade civil, mal se compreendendo a opção envergonhada do legislador em ter retraído a consagração expressa da aplicação subsidiária do Código Civil”*, GOMES, Carla Amado, *A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Por Facto Ilícito*, in, *Três Textos Sobre O Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, AAFDL, Lisboa, 2008. p.27.

⁴⁸ *“O Código Civil não só contém a chave de decifração de um conjunto de conceitos utilizados pela LRCEE – danos patrimoniais e não patrimoniais; danos futuros (artigo 3.º/3) -, como é destinatário de remissões expressas daquela Lei (cfr. os artigos 5.º e 10.º/4)”* GOMES, Carla Amado, *A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Por Facto Ilícito*, in, *Três Textos...* p. 27, Nota de rodapé n.º 7.

⁴⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral...* p. 485.

⁵⁰ *A responsabilidade delitual decorre de uma conduta reprovada pela ordem jurídica; por isso, é também por vezes designada por responsabilidade por facto ilícito e culposo*, SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral ...* p.482.

⁵¹ GOMES, Carla Amado, em Co-autoria com Miguel Raimundo, *Topicamente e a quatro mãos...* p.248.

⁵² SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral...* p. 486.

zir numa ação ou numa omissão.⁵³ Quer num caso quer no outro, o comportamento tem de ser contrário ao direito. Isto é, no caso da ação, estamos perante um comportamento humano ativo e no caso da omissão, estamos perante um comportamento humano passivo,⁵⁴ que têm de ser contrários ao direito.

O DL n.º 48051, regulava a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas no domínio dos atos de gestão pública.⁵⁵ Os atos de gestão privada, eram relegados para o direito privado. Assim, a distinção entre atos de gestão pública⁵⁶ e atos gestão privada⁵⁷ tinha um grande interesse, na medida em que os atos de gestão privada estavam excluídos do âmbito de aplicação do diploma sendo-lhes aplicável o regime do artigo 501.º do CC.

Atualmente, a distinção entre atos de gestão pública⁵⁸ e atos de gestão privada continua a ter interesse na medida em que *“há, pois, (e muito bem), dois regime de responsabilidade civil da Administração consagrados no nosso direito positivo actual – o regime de responsabilidade por actos de gestão privada e o regime de responsabilidade por actos de gestão pública: o primeiro consta do Código Civil e o segundo (aquele que constitui a norma para as entidades públicas e que, por conseguinte, é mais significativo) consta do RCEEP, no tocante à responsabilidade extracontratual.”*⁵⁹ 60

⁵³ CARVALHO, Raquel, *in Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil...* p. 171.

⁵⁴ No caso do comportamento ativo, estamos perante o fazer qualquer coisa. No caso omissivo estamos perante o não fazer qualquer coisa que era devido ser feita.

⁵⁵ Artigo 1.º do DL n.º 48051, de 21 de novembro.

⁵⁶ Atividade administrativa que é regulada pelo Direito Administrativo, CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1984, p. 44 e LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª Ed., Reimp., Coimbra, Coimbra 2011, anotação ao artigo 501.º, pp 510-511.

⁵⁷ “Actividade administrativa que decorra sob a égide do direito privado”, CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo ...*, p. 44 e LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado...*, anotação ao artigo 501.º, pp 410-411.

⁵⁸ Enquadram-se aqui *“os atos funcionais [que] são aqueles que os órgãos e respetivos titulares praticam no exercício da função administrativa, isto é, aqueles que prosseguem as atribuições do ente público a que pertencem, por força do exercício dos poderes legalmente estabelecidos para o efeito.”* CARVALHO, Raquel, *in Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil...* p. 175.

⁵⁹ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo...*, p. 709.

⁶⁰ Neste mesmo sentido, Carla Amado Gomes em co-autoria com Miguel Raimundo referem que *“fica-nos a dúvida de saber se devemos entender que sobrevive no RRCEE a distinção entre actos de gestão pública e actos de gestão privada, constante do agora revogado DL 48.051 – mas aparentemente condenada a desaparecer pelo artigo 4/ l/h) do ETAF descartando por completo a aplicação do regime plasmado nos artigos 500º e 501º do CC; ou se, ao contrario, devemos interpretar restritivamente a norma do artigo 2/2 citado, reportando-o apenas as situações de remissão legal para normas de direito privado a título de disciplina da responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público (e também as pessoas colectivas de direito privado “equiparadas”, nos termos do artigo 1/5 do RRCEE?) por actos de gestão pública, remissão que ficaria assim proscrita.*

Arriscaríamos a segunda hipótese interpretativa, pois parece-nos que, apesar da anunciada intenção de acabar com a distinção gestão pública/gestão privada pelo ETAF, o legislador do RRCEE pretendeu, por um lado, fazer prevalecer os regimes (especiais) de responsabilidade regulados por normas de direito público sobre o RRCEE e, por outro lado, fazer deste o padrão normativo de resolução de todos os

Desta forma, para efeitos da RRCEE só os factos, ou seja, só os comportamentos humanos no âmbito da gestão pública é que são relevantes.

1.4.2 ILICITUDE

Para haver lugar ao dever de indemnizar é necessário que a ação ou omissão tenha sido ilícita. O artigo 9.º do RRCEE considera ilícitas⁶¹ as ações ou omissões⁶² dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições⁶³ ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica⁶⁴ ou deveres objetivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos⁶⁵ (n.º 1)⁶⁶. Considera ainda que existe ilicitude quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal do serviço, quando os danos não resultem do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da ação ou omissão (n.º 2)⁶⁷.

A epígrafe da disposição refere “*ilicitude*,”⁶⁸ ⁶⁹ considerando ilícita a violação de disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras

casos de responsabilidade civil extracontratual que envolvam entidades actuando no exercício de funções materialmente administrativas revelando prerrogativas de poder público.” Topicamente e a quatro mãos... p. 239.

⁶¹ “O n.º 1 do preceito assimila a ilicitude à ilegalidade” LEITÃO, Alexandra, *Ilicitude e presunções de culpa na responsabilidade...*, p. 9.

⁶² “se existia dever de actuação e se o mesmo não foi prosseguido, estará em princípio em causa uma conduta ilícita” EGÍDIO, Mariana Melo, *Presunção de culpa de autarquia local por omissão de dever de vigilância*, in *Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas - Anotações de Jurisprudência* Coord Carla Amado Gomes e Tiago Serrão, ICJP, Lisboa 2013 (Págs 117-140), p. 124.

⁶³ “O primeiro aspeto a salientar é que o legislador não distingue entre ilegalidade internas ou materiais e ilegalidades externas, procedimentais, formais ou orgânicas. As primeiras afetam o conteúdo do ato jurídico, enquanto as segundas apenas inquinam aspetos externos do mesmo, relativos à competência do respectivo autor, às formalidades procedimentais e à própria forma.” LEITÃO, Alexandra, *Ilicitude e presunções de culpa...* pp. 9-10.

⁶⁴ “Como refere VIEIRA DE ANDRADE, a violação de normas, jurídicas ou técnicas, corresponde a uma “ilicitude de conduta” e a violação de direitos e interesses a uma “ilicitude de resultado”, sendo que esta última acaba, por sua vez, por se confundir com a própria ideia de dano.” LEITÃO, Alexandra, *Ilicitude e presunções de culpa...* p. 13.

⁶⁵ “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.”, ALMEIDA, Mário Aroso de, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil...* p. 241.

⁶⁶ “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” ALMEIDA, Mário Aroso de, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil ...* p. 241.

⁶⁷ Este “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”, ALMEIDA, Mário Aroso de, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil...* p. 242.

⁶⁸ “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

de ordem técnica. A ilicitude⁷⁰ é um conceito típico das relações jurídico-privadas,⁷¹ na medida em que tem subjacente o princípio da liberdade ou da autonomia privada. Ou seja, é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Ora, o n.º 1 do artigo 9.º do RRCEE considera ilícita a violação de disposições ou princípios legais, o que nos transporta imediatamente para o princípio da legalidade⁷² que estabelece que os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins (artigo 3.º, n.º 1 do CPA).

Do que se acaba de referir resulta que enquanto no primeiro caso (relações jurídico-privadas) uma atuação numa área onde a lei seja silente, desde que não viole outras leis existentes, não constitui uma ilicitude, sendo portanto lícita. Mas, no segundo caso (relações jurídico-públicas), esta mesma atuação seria ilegal por falta de norma habilitante que permitisse à administração tal atuação. Desta forma consideramos que o artigo 9.º do RRCEE, contém uma “*burla de etiquetas*”⁷³ uma vez que o que ali se trata é de ilegalidades e não de ilicitudes.

predomínio da ideia de ilicitude sobre a da culpa” ALMEIDA, Mário Aroso de, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil...* p. 242.

⁶⁹ *Ilicitude é sinónimo de antijuridicidade, que se expressa num juízo negativo (ou desvalor) formulado pela ordem jurídica (predominantemente incidente sobre o facto ou sobre o seu resultado, consoante as situações). Ilícita é, por isso, qualquer conduta que viole o bloco de legalidade (isto é, que seja ilegal): assim, são ilícitos os actos que violem princípios ou regras constitucionais, legais ou regulamentares (ou ainda internacionais ou comunitários) ou infrinjam regras técnicas ou deveres objetivos de cuidado (art. 9.º, 1 RRCEC), bem como aqueles que violem os parâmetros pelos quais deve reger-se o funcionamento normal dos serviços (art. 9.º, 2 RRCEC).* SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral...* 2010, pp. 486-487.

⁷⁰ “*a dificuldade de preencher o requisito da ilicitude devido ao problema da distinção entre ilicitude e ilegalidade*” BARRA, Tiago Viana, *A Responsabilidade Civil Administrativa do Estado, Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 71 (Jan-Mar 2011), Lisboa, 2011, p. 139

⁷¹ “*os conceitos de ilicitude e culpa, tal como estão consagrados do RREE, estão, contudo, ainda um pouco «presos» aos conceitos civilistas*” LEITÃO, Alexandra, *Ilicitude e presunções de culpa...* p. 21.

⁷² “*Não parece, no entanto, ser esta a melhor solução. (equiparação entre ilegalidade e ilicitude) Em primeiro lugar, devido a um argumento estritamente literal, decorrente do disposto no artigo 128.º, n.º 1, alínea b), in fine do CPA. Este preceito, apesar de atribuir eficácia retroativa aos atos administrativos que dão execução a decisões judiciais, exclui essa retroatividade se os atos forem “renováveis”, ou seja, se o seu conteúdo for repetível, o que acontece exatamente quando o ato padece apenas de vícios externos. Isto retira relevância à causa virtual, pelo menos relativamente aos danos produzidos no período que decorre entre a prática do primeiro e do segundo atos.*

Em segundo lugar, no plano axiológico, o princípio da legalidade impõe que todas as ilegalidades se traduzam numa atuação ilícita, enquanto conduta anti-jurídica e contrária ao Direito, não havendo nenhum valor ou princípio geral do direito administrativo que justifique afastar a ilicitude nesses casos.” LEITÃO, Alexandra, *Ilicitude e presunções de culpa...* pp. 10-11.

⁷³ Em nosso entender o artigo 9.º, do RRCEE refere-se a *ilegalidade*, logo a sua epígrafe deveria ser *ilegalidade* e não *ilicitude*. Assim, concordamos com Alexandra Leitão quando afirma que este conceito ainda está preso ao conceito civilista (cfr. *supra* nota de rodapé 71).

Tal como acima referimos, quando a administração pratica um ato em violação de uma lei este ato é ilegal, razão pela qual entendemos que a utilização do conceito ilicitude, neste âmbito, não é o mais adequado.

Sendo de ilegalidades o que o artigo 9.º do RRCEE trata, a questão que se coloca é a de saber se toda e qualquer ilegalidade preenche este pressuposto da responsabilidade civil.

Há atuações, por parte da Administração, que apesar de serem contrárias à lei, e como tal ilegais, não têm como efeito constituir a Administração na obrigação de indemnizar. Senão vejamos:

O artigo 163.º, n.º 5 do CPA, veio consagrar o princípio do aproveitamento dos atos, ao determinar que o efeito anulatório dos atos não se produz nos casos previstos nas suas alíneas. A alínea a) desta disposição, determina que o efeito anulatório de um ato administrativo não se produz quando o seu conteúdo não possa ser outro, por o ato ser de conteúdo vinculado ou a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma solução como legalmente possível (estão aqui em causa, as situações em que a Administração tem a sua margem de discricionariedade reduzida a zero); a alínea b) determina que o efeito anulatório de um ato administrativo não se produz quando o fim visado pela exigência procedimental ou formal preterida tenha sido alcançado por outra via (estão aqui em causa, por exemplo, as situações em que a Administração deveria ter procedido à audiência prévia do interessado, antes da decisão final, e procedeu a uma consulta pública); e a alínea c) determina que o efeito anulatório de um ato administrativo não se produz quando se comprove, sem margem para dúvidas, que, mesmo sem o vício, o ato teria sido praticado com o mesmo conteúdo (reconduzem-se a esta alínea as situações em que, por exemplo, a Administração decide recorrendo a dados científicos incontrovertidos na comunidade científica).

Da análise destas normas resulta que pelo facto de o efeito anulatório não se produzir, isso não significa que elas passem a ser válidas, isto é, não há aqui um efeito convalidante. Os atos praticados serão sempre inválidos, estarão sempre inquinados pelo vício de violação de lei.⁷⁴ No entanto, estas invalidades são invalidades procedimentais, isto

⁷⁴ Não concordamos com Carlos Cadilha, quando afirma que *“a violação de normas substantivas, que conformam o conteúdo dos actos administrativos, na medida em que fixam a disciplina dos interesses público e privado, é, em princípio geradora de ilicitude”* CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Publicas, Anotado, 2.ª edição*, Coimbra Editora, Lisboa 2011, p. 187. Se bem compreendemos este Autor, a “ilicitude” a que se refere é o pressuposto de responsabilidade civil. Ora, como acabamos de ver, há casos em que determinados atos padecem de invalidades e mesmo assim o efeito anulatório não se produz. Assim, seria uma incongruên-

é, o ato final poderia ter sido praticado com o mesmo conteúdo mesmo que aqueles vícios não tivessem sido cometidos. Isto significa que apesar de a administração ter cometido estas ilegalidades elas não são aptas a preencherem o pressuposto da responsabilidade civil.

Assim, consideramos que só as ilegalidades⁷⁵ que tenham uma determinada gravidade,^{76 77} isto é, das quais resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos e cuja administração não pudesse renovar o ato com o mesmo conteúdo, mas sem o vício,⁷⁸ é que são aptos a preencherem o pressuposto da ilicitude a que se refere o artigo 9.º do RRCEE.⁷⁹

cia os atos continuarem a produzir efeitos no ordenamento jurídico, uma vez que o efeito anulatório não se produz, e serem aptos a gerar responsabilidade civil. Notamos, no entanto que a posição deste Autor foi tomada antes da alteração que o CPA teve em 2015, pelo que desconhecemos se entretanto o Autor alterou a sua posição.

⁷⁵ Quando nos referimos a ilegalidade estamos-nos a referir a todo o bloco de legalidade a que Paulo Otero de refere como juridicidade administrativa mais exigente (OTERO, Paulo *Legalidade e Administração Pública, O Sentido da Vinculação da Administração à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, Nota de rodapé n.º 1, p. 15). Confessamos que pela nossa parte temos alguma dificuldade em acompanhar alguma doutrina quando utiliza o conceito de atuação *contra legem* por parte da administração, como sendo uma atuação válida. Em nossa opinião quando a administração atua, por exemplo, em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas no CPA, ela está atuar ao abrigo do princípio da legalidade (artigo 3.º, n.º 2 do CPA). Estabelecendo esta disposição que estes atos são válidos, não obstante poderem ter consequências ao nível da RRCEE. O mesmo se diga relativamente aos casos em que a Administração tem de aplicar uma norma de hierarquia superior, por exemplo um regulamento da União Europeia, desaplicando uma norma interna. Também aqui estamos perante uma atuação ao abrigo do princípio da legalidade, pelo que não conseguimos imaginar um caso de atuação da Administração *contra legem* que tenha suporte no ordenamento jurídico considerado como um todo.

⁷⁶ “A ilicitude, por via de regra, está associada à culpa e, por isso, a mesma só será relevante quando essa reunião ocorrer. Deste modo, provada a violação do dever objectivo de cuidado, isto é, provada a ilicitude importará, ainda, provar que esta se ficou a dever a uma falta que podia e devia ter sido evitada, isto é, que ela se ficou a dever a culpa do agente.” Ac. de 18-10-2012, do CA - 2.º JUÍZO, do TCAS, P.º 02459/07, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/173c5d172abcb2a380257aa10047e026?OpenDocument>. Ver também Acórdão de 23-02-2012, da 1 SUBSECÇÃO DO CA, do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo 01008/11, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/5bd1ae567dad34a8802579bf004ea100?OpenDocument&Highlight=0,01008%2F11>

⁷⁷ “É necessário, para que se possa afirmar a ilicitude, a presença de uma ilegalidade “qualificada”, exigindo-se que as normas ou princípios violados revelem uma intenção normativa de protecção do interesse do particular”, CORTEZ, Margarida, *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 72.

⁷⁸ A este propósito CALVÃO, Filipa, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil...* p. 90, Ac. STA de 1/07/1997, P.º 041588, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/ead1a32b084316e0802568fc003988de?OpenDocument> e ac. STA de 25/01/2005, P.º 01116/04, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/37cfa9aeb73b5fd780256fa30055481c?OpenDocument>.

⁷⁹ “para haver ilicitude e, conseqüentemente, responsabilidade é necessário – entre outros - que a Administração tenha lesado direitos ou interesses legalmente protegidos do particular, fora dos limites consentidos pelo ordenamento jurídico. A essência da ilicitude radica, pois, na lesão antijurídica de interesses normativamente qualificados e não no desvalor subjectivo da acção, que, não obstante, pode (também) concorrer para a formulação do juízo de ilicitude (...) a função da responsabilidade civil é privilegiadamente reparadora: o propósito principal é o de reparar danos e não o de sancionar condutas, razão pela qual não é possível prescindir do desvalor do resultado, até porque em sede de responsa-

1.4.3 CULPA

No direito civil a culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso, conforme decorre do artigo 487.º, n.º 2 do CC. Está aqui consagrado o critério do *bonus pater familiae*.

Na vigência do DL n.º 48051, de 21 de novembro de 1967, era este o critério da apreciação da culpa, uma vez que o artigo 4.º deste diploma remetia expressamente para o artigo 487.º do CC.⁸⁰

Com a entrada em vigor do RRCEE, a culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes⁸¹ passou a 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 cumpridor⁸² (artigo 10.º, n.º 1).

Perante esta mudança, a questão que se coloca ao intérprete é a de saber se na prática estamos perante o mesmo grau de exigência de conduta ou se houve alguma mudança.

O critério do *bonus pater familiae* é o critério através do qual se compara o comportamento que um homem médio, razoavelmente cuidadoso, atento, empenhado, qualificado e hábil,⁸³ nas circunstâncias do caso concreto, teria e o comportamento concreto que o agente do facto teve. Desta comparação vai-se concluir se o agente agiu com ou sem culpa.

bilidade civil não releva a tentativa” CORTEZ, Margarida, *Responsabilidade Civil da Administração...* p. 54.

⁸⁰ “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 mesmo 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.” MEDEIROS, Rui, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil...* p. 274.

⁸¹ “As imputações possíveis, hoje, por facto ilícito da função administrativa são assim repartidas entre a culpa (leve, grave e dolosa) e a “mera ilicitude”, ou seja, a responsabilização a título objectivo, pelo risco” GOMES, Carla Amado, *Nota breve sobre a tendência de objectivização da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas no regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*, disponível em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/cej-responsabilidade-2.pdf>, Lisboa, 2013, p. 5.

⁸² “A adoção de um critério de culpa específico da responsabilidade pelo exercício da função administrativa, que não se limita a remeter para a «diligência do bom pai de família» a que se refere o n.º 2 do artigo 487.º do Código Civil (...), afigura-se uma solução correta, permitindo que a densificação do conceito se opere a partir de outras disposições de direito administrativo, por exemplo, as relativas aos deveres de funcionários e agentes da administração pública”, LEITÃO, Alexandra, *Ilícitude e presunções de culpa na responsabilidade...* p.15.

⁸³ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Publicas...* p. 197.

O critério do funcionário zeloso e cumpridor transporta-nos para um grau de exigibilidade relativa à função concreta desempenhada pelo titular de órgão, funcionário ou agente. Ou seja, neste critério, o que se vai aferir é se o comportamento do autor do dano ficou ou não aquém do comportamento que um titular de órgão, funcionário ou agente, diligente e cumpridor teria nas circunstâncias concretas em que o dano foi provocado.⁸⁴

Desta forma, temos para nós que a apreciação da culpa, segundo o critério do funcionário diligente e cumpridor, é mais exigente que o critério do *bonus pater familiae*. Queremos com isto dizer, que o número de situações em que é passível de serem imputadas faltas a título meramente culposo aos titulares de órgãos, funcionários ou agentes é maior do que na vigência do regime anterior.

Não obstante pensarmos que o número de situações em que se imputarão faltas a título culposo aos titulares de órgãos, funcionários ou agentes será maior, isso não significa que o número de casos em que os funcionários venham a ser responsabilizados pessoalmente, pelos danos que causem, também seja maior.

O RRCEE consagra duas situações distintas,⁸⁵ quanto à responsabilidade de indemnização pelos danos provocados:

Numa, o estado responde exclusivamente pelos danos. Esta situação corresponde aos casos em que o funcionário atuou com mera culpa, ou culpa leve, presumindo-se a existência deste tipo de culpa na prática de atos jurídicos ilícitos⁸⁶ (artigos 7.º, n.º 1 e 10.º, n.º 2 e 3 do RRCEE);

⁸⁴ “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 sã procedimento” MEDEIROS, Rui, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil ...* p. 275. Neste mesmo sentido CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Publicas...* p. 198.

⁸⁵ “A culpa pode revestir duas modalidades: I) Culpa grave, mais séria, quando o autor da conduta ilícita haja actuado com dolo ou diligência manifestamente inferiores àquele a que se encontrava obrigado em razão do cargo; II) A culpa leve, menos séria, ocorre quando o autor da conduta ilícita haja actuado com diligência e zelo inferiores, mas não manifestamente inferiores, àqueles a que se encontrava obrigado.” BARRA, Tiago Viana, *A Responsabilidade Civil Administrativa do Estado...* pp. 140-141.

⁸⁶ “quando está em causa a prática de um ato jurídico ilícito, designadamente um ato administrativo ilegal, tem de se considerar irrelevante que o titular do órgão, o funcionário ou o agente autor do ato estivesse ou não convencido da validade do mesmo, sob pena de se pôr em causa a garantia de reparação de danos que o artigo 22.º da CRP pretende assegurar.” LEITÃO, Alexandra, *Ilícitude e presunções de culpa na responsabilidade...* p. 16.

A outra, corresponde aos casos em que houve dolo⁸⁷ ou culpa grave.⁸⁸ Nesta situação o funcionário é exclusivamente responsável pelos danos provocados e em que o estado somente responde a título solidário (artigo 497.º do CC *ex vi* artigo 10.º, n.º 4) e quando for chamado a satisfazer alguma indemnização neste âmbito goza do direito de regresso⁸⁹ (artigo 8.º, n.º 1 do RRCEE).

1.4.4 DANO

Tendo a administração praticado uma ação ou omissão ilícita de que resultem danos, importa saber que tipo de danos são indemnizáveis. Ou seja, será que todo e qualquer dano sofrido pelo lesado é indemnizável⁹⁰. “*O conceito de dano para efeitos de responsabilidade civil administrativa abrange uma pluralidade de situações: a) danos emergentes e lucros cessantes; b) danos presentes e danos futuros; c) danos patrimoniais e danos morais.*”^{91 92}

⁸⁷ “*No dolo cabem, em primeira linha, os casos em que o agente quis directamente realizar o facto ilícito.*” Estão aqui incluídas os três tipos de dolo: direto, necessário e eventual. VARELA, J.M Antunes, *Das Obrigações em Geral, I Vol., 10.ª Ed.* Almedina, Coimbra, 2000, p.569

⁸⁸ “*no caso de culpa grave há lugar a responsabilidade solidária do agente público e da pessoa colectiva pública (esta com o direito/dever de regresso). Esta solução consagrada no artigo 8.º do Regime – que aparece por vezes justificada pela necessidade de cumprir o disposto no artigo 22.º da Constituição, como se este pretendesse definir o tipo de responsabilidade – visa evitar a desresponsabilização do funcionário, sujeitando-o nesses casos a responder directamente perante os particulares.*” ANDRADE, J. C. Vieira de, *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos*, in *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra, (Jul.-Ago.2008), p.363.

⁸⁹ Nesta questão do direito de regresso, pensamos que o legislador não foi feliz na expressão. Senão vejamos: este “*direito*” é de exercício obrigatório, nos termos do artigo 6.º, n.º 1 do RRCEE. Um direito é algo que está na disponibilidade do seu titular de o exercer ou não. Ora, aquilo que é de exercício obrigatório por parte de uma entidade pública é um dever e não um direito. Acresce que o RRCEE também se aplica a pessoas coletivas de direito privado (artigo 1.º, n.º 5), logo não se consegue sequer vislumbrar como é que este “*direito*” possa ser de exercício obrigatório para estas entidades.

Em nosso entendimento a expressão que nos parece mais adequada seria a “*dever de regresso para as entidades públicas.*”

Existe ainda uma questão que para nós não é clara que é a de saber como é que se opera o regresso, caso o titular da legitimidade processual ativa não intentar a ação de regresso (artigos 9.º e 37.º, n.º 1, al. k) do CPTA).

⁹⁰ “*O dano é, ao mesmo tempo, fundamento e limite da obrigação de indemnizar, pois não existe indemnização sem dano, como também não existe indemnização para além dele. Contudo, nem todo o dano é indemnizável, ou seja, nem todo o dano apresenta dignidade suficiente para ser objecto de reparação*” CORTEZ, Margarida, *Responsabilidade Civil da Administração...* p. 105.

⁹¹ “*Questão relativa aos danos morais que se encontra rodeada de grande controvérsia é a de saber se o dano consistente na morte é indemnizável à própria vítima (transmitindo-se necessária e imediatamente por via sucessória); mas só à custa de conceptualismo extremo pode tal possibilidade ser admitida*” SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral...* p. 496.

⁹² SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral...* p. 496.

A obrigação de indemnizar encontra-se prevista no artigo 3.º do RRCEE, dispendo o seguinte: quem esteja obrigado a reparar um dano⁹³, segundo o disposto no RRCEE, deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação (n.º 1);⁹⁴ a indemnização é fixada em dinheiro quando a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa (n.º 2); a indemnização compreende os danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como os danos já produzidos e os danos futuros, nos termos gerais de direito (n.º 3)⁹⁵.

O n.º 1 consagra o princípio da reconstituição *in natura*; o n.º 2 consagrada a subsidiariedade da reparação em dinheiro, por ser impossível ou desproporcionada a reparação *in natura*; e o n.º 3, ao remeter para os termos gerais de direito está a remeter para o CC, uma vez que este contém o regime regra da responsabilidade civil⁹⁶.

No que diz respeito à proporcionalidade, não basta que a reparação *in natura* seja mais onerosa, para o lesante, é necessário que ela seja excessivamente onerosa para que possa ser substituída pela reparação em dinheiro.

De assinalar que o artigo 3.º do RRCEE, nada refere acerca da perda de chance⁹⁷ pelo que importa saber se a perda de chance⁹⁸ está contemplada nos danos indemnizáveis ou não.

Como ponto prévio, importa desde já referir que “*não existe consenso na doutrina quer nacional, quer estrangeira, civil e administrativa, quanto à natureza jurídica da*

⁹³ “no âmbito da responsabilidade por factos ilícitos e culposos (...) qualquer prejuízo – mesmo que de “bagatelas” se trate – assume dignidade ressarcitória.” GARCIA, António Dias, *Da Responsabilidade Civil Objectiva do Estado e Demais Entidades Públicas*, in *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública, coordenação Fausto Quadros*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2004, p. 207.

⁹⁴ Este número “reproduz o disposto no artigo 563.º do Código Civil, aponta, segundo a doutrina e jurisprudência maioritárias, para a delimitação dos danos indemnizáveis segundo o nexo de causalidade adequada” CALVÃO, Filipa, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil...* p. 90.

⁹⁵ “são indemnizáveis, para além dos danos que se traduzam na privação ou diminuição de vantagens já existentes no momento da determinação da indemnização (danos presentes), os danos futuros. Estes correspondem aos prejuízos ainda não verificados na esfera jurídica do lesado à data da fixação da indemnização, mas cuja verificação é previsível.” CALVÃO, Filipa, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil...* p. 93.

⁹⁶ “os termos gerais de direito abrangerão ainda o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 496.º do Código Civil, sendo o dano da morte indemnizável e os titulares do direito à indemnização os familiares ali indicados (para além da compensação eventualmente, devida pelo sofrimento causado pela morte do familiar)” CALVÃO, Filipa, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil...* p. 92.

⁹⁷ “A perda de chance corresponde à perda da oportunidade de obter um benefício ou vantagem ou de ver removido um perigo existente e depende de se poder afirmar, à data em que ocorreu o facto lesivo, a elevada probabilidade de aquisição futura dessa vantagem. Não é pacífico na doutrina nacional se a perda de chance será, por regra, indemnizável” CALVÃO, Filipa, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil...* p. 94.

⁹⁸ “a perda de chance não corresponde a um mero dano eventual ou a um dano futuro, mas a um dano certo e actual, visto que se trata da perda da possibilidade concreta — e já existente no património do interessado — de obter um resultado favorável.” CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas...* pp. 99-100.

figura da perda de chance”⁹⁹. Para alguns autores corresponde a um dano emergente; para outros, a questão passa pela autonomização da perda como uma modalidade autónoma de dano ou simplesmente como um problema de delimitação da indemnização concreta; para outros, só ganha relevo quando se possa afirmar que uma norma jurídica tutela o risco de lesão como bem jurídico autónomo; e há também quem defenda corresponder a um critério de causalidade ou de imputação objetiva do dano, nos termos do qual há obrigação de indemnizar os danos decorrentes da atuação ilícita que aumente, de modo juridicamente intolerável, o risco de perda de um benefício.¹⁰⁰

Como ponto de partida e citando Carlos Cadilha, “*embora não haja qualquer referência no direito positivo português a indemnização por perda de chance, este instituto tem sido já objecto de alguma elaboração jurisprudencial.*”¹⁰¹ Este autor refere, entre outros, um acórdão do STA de 24 de outubro de 2006 (processo n.º 289/06). Neste caso estava em causa o afastamento ilegal do serviço de um militar da Guarda Fiscal. Mais tarde foi-lhe reconhecido o direito de ser reintegrado na GNR. Para além do pagamento das remunerações em dívida, admitiu-se ainda, em ação autónoma, o direito à indemnização por perda de chance com base na possibilidade que o lesado teria de ser promovido não fosse o afastamento ilegal.¹⁰²

Há autores¹⁰³ que não perfilham esta tese preferindo a tese contrária, seguida por uma parte da doutrina civilista e também seguida pelo STJ¹⁰⁴ de que “*(...) a mera perda de chance irreleva para efeitos indemnizatórios por, só por si, não se enquadrar no princípio da causalidade adequada, e a indemnização não ter, como regra, função punitiva*”.

Independentemente desta divergência, certo é que o nosso ordenamento jurídico integra normas de Direito Administrativo, no âmbito da responsabilidade pré-contratual, decorrentes do direito da União Europeia, que tutelam a expectativa de aquisição de um benefício, cuja frustração cria a obrigação de indemnização por perda de possibilidade

⁹⁹ CALVÃO, Filipa, *in Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil...* p.96.

¹⁰⁰ Cfr. por todos CALVÃO, Filipa, *in Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil...* p.96.

¹⁰¹ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Publicas...* p. 98.

¹⁰² CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Publicas...* p. 98.

¹⁰³ EIRÓ, Vera, *A perda de chance na responsabilidade extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas públicas in Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Coord Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo, ICJP, Lisboa 2013, p. 66.

¹⁰⁴ Ac. STJ de 29 de abril de 2010, P.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6445e7dfde69fef280257715003ab427?OpenDocument>.

real de celebrar certos contratos.¹⁰⁵ A título de exemplo, pensemos num caso em que um procedimento pré-contratual termina com um ato de adjudicação ilegal. Os nossos tribunais têm reconhecido ao segundo classificado o direito de ser indemnizado pelo interesse contratual positivo, uma vez que, não fosse a ilegalidade cometida, seria ele o adjudicatário.

Pela nossa parte, e deixando de lado a questão da natureza jurídica da figura, concordamos com a posição de Carlos Cadilha. Cotejando a jurisprudência dos tribunais superiores administrativos,¹⁰⁶ parece-nos curial afirmar que há lugar a indemnização por perda de chance (ou perda de oportunidade),¹⁰⁷ sobretudo no âmbito dos contratos públicos tal como se referiu no exemplo acima. No que diz respeito a atos administrativos, fora do âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos, temos algumas reservas quanto a uma aplicação generalizada. No entanto, parece-nos que há situações em que estes danos, atendendo às circunstâncias concretas do caso, devem ser atendidos, tal como o foram no caso acima referido do militar da Guarda Fiscal ou no caso de atos médicos violadores das *legis artis* que causem danos permanentes que impliquem uma diminuição da capacidade de ganho do lesado quando este já tinha adquirido um determinado direito e por força deste dano perde-o.

Concluindo-se que o lesante tem de reparar os danos provocados ao lesado e determinando-se quais são,¹⁰⁸ tem de se apurar o *quantum* indemnizatório, nunca esquecendo que no nosso sistema jurídico a reparação de danos tem carácter reparador e não sancionatório.¹⁰⁹

Para o apuramento do quantum indemnizatório, o legislador recorreu à teoria da diferença,¹¹⁰ ao consagrar no artigo 566.º, n.º 2 do CC, que a indemnização, em dinheiro, tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem

¹⁰⁵ CALVÃO, Filipa, *in Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil...* p. 102.

¹⁰⁶ Cfr. Ac. STA de 2009-09-30, P.º 0634/09, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b10791d939862a16802576480037f174?OpenDocument>; Ac. STA de 2009-02-25, P.º 047472A, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a7e1b538dd297cf680257570004f4bca?OpenDocument>; e Ac. TCAN 13-01-2012, P.º 00073/05.0, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/3d463cf48e4db080802579890037c038?OpenDocument>, entre outros.

¹⁰⁷ EIRÓ, Vera, *A perda de chance na responsabilidade extracontratual ...* p. 58.

¹⁰⁸ “são todos esses, e só esses, que, em princípio, ao responsável incumbe reparar” CORTEZ, Margarida, *Responsabilidade Civil da Administração...* p. 108.

¹⁰⁹ Cfr. Notas de rodapé 22, 79 e 90.

¹¹⁰ “diferença entre a situação real actual do lesado e a sua situação hipotética actual” CORTEZ, Margarida, *Responsabilidade Civil da Administração...* p. 110.

danos,¹¹¹ ou seja, a sua *situação actual hipotética*.^{112 113} No entanto esta teoria é de difícil aplicação quando estejam em causa danos não patrimoniais.¹¹⁴

1.4.5 NEXO DE CAUSALIDADE

O pressuposto do nexo de causalidade¹¹⁵ na responsabilidade civil só estará preenchido se for possível afirmar que uma determinada ação provocou um determinado dano. Para resolver esta questão, a doutrina avançou com as seguintes teorias: o critério da condicionalidade *sine qua non*, a doutrina do escopo da norma violada, o critério da referência da culpa ao resultado/aos danos e o critério da causalidade adequada.^{116 117}

Às diversas teorias são apontadas críticas:

- i - No caso do critério da condicionalidade *sine qua non* parte-se de “*uma lógica contrafactual, est[ando] imbuído de uma lógica determinista que quadra mal com a intencionalidade especificamente jurídica, ao mesmo tempo que é desmentido pelo próprio pensamento científico. Além disso, em termos dogmáticos, revela-*

¹¹¹ “o dano indemnizável é a expressão da diferença entre a situação actual hipotética e a situação efectiva ou real do lesado. O confronto entre estas duas situações pressupõe, por um lado, a reconstituição do processo causal efectivo e, com base neste, a construção do processo causal hipotético ou virtual, por outro” CORTEZ, Margarida, *Responsabilidade Civil da Administração*... p. 129.

¹¹² “Equivale à situação em que ele [o lesado] se encontraria caso a Administração tivesse actuado em conformidade com a lei.” CORTEZ, Margarida, *Responsabilidade Civil da Administração*... p. 130.

¹¹³ VARELA, J.M Antunes, *Das Obrigações em Geral, I Vol*... p.599.

¹¹⁴ CALVÃO, Filipa, *in Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil*... p. 102.

¹¹⁵ “Uma causa é, nas palavras de Wolf, uma condição a que se segue um resultado; o nexo entre um resultado e a condição é o nexo de condicionalidade (*Bedingungszusammenhang*); o nexo entre um efeito e a sua causa é um nexo de causalidade (*Kausalzusammenhang*); um nexo de causalidade existe dentro de mais nexos de condicionalidade. O nexo entre o resultado e o seu fundamento é um nexo de fundamentação (*Begründungszusammenhang*)” BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Responsabilidade Civil Extracontratual – Novas Perspetivas em Matéria de Nexos de Causalidade*, Princípi, Cascais, 2014, P. 30.

¹¹⁶ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Responsabilidade Civil Extracontratual*... pp. 19-20.

¹¹⁷ Para Marcelo Rebelo de Sousa e André Saldado de Matos, só “Existem actualmente três teorias do nexo de causalidade com expressão doutrinal, todas elas conduzindo a resultados praticamente idênticos na grande maioria das situações: a teoria da causalidade adequada, a teoria da esfera de protecção da norma e a teoria da conexão com o risco. a) Para a teoria da causalidade adequada, um dano é imputado a um facto voluntário quando, perante a prática deste, fosse previsível, em condições de normalidade social, a produção do primeiro; em caso de omissão, existe nexo de causalidade quando tenha sido omitida a acção que, em condições de normalidade social, teria previsivelmente permitido impedir a produção do dano. (...) É esta a teoria da causalidade actualmente dominante do direito português da responsabilidade civil (quer privada, quer administrativa) e penal, estando implicitamente consagrada no art. 563.º CC e no art. 10.º, 1 CP. b) Para a teoria da esfera de protecção da norma (ou, mais precisamente, do fim de protecção do mandado de cuidado), existe nexo de causalidade sempre que o dano ontologicamente causado por um facto voluntário (acção ou omissão) incida sobre vantagens conferidas pela norma que consagra um direito subjectivo ou pela norma de protecção.(...). c) Para a teoria da conexão com o risco, há imputação objectiva quando exista criação ou o aumento (em caso de acção), bem como a não eliminação ou a não diminuição (em caso de omissão) de um risco não permitido, e esse risco se concretize num resultado danoso” SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Saldado de, *Direito Administrativo Geral*... pp. 497-498.

*se demasiado restritivo em certas situações (causalidade alternativa incerta, causalidade cumulativa não necessária), exceto se olharmos para o resultado na sua conformação concreta (...); ou, em alternativa, demasiado amplo, não estabelecendo um verdadeiro e justo limite à responsabilidade. Em face de dados circunstancialismos, pode mesmo fazer-nos regressar ao infinito. [Este critério], não só não nos resolve os problemas quando temos de lidar, concursivamente, com um comportamento do lesado, como não permite estabelecer um filtro no tocante aos danos reflexos”;*¹¹⁸

ii - No caso da doutrina do escopo da norma violada, *“a verdade, nem sempre existe uma norma que possa servir diretamente de critério para estabelecer o juízo imputacional. É claro que se coloca o problema de saber se a teoria é ou não complementar em relação à causalidade adequada, sustentando muitos autores – a par de outros que defendem que as duas doutrinas conduzem a respostas incompatíveis – que sim. (...) muitas são as vozes que advogam que o critério só seria operacional ao nível da segunda modalidade de ilicitude delitual – violação de disposições legais de proteção de interesses alheios”;*¹¹⁸

iii - No caso do critério da referência da culpa ao resultado/aos danos *“o critério mostra-se imprestável: ou entendemos a previsibilidade em termos tão latos que tudo passa a ser previsível, ou temos de chegar à conclusão de que o agente pode não ter previsto aqueles danos ulteriores (ou, pelo menos, muitos deles, porque resultam do impacto que o primeiro dano tem na esfera do lesado, pelo que ficam dependentes de circunstâncias que de nenhum modo são conhecidas pelo lesante.”*¹¹⁸

O legislador optou por consagrar a teoria da causalidade adequada¹¹⁹ ao consagrar no artigo 563.º do CC que a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.

Assim só existirá nexo de causalidade relativamente aos danos que o lesado sofreu se se concluir que se não fosse a ação do lesante o lesado não teria sofrido os danos. Ou,

¹¹⁸ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Responsabilidade Civil Extracontratual ...*, pp. 19-20.

¹¹⁹ *“O critério da causalidade resulta, em última análise, da interpretação da norma que prevê a indemnização e em particular da compreensão do respectivo fim ou escopo, e também das funções desempenhadas pelo instituto da responsabilidade (civil, penal, outra), elementos que orientam a decisão do aplicador do direito sobre se, num dado caso, deve dizer-se que há um nexo suficientemente relevante do ponto de vista jurídico entre o facto e o dano.”* RAIMUNDO, Miguel Assis, *Concurso de imputações por actos de diferentes funções do Estado*, in *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Coord Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo, ICJP, Lisboa 2013, p. 39.

na formulação negativa da teoria de Enneccerus-Lehman, *segundo a qual a condição deixará de ser causa do dano sempre que seja de todo indiferente para a produção do dano e só se tenha tornado condição dele, em virtude de outras circunstâncias extraordinárias*¹²⁰

O STA vem firmando jurisprudência constante onde afirma “*que, em matéria de nexos de causalidade, o art.º 563.º do Código Civil, consagra a teoria da causalidade adequada, e que, na falta de opção legislativa explícita por qualquer das suas formulações, os tribunais gozam de liberdade interpretativa, no exercício da qual se deve optar pela formulação negativa correspondente aos ensinamentos de ENNECERUS-LEHMANN.*”¹²¹

Apesar de o legislador nacional ter consagrado a teoria da causalidade adequada, *alguma jurisprudência administrativa invoca a teoria da esfera de proteção da norma para reduzir o âmbito dos danos abrangidos pelo nexo de causalidade.*¹²²

Existem ainda casos em que a “*jurisprudência, recorre com cada vez mais frequência aos conceitos e mecanismos relativos à multicausalidade trabalhados pela doutrina, defendendo que nessas situações de concurso de causas, deve funcionar o regime de solidariedade entre todos os que contribuem para o dano, com base no art.*

¹²⁰ Ac do STJ, de 06-03-2002, P.º 048155, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/efdebd377b767c2480256b8f005142d4?OpenDocument>; ac. do STA, de 29-05-1991, p.º 027891, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/15caaad7ce682d29802568fc0037e976?OpenDocument>; e ac. do TRL de 27-06-2006, p.º 4322/2006-1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8a2ec3883951e81180257225004fdaa?OpenDocument>.

¹²¹ Cfr Ac STA de 06-03-2002, P.º 048155, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/efdebd377b767c2480256b8f005142d4?OpenDocument>; Ac STA de 28-04-1994, P.º 033235, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/6a51863757a8916f802568fc00394748?OpenDocument>, Ac. STA de 29-01-1991, P.º 028505, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b64b27c435e570ab802568fc0037e3cd?OpenDocument>, Ac STA de 25-06-1998, P.º 043756, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/297a9aa8db73a1d5802569f200350c46?OpenDocument>, Ac. STA de 02-07-1998, P.º 043136, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/96935eb5fe82c041802568fc0039c159?OpenDocument>, Ac.STA de 13-10-1998, P.º 043138, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b641fc6d5a29115f802568fc0039f3f4?OpenDocument>, Ac.STA de 05-11-1998, P.º 039308, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/ff70c320ec91c0df802568fc0039c20a?OpenDocument>.

¹²² CALVÃO, Filipa, *in Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil...* p. 90 e ac do STA de 26/04/2012, P.º 094/12, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/77e3e0b415513d3f802579f9004ff365?OpenDocument>.

497º do CC, regra que é adequadamente estendida a casos que literalmente não cobri-
ria.¹²³”

Existem casos em que a jurisprudência, apesar de o ato lesivo padecer de um vício formal ou procedimental, considera que não existe nexos de causalidade, utilizando como argumento que o ato sempre poderia ter sido praticado sem o vício, pelo que os danos sempre se produziram.¹²⁴

1.5 A CULPA DO LESADO COMO FATOR QUE INTERROMPE O NEXO DE CAUSALIDADE

Como acima referimos, aquele que provocar um dano a outrem, verificados os restantes pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, fica obrigado a indemnizar o lesado.¹²⁵ No entanto, nos casos de culpa do lesado¹²⁶ o lesante pode ver o seu dever de indemnizar o lesado excluído¹²⁷ ou diminuído.¹²⁸ *Existe culpa do lesado quando ele tenha omitido a diligência exigível com a qual poderia ter evitado o dano.*¹²⁹

A doutrina tem discutido se a culpa do lesado interrompe o nexos de causalidade¹³⁰ ou se apenas tem como efeito diminuir ou excluir a obrigação do lesante reparar os danos ao lesado¹³¹.

Para uma parte da doutrina a conduta culposa do lesado interrompe o nexos de causalidade o que faz com que os pressupostos da responsabilidade não cheguem a ser totalmente preenchidos. Para outra parte da doutrina, a conduta culposa do lesado tem

¹²³ RAIMUNDO, Miguel Assis, *Concurso de imputações por actos de diferentes funções do Estado...* p. 40.

¹²⁴ A este propósito ver nota de rodapé 72.

¹²⁵ “A responsabilidade civil é um desvio à regra geral de imputação de prejuízos à esfera jurídica em que eles ocorrem” SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Saldado de, *Direito Administrativo Geral...* p. 500.

¹²⁶ “A conduta do lesado desempenha um papel decisivo na fixação dos limites da obrigação de indemnizar quando tiver concorrido para o nascimento dos danos ou para o agravamento dos respectivos efeitos” CORTEZ, Margarida, *Responsabilidade Civil da Administração...* p. 145.

¹²⁷ “a culpa do lesado não exclui em abstrato a efectivação da responsabilidade civil; o juízo sobre a substância, e em que termos, do direito à indemnização será efectuado em concreto pelo tribunal na acção de indemnização que for intentada. A responsabilidade do lesante é automaticamente excluída sempre que resultasse da presunção da sua culpa (art. 570.º, 2 CC, disposição que deve considerar-se abrangida pela remissão do art. 10.º, 3 RRCEC para princípios gerais da responsabilidade civil quanto às presunções de culpa administrativa especificamente previstas). A diligência do lesado é aferida nos termos que a do lesante” SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Saldado de, *Direito Administrativo Geral...* p. 500.

¹²⁸ “A culpa do lesado pode excluir a responsabilidade do lesante ou implicar a distribuição proporcional da responsabilidade pelas esferas patrimoniais do lesante e do lesado” SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Saldado de, *Direito Administrativo Geral...* p. 500.

¹²⁹ CALVÃO, Filipa, *in* Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas... p. 107.

¹³⁰ PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* p. 565.

¹³¹ Ver *supra* nota de rodapé 25.

como efeito excluir ou diminuir o montante indemnizatório a pagar pelo lesante ao lesado.¹³²

O artigo 4.º do RRCEE¹³³ estabelece que quando o comportamento culposo do lesado tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, designadamente por não ter utilizado a via processual¹³⁴ adequada à eliminação do ato jurídico lesivo¹³⁵, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.^{136 137} Esta disposição surge na sequência do artigo 7.º, do DL 48051, procurando ir mais além¹³⁸ e resolver em definitivo a questão de saber se a não instauração prévia de uma ação com vista à eliminação do ato administrativo lesivo era uma exceção perentória ou somente relevava para efeitos da diminuição do *quantum* indemnizatório.¹³⁹

¹³² CALVÃO, Filipa, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas...* p. 107.

¹³³ “O artigo reproduz o disposto no artigo 570.º, n.º 1, do Código Civil, apenas se especificando, a título exemplificativo, a negligência processual do lesado como causa de exclusão ou redução da responsabilidade civil” CALVÃO, Filipa, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado...* p. 106.

¹³⁴ A letra da disposição refere-se expressamente à questão processual, no entanto há autores que entendem que também inclui a *vertente material*. Cf GOMES, Carla Amado, em Co-autoria com Miguel Raimundo, *Topicamente e a quatro mãos...* pp. 253-254.

¹³⁵ “o texto do preceito legal refere apenas a eliminação de actos jurídicos, sobretudo de actos administrativos impugnáveis, mas o regime terá de aplicar-se igualmente à reacção contra omissões, comportamentos ou actos materiais lesivos da Administração” ANDRADE, J. C. Vieira de, *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa...*, p.368. No mesmo sentido, GOMES, Carla Amado, *A culpa (ou conduta) do lesado...* p. 16.

¹³⁶ “contra a inclinação da jurisprudência anterior, só a culpa do próprio lesado pode excluir ou reduzir a indemnização – é dizer que não releva aqui a culpa de terceiro, que, como veremos, apenas exclui a responsabilidade em situações de risco”, ANDRADE, J. C. Vieira de, *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa...* p.368.

¹³⁷ “O artigo 4o do RRCEE consagra a figura da culpa do lesado, sediada em termos gerais no artigo 570º do CC. O conceito aproxima-se do princípio tu quoque, que concretiza uma situação de abuso de direito: é proibido forjar um facto ilícito e pretender invocá-lo, em seu favor, contra outrem.” GOMES, Carla Amado, em Co-autoria com Miguel Raimundo, *Topicamente e a quatro mãos...* P. 253.

¹³⁸ “o legislador foi mais além, tendo dado novas vestes ao princípio da co-responsabilidade do lesado por falta de diligência processual, nomeadamente, uma configuração “mais amigável” daquele. Com efeito - e isso não pode deixar de ser considerado um progresso -, à luz do RRCEEP, em abstracto, ainda que se verifique uma culposa falta de diligência processual do lesado, tal não impede que a indemnização possa ser - e é justamente aqui que pretendemos chegar -, totalmente concedida, o que não acontecia à luz do Decreto-Lei n.º 48.051. No plano dos princípios, trata-se, portanto, de um inegável aspecto positivo, indo ao necessário encontro do princípio da tutela jurisdicional efectiva e do direito fundamental à reparação dos danos causados ilícita e culposamente pelo Estado ou demais entidades públicas, consagrados, respectivamente, nos artigos 20.º e 22.º da Constituição” GOMES, Manuel da Silva, *Diligência Processual e RRCEEP: a quanto obrigas?*, in *Responsabilidade Civil Extracontratual Das Entidades Públicas, Anotações de Jurisprudência*, Coord Carla Amado Gomes e Tiago Serrão, Instituto de Ciências Jurídico Políticas, 2013, p.88.

¹³⁹ A posição inicial do STA, seguindo a doutrina do Prof. Marcello Caetano era a de que o comando inscrito do artigo 7.º, 2.ª parte do DL 48051 consagrava uma exceção peremptória o que levava a que os tribunais não chegassem a apreciar a questão de fundo, CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 10.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1983, p. 1235. Mais tarde seguindo a posição se

O legislador ao estabelecer no artigo 4.º do RRCEE a culpa do lesado, referiu como exemplo dessa culpa a não utilização da via processual adequada à eliminação do ato jurídico lesivo¹⁴⁰.

Aqui a conduta do lesado tem de ser ilícita, conforme melhor desenvolveremos a seguir, e tem de ser apta a provocar um dano à administração. Ou seja, tem de existir no ordenamento jurídico uma norma que imponha ao lesado um dever de atuar e, se o lesado decidir não atuar, dessa não atuação tem de resultar um dano para a administração¹⁴¹.

O apuramento da culpa do lesado cabe ao tribunal¹⁴² e implica uma operação a dois tempos. Assim, *“o juiz da acção de responsabilidade terá que aferir, em primeira linha, se o comportamento substantivo do lesado contribuiu para a ocorrência do facto danoso ou se agravou o seu potencial lesivo — por exemplo, se induziu a Administração em erro na prática de um acto e agora pede indemnização por danos causados pela revogação deste; se erigiu clandestinamente construção numa arriba e sofreu uma derrocada, e agora pretende ser indemnizado por alegada falta de fiscalização... De outra banda e subsequentemente, só uma vez estabelecida a imputação do facto (também) à entidade administrativa se poderá passar à fase seguinte, isto é, à avaliação da conduta estritamente processual do autor, a qual (também) poderá consubstanciar um elemento de redução ou mesmo isenção da responsabilidade.”*¹⁴³

1.6 A ILICITUDE DA CONDOTA CULPOSA DO LESADO

Para que a conduta do lesado seja ilícita é necessário que do ordenamento jurídico como um todo se retire uma norma que impunha ao lesado um dever de agir. Só depois de se concluir que o ordenamento jurídico impunha ao lesado determinada conduta, não

Afonso Queiró (Anotação ao acórdão do STA de 14 de Outubro de 1986, in Revista de legislação e Jurisprudência, ano 120º, n.º 3763, págs. 307-310) o STA passou a considerar que *“o comando inscrito na 2ª parte do artº 7º do D.L. 48.051, de 21.11.67, não consagra uma excepção peremptória preclusiva do direito de indemnização por falta de impugnação contenciosa, mas antes, um caso de exclusão ou diminuição da indemnização quando a negligência processual do lesado tenha contribuído para a produção ou agravamento dos danos, caracterizando uma situação equivalente à do artigo 570º do Código Civil.”* Ac. STA, de 03-11-2005, Processo 01028/04, disponível www.dgsi.pt.

¹⁴⁰ *“E o montante indemnizatório pode sofrer redução em virtude da caracterização de culpa do lesado, materializada no não uso atempado do meio jurisdicional que permitiria uma tutela plena e efectiva da pretensão do autor.”* GOMES, Carla Amado, em Co-autoria com Miguel Raimundo, *Topicamente e a quatro mãos...* 249.

¹⁴¹ *“É de salientar fundamentalmente que a lei adopta uma concepção alargada de ilicitude – não exigindo apenas a ilicitude da conduta, mas também a ilicitude do resultado”* ANDRADE, J. C. Vieira de, *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa...* p. 365.

¹⁴² CALVÃO, Filipa, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas...* p. 108.

¹⁴³ GOMES, Carla Amado, *A culpa (ou conduta) do lesado...* pp. 13-14. Neste mesmo sentido GOMES, Manuel da Silva, *Diligência Processual e RRCEEP: a quanto obrigas?, ...* pp. 92-93.

a tendo ele adotado, é que estamos em condições de afirmar que a conduta do lesado é ilícita.

Determinando-se que o lesado ilicitamente interferiu no natural desenrolar dos acontecimentos que conduziram aos danos, importa saber se sobre o lesado impende algum dever de proteger o património do lesante.¹⁴⁴ Ou seja, a questão prende-se com o saber se o lesado tem a obrigação de atenuar ou eliminar os danos que o lesante lhe provocou.

Começemos por comparar o texto do artigo 570.º do CC, com o texto do artigo 4.º do RRCEE.

O artigo 570.º, n.º 1 do CC, estabelece que quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.

O artigo 4.º do RRCEE prevê que quando o comportamento culposo do lesado tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, designadamente por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do ato jurídico lesivo, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.¹⁴⁵

Do confronto das duas disposições resulta que enquanto no artigo 570.º, n.º 1 do CC, o legislador utilizou a expressão “*facto culposo do lesado*,” está aqui em causa uma ação do lesado, no caso do artigo 4.º do RRCEE, o legislador utilizou a expressão “*comportamento culposo do lesado*”, o que nos remete para um conceito de conduta, forma de proceder, atitude, etc., que logo a seguir exemplifica com a falta de diligência processual adequada à eliminação do ato jurídico lesivo.

¹⁴⁴ Filipa Calvão coloca a questão em sentido contrário “*na verdade, este juízo de censurabilidade sobre o comportamento do lesado parece pressupor que sobre ele recai «um ónus de proteção diligente da sua esfera jurídica»*” CALVÃO, Filipa, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas...* p. 108.

¹⁴⁵ Este “*artigo reproduz o disposto no artigo 570.º, n.º 1, do Código Civil, apenas se especificando, a título exemplificativo, a negligência processual do lesado como causa de exclusão ou redução da responsabilidade civil. Em certa medida, também se repete o regime estabelecido no artigo 7º do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de novembro de 1967, ainda que em formulação mais clara e acompanhando a interpretação que a doutrina e jurisprudência entretanto dele vinham fazendo*” CALVÃO, Filipa, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas...* p. 106.

Aqui chegados, pensamos estar em condições de enfrentar a seguinte questão: será que impende sobre o lesado um ónus de impugnação de todos os atos jurídicos que lhe sejam lesivos?

A resposta a esta questão passa por apurar, para cada caso, se o ordenamento jurídico, como um todo, impõe ao lesado um dever de reação contra o ato administrativo que lhe provocou o dano. Se a resposta for positiva, então temos para nós que o lesado tem um ónus de impugnação destes atos administrativos lesivos. No entanto, existem casos em que o ordenamento jurídico não impõe ao lesado o ónus de impugnação contra determinados atos, ainda que estes lhe provoquem danos. Pensemos, por exemplo, num procedimento com várias fases, género um procedimento concursal. Os atos que decidem cada uma das fases podem provocar um dano ao lesado. No entanto, ele não está obrigado a reagir contra estes atos intermédios. Ele está é obrigado a reagir contra o ato final que põe termo ao procedimento concursal, seja ele o ato de adjudicação, no caso de um procedimento para a formação de um contrato no âmbito do Código dos Contratos Públicos, seja o ato de homologação da lista de ordenação final dos candidatos aprovados num procedimento concursal de recrutamento de pessoal para a administração pública.

Aqui o ato do lesado tem de ser ilícito¹⁴⁶ e tem de ser apto a provocar um dano, no caso dos particulares, à administração.¹⁴⁷

1.7 CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO DA CULPA DO LESADO

Tal como acima referimos¹⁴⁸ o CC contém a chave da decifração dos conceitos constantes no RRCEE.

A culpa do lesado aparece referida no artigo 570.º do CC e artigo 4.º da RRCEE. No entanto, nada é referido acerca do critério que o aplicador deverá usar para avaliar a culpa do lesado. Este silêncio coloca-nos perante a seguinte questão: como deve ser avaliada a culpa do lesado, deve ser adotado um critério objetivo ou um critério subjetivo?

Quem defende um critério objetivo de culpa, perante uma conduta culposa do lesado, parte de uma noção abstrata de culpa desprovida do requisito de imputabilidade,

¹⁴⁶ Aqui sim, estamos perante o verdadeiro conceito de ilicitude e não de ilegalidade que comumente é referido como ilicitude a que nos referimos *supra* Capítulo 1, ponto 1.4.2.

¹⁴⁷ Ver *supra* nota de rodapé 141.

¹⁴⁸ Ver *supra* nota de rodapé 48 e Capítulo 1, ponto 1.2 B.

retirando consequências lógicas do axioma *casum sentit dominus*.¹⁴⁹ Para quem defende o critério subjetivo da culpa não prescinde do elemento subjetivo da imputabilidade.¹⁵⁰

Quando analisado o nosso ordenamento jurídico verificamos que este, em algumas situações, tem características objetivas, isto é, prescinde da culpa concreta do lesado, bastando-se com uma noção abstrata de culpa. São exemplos, a *culpa in vigilando*, o que significa que a culpa do lesado inimputável é aferida segundo uma noção abstrata de culpa.¹⁵¹ ¹⁵² O mesmo se diga quando o lesado não é uma pessoa singular mas sim uma pessoa coletiva.

Outras situações há em que o legislador não prescinde do elemento subjetivo da culpa, na medida em que exige, por exemplo, que o lesado tenha consciência de que a sua conduta é ilícita, como quando estabelece que este deve utilizar a via processual adequada à eliminação do ato jurídico lesivo.

Quando analisados os critérios acabados de referir, de forma isolada, verifica-se que a solução que resulta de qualquer um deles parece-nos que, nuns casos conduzirá a um solução injusta e noutros conduzirá a uma solução contrária à lei.

Assim, parece-nos que o melhor critério a adotar não deve ser nem o critério subjetivo nem o critério objetivo puros.¹⁵³ Antes devem ser as circunstâncias do caso concreto a ditar qual o critério a utilizar, ou seja, sempre que o lesado tiver capacidade para, autonomamente e por si, dispor dos seus direitos, a culpa do lesado deve ser avaliada segundo um critério subjetivo. Em todos os outros casos o critério a adotar deve ser o critério da noção abstrata de culpa, ou seja, o critério da culpa objetiva.

¹⁴⁹ “Na orientação que dialoga com a concepção subjectivista, a existência de uma conduta material, contributiva para o resultado danoso, ou a defesa de uma noção abstrata de culpa, desprovida do requisito da imputabilidade, são suficientes para fazer funcionar o critério de repartição do dano, projectado em normas do tipo da do artigo 570.º. Negando a identificação da culpa do lesado com a culpa responsabilizante e desvalorizando, em consonância, o elemento subjectivo da imputabilidade, os «objectivistas» não partem de uma ideia estrita de culpa ou de um pensamento sancionatório, preferindo retirar consequências lógicas do axioma *casum sentit dominus*.” PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...*, p. 542.

¹⁵⁰ PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...*, p. 542.

¹⁵¹ “Se partirmos da ideia, que nos parece certa, de que a lógica do nosso sistema responsabilizante acabou por proteger os lesados inimputáveis, também não se pode esquecer que o nosso legislador valorou, como «válvula de segurança», a culpa dos seus representantes legais” PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta...* p. 550.

¹⁵² Se pensarmos num caso de inimputabilidade em que o lesante, apesar de ter sido diligente e cauteloso, não se aperceba da inimputabilidade do lesado, fazer recair sobre aquele a responsabilidade do dano é uma solução injusta. A lesão deve ser imputada ao obrigado à vigilância.

¹⁵³ Ver *supra* nota de rodapé 22.

CAPÍTULO II - O PRESSUPOSTO PROCESSUAL DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA OS ATOS LESIVOS NA FASE ENTRE 1967 E 2007

O Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de novembro, no seu artigo 7.º, estabelecia que “o dever de indemnizar, por parte do Estado e demais pessoas colectivas públicas, dos titulares dos seus órgãos e dos seus agentes, não depende do exercício pelos lesados do seu direito de recorrer dos actos causadores do dano; mas o direito destes à reparação só subsistirá na medida em que tal dano se não possa imputar à falta de interposição de recurso ou a negligente conduta processual da sua parte no recurso interposto.”

Esta disposição deu origem a duas correntes interpretativas distintas, quer na doutrina, quer na jurisprudência, uma processualista e outra substancialista,¹⁵⁴ sendo que, os tribunais inicialmente seguiram a corrente processualista tendo, mais tarde, adotado a corrente substancialista.

Para a corrente processualista, quando era proposta uma ação de responsabilidade civil extracontratual contra o estado, com fundamento na prática de um ato administrativo lesivo, o tribunal verificava se o Autor tinha recorrido contenciosamente do ato administrativo lesivo e, caso o tivesse feito, se no recurso tinha tido uma conduta processual diligente. Isto é, o Autor, para além dos restantes pressupostos processuais, tinha que preencher mais este.

Para a corrente substancialista, a falta do preenchimento do pressuposto de recurso contencioso contra um ato administrativo lesivo só relevava para efeitos de culpa, com repercussões ao nível do *quantum* indemnizatório.

Assim, o pressuposto processual de interposição de recurso contra os atos administrativos lesivos pode ser dividido em duas fases.

A- Fase de 1967 até 1986

Após a entrada em vigor do DL n.º 48051, a propósito do pressuposto de interposição de recurso contra atos administrativos lesivos, Marcello Caetano, no seu manual de Direito Administrativo escreveu que “a ressalva contida na parte final deste artigo 7.º

¹⁵⁴ “O artigo 7.º continha uma precisão muito próxima à que consta da lei actual – embora a sua formulação tivesse dado origem a duas leituras distintas, uma no sentido de estarmos perante um pressuposto processual para a admissibilidade da acção de responsabilidade, outra no sentido de vir ali prevista a figura da culpa do lesado. Foi esta segunda leitura que acabou por ser acolhida e clarificada no regime agora vigente.” CALDEIRA, Marco in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência*, Coord. Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 299.

redunda, na prática, em atenuar consideravelmente a utilidade do princípio afirmado na sua primeira parte.

Com efeito, há muitos prejuízos que ficam reparados por virtude da anulação do acto que os causou e da execução da sentença anulatória: quanto a estes, não poderão à face da nova lei ser objecto de um pedido de indemnização autónomo, pois são danos cuja subsistência é imputável à falta de interposição de recurso contencioso.

Daí que só possam ser abrangidos pelo direito à reparação pecuniária, na falta de recurso contencioso do acto ilegal, aqueles prejuízos que ficariam sempre por reparar, mesmo que o recurso tivesse sido interposto e, portanto, ainda que o acto tivesse sido anulado e a sentença anulatória executada.”¹⁵⁵

Os tribunais seguiram esta posição processualista. Daí que neste período, a falta de interposição de recurso, em tempo, contra os atos administrativos lesivos fosse considerada, como já referimos, uma exceção perentória¹⁵⁶, isto é, se o lesado não tivesse recorrido contenciosamente do ato lesivo, dentro do prazo, os tribunais não chegavam sequer a apreciar a questão de fundo. E no caso de o lesado ter intentado a ação, mas ter tido uma conduta processual negligente, não lhe era concedida a respetiva indemnização. Esta interpretação era claramente atentatória do direito a uma tutela jurisdicional efetiva.¹⁵⁷

Em 1986, em anotação a um acórdão do STA de 14 de outubro, Afonso Queiró refere que o “*ónus de requerimento, para efeitos de encurtar a indemnização da Administração, só existe, para o recorrente, na medida em que o acto administrativo recorrido seja provavelmente causador de prejuízos de difícil reparação e contanto que a suspensão da sua eficácia não determine grave lesão do interesse público. (...) Se os danos forem facilmente reparáveis ou, sendo dificilmente reparáveis, se a suspensão da eficácia do acto determinar grave lesão do interesse público, o recorrente não tem que pedir a suspensão da eficácia do acto e a Administração estará obrigada à reparação de todos os danos causados pela execução dele*”¹⁵⁸

Aparecia assim uma primeira referência que se afastava da tese processualista.

¹⁵⁵ CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo...* p.1235

¹⁵⁶ GOMES, Manuel da Silva, *Diligência Processual e RRCEEP: a quanto obrigas?*, ... p. 87.

¹⁵⁷ GOMES, Carla Amado, em Co-autoria com Miguel Raimundo, *Topicamente e a quatro mãos...* p.255.

¹⁵⁸ Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 120º, n.º 3763, p. 309. Nesta mesma anotação, para este Autor a “*expressão «interposição de recurso» abrange aí a apresentação de requerimento de suspensão de eficácia, anterior [ou] contemporâneo da interposição propriamente dita do recurso contencioso.*” P.309.

B- Fase de 1986 até 2007

Em 1986, o STA foi chamado a pronunciar-se na sequência de um recurso, sobre um pedido de indemnização de responsabilidade civil extracontratual do estado. Os factos remontavam ao período pós 25 de abril de 1974 e o pedido de indemnização fundava-se num conjunto de atos, imputáveis ao estado, que autorizavam a comissão de trabalhadores de uma firma a movimentar as contas bancárias desta, conferindo-lhes poderes de gestão ordinária. A gestão da comissão de trabalhadores revelou-se desastrosa causando avultados prejuízos à firma.

O STA decidiu o recurso seguindo a posição que vinha há muito defendendo, que era a posição Marcello Caetano, e nesse sentido julgou improcedente o recurso.

Em anotação a este acórdão, Afonso Queiró, como *supra* se referiu,¹⁵⁹ refere que não existe o ónus do recurso contencioso em todas as situações, apenas naquelas em que o “*acto administrativo recorrido seja provavelmente causador de prejuízos de difícil reparação e contanto que a suspensão da sua eficácia não determine grave lesão do interesse público.*”¹⁶⁰

Estava assim dado o primeiro passo de um percurso que levaria à alteração da posição do STA e que culminou no acórdão do STA de 27-02-1996,¹⁶¹ onde este tribunal afirma que “*a 2.ª parte do art. 7 do DL 48.051 de 21-11-67 não pretendeu estabelecer um regime de caducidade do direito de indemnização ou uma excepção peremptória fundada no caso decidido ou no caso resolvido por falta de oportuna impugnação contenciosa, com a consequente preclusão do direito à propositura da acção ressarcitória, tendo antes directamente a ver com a interrupção do nexo de causalidade e/ou com a culpa do lesado na produção do dano, pretendendo apenas limitar a extensão ou o âmbito da indemnização quando haja uma corresponsabilização do administrado na produção desse dano.*”

O STA, neste acórdão acabava de afirmar a posição substancialista.

A partir deste acórdão, muitos outros se seguiram em que o STA mantém a posição substancialista. Referimos, a título de exemplo, o acórdão mencionado *supra* (ver *supra* nota de rodapé 139) onde o STA considera que “*o comando inscrito na 2ª parte do artº 7º do D.L. 48.051, de 21.11.67, não consagra uma excepção peremptória preclusiva do*

¹⁵⁹ Ver *supra* nota de rodapé 158.

¹⁶⁰ Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 120º, n.º 3763, p. 309.

¹⁶¹ Ac. de 27-02-1996, do STA, Pleno da Secção do CA, P.º 023058, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/d40e44a0617c44a1802568fc00394a60?OpenDocument>.

*direito de indemnização por falta de impugnação contenciosa, mas antes, um caso de exclusão ou diminuição da indemnização quando a negligência processual do lesado tenha contribuído para a produção ou agravamento dos danos, caracterizando uma situação equivalente à do artigo 570º do Código Civil.”*¹⁶²

A partir deste momento, a falta de interposição de recurso do ato administrativo lesivo passou a relevar apenas no plano do nexo de causalidade e da culpa, tendo, unicamente, implicações no *quantum* indemnizatório.

Esta alteração da jurisprudência administrativa que passou da posição processualista para a posição substancialista, ocorreu “*muito por influência de Afonso Rodrigues Queiró*”¹⁶³

C- O pressuposto processual em si mesmo

O pressuposto processual de interposição de recurso de anulação contra o acto administrativo lesivo estava gizado de uma forma que não se limitava a impor ao lesado um determinado comportamento tido como minimamente exigível, no âmbito de uma normal relação jurídica. Na realidade, ao ser entendido como uma exceção perentória, o que ele impunha era um ónus de tal forma pesado para o lesado que, na prática, o impedia de aceder ao direito a uma tutela jurisdicional efetiva.¹⁶⁴

Não obstante na segunda fase, a seguir a 1986, os tribunais terem adotado a tese substancialista, na realidade continuava a ser difícil ao lesado ver os seus danos reparados, na medida em que continuava a ser exigido ao lesado que recorresse do ato lesivo e fosse suficientemente diligente, em termos processuais, sob pena de ver o seu direito à indemnização reduzido ou mesmo excluído.

Ora, foi precisamente esta exigência prévia de recurso contra o ato administrativo lesivo que levou a que o estado português viesse a ser condenado no Tribunal de Justiça da União Europeia.¹⁶⁵

¹⁶² Ver *supra* nota de rodapé 139.

¹⁶³ CALDEIRA, Marco in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários...* p. 304.

¹⁶⁴ “*O anterior dispositivo não se limitava a apontar para a redução do quantitativo indemnizatório em razão de negligência processual; antes tolhia por completo o direito à indemnização em caso de superveniência de conduta processual deficiente ou extemporânea. Esta norma era gravemente atentatória do direito à tutela jurisdicional efetiva, porque penalizava excessivamente o autor.*” GOMES, Carla Amado, em Co-autoria com Miguel Raimundo, *Topicamente e a quatro mãos...* p.255.

¹⁶⁵ Ver *supra* notas 39 e 41.

CAPÍTULO III - O DESAPARECIMENTO DO PRESSUPOSTO PROCESSUAL DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA OS ATOS LESIVOS NO ATUAL REGIME E O SURGIMENTO DE NOVAS QUESTÕES RELACIONADAS COM O ABUSO DE DIREITO

A- O desaparecimento do pressuposto processual de interposição de recurso contra os atos administrativos lesivos no atual regime

O RRCEE, fruto da imposição do direito da União Europeia,¹⁶⁶ eliminou a obrigatoriedade que existia no anterior regime de o lesado recorrer previamente a uma ação de impugnação do ato administrativo lesivo.¹⁶⁷ No entanto, apesar de ter sido eliminada aquela obrigatoriedade, o RRCEE contém uma disposição (artigo 4.º) que é muito semelhante ao artigo 7.º do DL 48051, havendo quem conclua, como o fez o TCA Sul, que o artigo 4.º do RRCEE “*reproduz o princípio contido no artigo 7º do DL nº 48.051, de 21-11-1967, clarificando, porém, que a conduta processual omissiva ou negligente do lesado, ao não impugnar ou ao não impugnar eficazmente um acto administrativo lesivo releva apenas no plano da culpa, determinando a mera redução ou exclusão da indemnização devida.*”¹⁶⁸

No caso de o lesado optar por não impugnar o ato administrativo lesivo, o artigo 4.º do RRCEE¹⁶⁹ prevê que caso este comportamento seja culposo e tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, o tribunal deve determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída. Significa isto, que a não interposição de recurso releva unicamente para efeitos de culpa podendo ter, eventualmente, implicações na determinação do *quantum* indemnizatório, levando a que possa ser reduzido ou mesmo excluído.¹⁷⁰

Quando se analisa o artigo 4.º do RRCEE, verifica-se que o lesado mesmo atuando com culpa pode ver o seu direito à indemnização totalmente satisfeito. Ora, isto é algo

¹⁶⁶ Ver *supra* notas de rodapé 39 e 41.

¹⁶⁷ Ver *supra* Capítulo II.

¹⁶⁸ Ac. de 14-12-2011, da CA - 2.º JUÍZO, do TCA Sul, Processo 07175/11, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/37d262717d48c6158025796c005d1ab?OpenDocument>, ponto II do sumário.

¹⁶⁹ Ver *supra* nota de rodapé 138.

¹⁷⁰ “*O montante indemnizatório pode sofrer redução em virtude da caracterização de culpa do lesado, materializada no não uso atempado do meio jurisdicional que permitiria uma tutela plena e efectiva da pretensão do autor.*” GOMES, Carla Amado, em Co-autoria com Miguel Raimundo, *Topicamente e a quatro mãos...* p. 249.

que não existia no anterior regime, pelo que concordamos com Manuel Gomes da Silva, quando afirma que o legislador do RRCEE não se limitou a esclarecer a velha questão que se levantou em torno da 2.^a parte do artigo 7.^o, do DL 48051,¹⁷¹ ¹⁷² chegando o Autor a equacionar se o atual RRCEE não consagra um novo paradigma.¹⁷³

Atendendo a que existia um regime anterior que vedava, em absoluto, qualquer possibilidade de o lesado obter uma indemnização quando tivesse atuado com culpa ou com diligência processual negligente e existindo atualmente um regime que consagra expressamente a possibilidade de o lesado nas mesmas circunstâncias poder receber a totalidade da indemnização a que tem direito, parece-nos difícil não reconhecer que o RRCEE consagrou um novo paradigma, pelo que, como já referimos, concordamos com a posição Manuel Gomes da Silva.

B- O surgimento de novas questões relacionadas com o abuso de direito

Como já referimos,¹⁷⁴ na vigência do DL 48051, o lesado tinha um ónus de recurso contra o ato administrativo lesivo. Se o não fizesse e mais tarde viesse a intentar uma ação de responsabilidade civil extracontratual, numa primeira fase os tribunais não chegavam sequer a apreciar a questão de fundo,¹⁷⁵ tendo, mais tarde, numa segunda fase, apesar de apreciarem a questão de fundo, o resultado da decisão em muitos casos era desfavorável ao lesado, fruto da sua conduta anterior.

Este sistema, na prática, consistia em o lesado ter de intentar duas ações, uma de impugnação do ato lesivo e outra de condenação da administração na reparação dos danos causados. Como na grande maioria dos casos a remoção do ato lesivo eliminava

¹⁷¹ Ver *supra* nota de rodapé 139 e capítulo II.

¹⁷² “Da análise comparada do teor dos dois preceitos, não nos parece que a norma resultante do artigo 4.^o do RRCEEP tenha, «apenas», esclarecido a velha questão que se levantava em torno da 2.^a parte do artigo 7.^o do Decreto-Lei n.º 48.051, isto é, saber se o mesmo, em caso de negligência processual do lesado – por não ter interposto recurso contencioso, ou devido à sua negligente conduta processual – consagrava uma exceção peremptória extintiva do exercício do direito de indemnização, ou se, em alternativa, devia ser interpretada no sentido de estabelecer um regime de exclusão ou diminuição do montante da indemnização.

Na nossa opinião, o legislador foi mais além, tendo dado novas vestes ao princípio da coresponsabilidade do lesado por falta de diligência processual, nomeadamente, uma configuração “mais amiga” daquele. Com efeito - e isso não pode deixar de ser considerado um progresso -, à luz do RRCEEP, em abstracto, ainda que se verifique uma culposa falta de diligência processual do lesado, tal não impede que a indemnização possa ser - e é justamente aqui que pretendemos chegar -, totalmente concedida, o que não acontecia à luz do Decreto-Lei n.º 48.051.” GOMES, Manuel da Silva, *Diligência processual e RRCEEP: a quanto obrigas?...* pp. 87-88.

¹⁷³ “Há que equacionar se o RRCEEP não terá chegado, inclusivamente, a consagrar um novo paradigma na matéria” GOMES, Manuel da Silva, *Diligência processual e RRCEEP: a quanto obrigas?...* pp. 84.

¹⁷⁴ Ver *supra* Capítulo II.

¹⁷⁵ Ver *supra* Capítulo II.

os danos (primeira ação – ação de impugnação do ato lesivo), os tribunais não eram confrontados com situações em que o lesado por opção (ou temendo o desfecho da lide) não pretende a remoção do ato lesivo, mas quer discutir a ação de responsabilidade com vista à reparação dos danos que sofreu. Ou seja, o que o lesado pretende é receber uma indemnização.

Com a entrada em vigor do RRCEE, esta questão alterou-se, na medida em que o artigo 4.º do RRCEE, tem uma dupla vertente: por um lado, refere-se à questão processual, na medida em que refere expressamente a não utilização da “*via processual adequada à eliminação do ato jurídico lesivo*”, por outro, não dispensa a análise ao comportamento substantivo do lesado em termos de culpa.¹⁷⁶

Tendo o artigo 4.º do RRCEE uma dimensão processual ele tem de ser interpretado em articulação com o artigo 38.º do CPTA.¹⁷⁷ Daqui resulta que sempre que o lesado intenta uma ação de responsabilidade civil extracontratual contra a administração, fundada na prática de um ato ilegal, e o faz num momento em que o ato administrativo lesivo já não pode ser impugnado, os tribunais conhecem da ilegalidade do ato administrativo lesivo a título incidental, nos termos do artigo 38.º, n.º 1 do CPTA.¹⁷⁸ Ou seja, os tribunais vão apreciar a título incidental um dos pressupostos da responsabilidade civil, que é o da ilegalidade do ato praticado, sendo os restantes apurados na ação principal.¹⁷⁹

¹⁷⁶ “A letra do artigo indicia a consideração de uma vertente puramente processual da figura, ao exemplificar uma hipótese de verificação da culpa do lesado com o facto de o autor “não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo”. Julgamos que esta referência não preclude, de todo, a vertente material da noção, nem esgota os casos de lapso processual. Isto porque, de uma banda, o juiz da acção de responsabilidade terá que aferir, em primeira linha, se o comportamento substantivo do lesado contribuiu para a ocorrência do facto lesivo ou se agravou o seu potencial lesivo - por exemplo, se induziu a Administração em erro na prática de um acto e agora pede indemnização por danos causados pela revogação deste; se erigiu construção numa arriba e sofreu uma derrocada e agora pretende ser indemnizado por alegada falta de fiscalização...De outra banda e em segunda linha, só uma vez estabelecida a imputação do facto (também) à entidade administrativa/jurisdicional se poderá passar à fase seguinte, isto é, à avaliação da conduta estritamente processual do autor, a qual também poderá consubstanciar um elemento de redução ou mesmo isenção da responsabilidade.” GOMES, Carla Amado, em Co-autoria com Miguel Raimundo, *Topicamente e a quatro mãos...* pp. 253-254.

¹⁷⁷ “A nosso ver, a tarefa mais importante que caberá ao juiz administrativo, a propósito da regra do artigo 38/1 [do CPTA] e da sua articulação com a do artigo 4o do RRCEE, será a de determinar que margem de autonomia é admissível, do ponto de vista da posição do destinatário do acto lesivo, no que toca à conformação da sua posição processual; ou seja, que margem haverá para que a utilização de meios não impugnatórios como reacção a actos ilegais seja ainda considerada como “meio processual adequado” para os efeitos do artigo 4 o RRCEE.” GOMES, Carla Amado, em Co-autoria com Miguel Raimundo, *Topicamente e a quatro mãos...* p. 255.

¹⁷⁸ “A procedência do pedido indemnizatório depende, com efeito, da verificação dessa ilegalidade e esta carece de ser analisada incidentalmente sempre que o pedido seja deduzido em processo autónomo” ALMEIDA, Mário Aroso de/CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processos nos Tribunais Administrativos, 4.ª Ed*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 275.

¹⁷⁹ Ver *supra* Capítulo I, ponto 1.4.

É nesta ação principal de responsabilidade civil extracontratual que os tribunais se podem ver confrontados com questões relacionadas com o abuso de direito, que no regime anterior não se verificava, devido ao ónus que o lesado tinha de interpor, previamente, recurso do ato administrativo lesivo.

Por forma a ilustrar a possibilidade de ocorrência destas questões, referiremos três casos, a título de exemplo:

- i. *“Um funcionário que, tendo sido ilegalmente demitido, não pretenda regressar ao seu posto de trabalho, mas queira ser ressarcido, através de indemnização pecuniária, dos danos causados com a prática do acto ilegal.”*¹⁸⁰ Carla Amado Gomes refere a propósito deste exemplo o seguinte: *“FERNANDES CADILHA dá um exemplo que nos parece ilustrar bem os casos mais problemáticos (...). É verdade que, neste caso, o destinatário do acto poderia tê-lo impugnado e eliminado da ordem jurídica, o que permitiria a reconstituição da situação jurídica violada, implicando, em princípio, reconstituição natural através da reintegração e pagamento de todas as quantias não recebidas durante o período de demissão ilegal. Contudo, dificilmente poderá negar-se ao lesado uma possibilidade alternativa: não pretendendo a reintegração, peticionar exclusivamente a atribuição de uma indemnização pecuniária pelos danos causados por demissão ilegal, sem ser por isso prejudicado ao nível do quantum indemnizatório devido, nos termos do artigo 4o do RRCEE.”*¹⁸¹

Se bem entendemos a posição destes Autores, o lesado, neste caso, teria a possibilidade de escolher entre impugnar o ato lesivo removendo-o do ordenamento jurídico ou ser ressarcido dos danos que o ato ilegal lhe provocou.

Esta posição levanta-nos algumas reservas. Por um lado, garantir ao lesado um direito de *“escolha de indemnização”* parece-nos que em alguns casos poderá violar o princípio do mínimo dano, isto é, de violar o princípio geral de direito que impõe ao titular de um direito o dever de o exercer de forma a provocar o menor dano possível na esfera jurídica daquele que tem de o suportar, na medida em que a administração irá ter de suportar custos com a indemnização que não suportaria se o ato ilegal fosse eliminado do ordenamento jurídico. Por outro, esta opção poderá acarretar outros danos, basta pensarmos que este funcionário, demitido ilegalmente, pode, entre o período em que foi

¹⁸⁰ Exemplo dado por Carlos Cadilha in, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Publicas...* p. 116. Este Autor utiliza este exemplo como sendo um dos casos que se encontra coberto pela previsão do artigo 38.º do CPTA.

¹⁸¹ GOMES, Carla Amado, em Co-autoria com Miguel Raimundo, *Topicamente e a quatro mãos...* p.256.

demitido e a prolação da sentença, que pode ser longo, ter perdido a casa de morada de família, fruto de incumprimento do crédito bancário motivado pela situação de desemprego em que caiu. Neste caso, a questão que se coloca é a de saber se, no *quantum* indemnizatório, também deve ser contabilizado este dano, no caso de ter sido peticionado pelo lesado, na medida em que também ele é consequência do ato ilegal que o demitiu e por força disso lhe retirou ilegalmente a remuneração. Se admitirmos que este dano deve ser contabilizado e que o lesado deve ser indemnizado por ele, atendendo a que este podia ter evitado aqueles danos, e por opção não o fez, se posteriormente vier a pedir uma indemnização, invocando como fundamento uma ilegalidade menor cometida pela administração, parece-nos que estamos perante um caso de claro abuso de direito.

Por isto, não acompanhamos a posição dos Autores citados, na medida em que permite, em nosso entender, o abuso de direito.

- ii. O caso de alguém que recebe quantias pagas indevidamente por um organismo A, cuja responsabilidade pelo pagamento pertencia ao organismo B, vindo mais tarde este último organismo a efetuar o pagamento devido, informando desse facto o organismo A, para que este peça a restituição das quantias pagas indevidamente. Quando o organismo A notifica o indivíduo para a reposição destas quantias, ele invoca que o prazo que o organismo A tinha para pedir a reposição das verbas já prescreveu.¹⁸² Numa situação com estes contornos, o TCAN referiu que não assiste razão ao indivíduo [recorrente] que recebeu as quantias pagas indevidamente, mas mesmo que *“assistisse ao agora recorrente o «direito» a invocar a prescrição das quantias que lhe foram pagas há cinco anos ou mais, sempre resultaria o seu respectivo exercício em «abuso de direito», porquanto excederia manifestamente os limites impostos pela «boa-fé», e resultaria, sem dúvida, num enriquecimento ilegítimo à custa do erário público, portanto ilegal e injusto [artigo 334º do Código Civil].”*¹⁸³
- iii. Por último o caso em que um particular requer uma licença à administração e no decurso do procedimento administrativo, intencionalmente, induz a administração em erro, levando-a conceder-lhe a licença requerida em violação da lei. Mais tarde a administração apercebe-se do erro e anula-a, com fundamento no vício cometido. Na sequência disto, o lesado intenta uma ação de responsabili-

¹⁸² Ver *infra* nota de rodapé 183.

¹⁸³ Ac. TCAN de 11-10-2013, P.º 01070/09.1BEBRG, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/802e2646bdb69c6180257c0b004c3b3b?OpenDocument> .

dade civil extracontratual pedindo uma indemnização pelos danos sofridos. Neste caso estamos perante uma situação típica de abuso de direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*, pelo que este exercício é ilegal.

Em qualquer dos casos acabados de referir, se a ação de responsabilidade civil extracontratual fosse intentada a partir do momento em que o ato administrativo lesivo já não fosse impugnável, os tribunais administrativos seriam confrontados com uma situação em que a administração praticou um ato administrativo ilegal, mas o lesado está a atuar em abuso de direito. Ora, no anterior regime, pelo facto de ser exigido a impugnação prévia do ato administrativo lesivo, estas questões relacionadas com o abuso de direito não chegavam a emergir.

CAPÍTULO IV - O ABUSO DE DIREITO

A expressão “*abuso de direito*”, tal como qualquer expressão linguística, poderá prestar-se a equívocos, atendendo a que cada um dos significantes tem vários significados, pelo que importa fixar o sentido da expressão.

O artigo 334.º do CC estabelece que “*é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente¹⁸⁴ os limites impostos pela boa fé,^{185 186} pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.*”

O legislador, na estatuição da norma, optou pela expressão *ilegítimo* pelo que importa perceber se esta expressão foi utilizada com o sentido técnico-jurídico que tem no direito civil ou não.

Em direito civil, a ilegitimidade de alguém caracteriza-se pela ausência de uma específica qualidade que lhe permita agir,¹⁸⁷ ou, dito de outra forma, só tem legitimidade para exercer um direito quem tiver uma qualidade específica que lhe permita exercê-lo.

Tendo a expressão *legitimidade*, no direito civil, o significado acabado de referir, a questão que ao intérprete se coloca, como bem nota Menezes Cordeiro, é a seguinte:

¹⁸⁴ “«manifestamente» deixa-nos um apelo a uma realidade de nível superior, mas a Ciência do Direito terá de localizar, em termos objectivos.” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo IV*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 241.

¹⁸⁵ “os limites impostos pela boa fé” têm em vista a boa fé objectiva. Aparentemente, lidamos com a mesma realidade presente noutros preceitos, com relevo para os artigos 227.º/1, 239.º, 437.º/1 e 762.º/2. Teríamos, então, um apelo aos dados básicos do sistema, concretizados através de princípios mediantes: a tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente. Trata-se de um dado a reter, mas que não poderemos deixar de confirmar.” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 241. Neste sentido Pedro Moniz Lopes, *Princípio da boa fé e decisão administrativa, estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habilitantes*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 253.

¹⁸⁶ No direito público a boa fé é-nos apresentada como sendo “o único de entre todos os princípios da actividade administrativa cuja teorização pode afirmar-se ter sido importada do direito privado, onde goza de uma tradição que remonta ao direito romano. Aliás, o tardio despertar da doutrina nacional para a relevância e a sua subsequente consagração constitucional e legal (respectivamente, na revisão constitucional de 1997 e na revisão de 1996 do CPA) tem muito que ver, por um lado com os caminhos da elaboração dogmática autónoma do direito administrativo nos séculos XIX e XX e, por outro, com o facto de a doutrina (em Portugal, em especial a encabeçada por M. Cordeiro), ter largamente privilegiado as influências francesa e italiana em detrimento da alemã, na qual este princípio foi mais cedo e mais profundamente estudado, mesmo no plano administrativo. Só com a germanização do direito administrativo português, que se seguiu à do direito privado, ganhou foros de cidade a teorização da boa fé” SOUSA, Marcelo Rebelo de, / MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, Tomo I, 1.ª edição, Introdução e Princípios Fundamentais*, Dom Quixote, Lisboa, 2004, p. 214. Neste mesmo sentido, OTERO, Paulo, *Direito do Procedimento Administrativo, vol. I*, Almedina, Coimbra, 2016, pp 194-195, OLIVEIRA, Pedro Esteves de/GONÇALVES, Pedro Costa / AMORIM, João Pacheco de, *Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2.ª Edição, 8.ª Reimpressão*, Almedina, Coimbra, 2010, p 109.

¹⁸⁷ “A ilegitimidade tem, no Direito Civil, um sentido técnico: exprime no sujeito exercente, a falta de uma específica qualidade que o habilite a agir no âmbito de certo direito.” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil ...* p. 239. Este sentido técnico de ilegitimidade também é válido no Direito Público, seja na vertente procedimental (CPA – artigo 68.º) seja na vertente processual (CPTA – artigos 9.º e 10.º).

“se[rá] [que um qualquer] *sujeito, uma vez autorizado ou, a qualquer título, “legitimado”, já poder[á] exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito em causa.*”¹⁸⁸ A esta questão, este Autor é perentório e responde que não.¹⁸⁹

Assim, a conclusão a retirar é que a expressão “*é ilegítimo,*” do ponto de vista técnico-jurídico, não é rigorosa, pelo que deve ser interpretada como querendo dizer “*é ilícito.*”

Desta forma, o intérprete deve interpretar o artigo 334.º do CC, no sentido de que é “*ilícito o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.*” Ou seja, é este o sentido da expressão abuso de direito.

4.1. A RECEPÇÃO DO ABUSO DE DIREITO NO DIREITO PORTUGUÊS

Recuando ao tempo do direito romano encontra-se uma figura, a *aemulatio*, que corresponde ao exercício de um direito sem utilidade própria, mas com intenção de prejudicar a pessoa sobre quem era exercido.¹⁹⁰ Aqui foram identificados um conjunto de casos, fundamentalmente ligados a questões de vizinhança, que sob a aparência do exercício de um direito representavam claras situações de injustiça.¹⁹¹ É nesta figura, a *aemulatio*, que está a génese daquilo que mais tarde vamos conhecer como o abuso de direito.

Na Europa localizam-se dois casos onde o abuso de direito teve origens distintas, são eles, o caso francês, cuja origem do instituto é jurisprudencial e o caso alemão, cuja origem do instituto é doutrinária.

No caso francês, os tribunais foram confrontados com a questão do abuso de direito em meados do século XIX, durante a vigência do Código Civil de 1804, conhecido por Código Napoleónico.

¹⁸⁸ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 239.

¹⁸⁹ “A resposta é, obviamente, negativa: nem ele, nem ninguém” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 239.

¹⁹⁰ “No Direito romano, a *aemulatio* correspondia ao exercício de um direito sem utilidade própria, com a intenção de prejudicar outrem.” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 241.

¹⁹¹ “Durante o chamado período intermédio, os trechos romanos referentes à *aemulatio* foram comentados e alargados. Chegou-se à elaboração de séries de actos emulativos, fundamentalmente ligados a relações de vizinhança. Eles traduziam ocorrências marcantes, de (in)justiça evidente: não careciam de especial justificação. Além disso, faltava uma doutrina do direito subjectivo que, pelo rigor, pudesse albergar ilhas de injustiça contrárias ao sistema.” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 250.

Em 1855, o Tribunal da apelação francês de Colmar foi confrontado com um caso em que o proprietário de um prédio construíra uma chaminé falsa e sem qualquer utilidade, cujo único objetivo era tapar uma janela de um vizinho.¹⁹² Neste caso, o tribunal condenou o proprietário que construiu a chaminé, tendo afirmado que *“se é de princípio que o direito de propriedade é um direito de algum modo absoluto, autorizando o proprietário a usar e abusar da coisa, o exercício desse direito, no entanto, como qualquer outro, deve ter por limite a satisfação de um interesse sério e legítimo; os princípios da moral e da equidade opõem-se a que a justiça sancione uma acção inspirada pela malquerença, cometida sob o domínio de uma má paixão e provocando um prejuízo grave a outrem.”*¹⁹³

Mais tarde em 1913, um outro tribunal, em Compiègne, viria também a condenar um outro proprietário que cometeu abuso de direito por ter erguido uns espigões de ferro na sua propriedade cuja única utilidade era a de perfurar os dirigíveis construídos no prédio vizinho.¹⁹⁴ Esta decisão veio a ser confirmada em 1915, pela cassação francesa.

Não obstante a jurisprudência em França ter aplicado a figura do abuso de direito, certo é que *“a ciência do direito francesa teve dificuldades em apresentar uma construção jurídico-científica para o abuso do direito. Na verdade, (...) a teoria do abuso do direito não alcançou, junto da doutrina correspondente, um nível satisfatório de explicação científica (...) uma tentativa importante foi a protagonizada por Josserand. Segundo este Autor, seria necessário, para um exercício legítimo dos direitos subjectivos, respeitar a função que justificara a atribuição”*¹⁹⁵

Na Alemanha, apesar de o instituto não ser conhecido como abuso de direito, a verdade é que ele se foi desenvolvendo a partir de grandes grupos de casos típicos vindo mais tarde a ser reconduzidos à figura da boa fé.¹⁹⁶

Em termos de direito internacional público, a figura do abuso de direito aparece consagrada como a boa fé sendo que *“a consagração internacional do princípio da boa-fé, além de corresponder a um princípio de direito comum aos Estados, encontra expressa consagração nos artigos 26.º, 31.º, n.º 1 e 69.º, n.º 2, alínea b), da Convenção*

¹⁹² CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 251.

¹⁹³ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 251.

¹⁹⁴ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 251.

¹⁹⁵ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 252.

¹⁹⁶ *“o abuso do direito – ou um espaço correspondente a essa expressão – acabaria por se desenvolver, na Alemanha, a partir de grandes grupos de casos típicos: exceptio doli, venire contra factum proprium, suppressio e surrectio, inalegabilidades formais, tu quoque e outros. Finalmente tudo isso foi reconduzido à boa fé. Podemos adiantar que o instituto se desenvolveu na periferia, perante questões concretas. Veio, depois, a ser acolhido, disciplinado e aprofundado no núcleo do sistema, através do recurso à boa fé.”* CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 256.

de Viena sobre o Direito dos Tratados entre os Estados (1969), salientando-se ainda que a determinação de que nenhuma norma convencional poder ser interpretada no sentido de habilitar a destruição dos direitos e liberdades consagrados num texto internacional, igualmente revela o acolhimento do princípio da proibição do abuso de direito (cfr., neste último sentido, artigo 30.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem; artigos 24.º e 25.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais)”¹⁹⁷

No que diz respeito ao direito nacional, o Código de Seabra não tinha qualquer referência ao abuso de direito. Aliás, poder-se-á dizer que permitia o abuso de direito, uma vez que consagrava um direito absoluto de exercício ao seu titular. O artigo 13.º, do Código de Seabra estabelecia que *“quem, em conformidade com a lei, exerce o próprio direito, não responde pelos prejuízos que possam resultar d’esse mesmo exercício.”*

Foi só com a entrada em vigor do atual Código Civil, que os autores, influenciados pela ciência jurídica que possui a mesma matriz identitária que a nossa, consagraram o abuso de direito.

Os autores do projeto do atual CC foram buscar inspiração para o atual artigo 334.º do CC ao *“artigo 281.º do [Código Civil] grego¹⁹⁸ [sendo este] produto da doutrina germânica; a sua aplicação desenvolveu-se porque e na medida em que essa doutrina foi efectivamente recebida pelos juristas gregos.”¹⁹⁹* Tendo sido esta a via pela qual recebemos o instituto do abuso de direito.

Foi esta a forma como a figura do abuso de direito foi recebida no direito privado. No caso do direito público, não existindo uma formulação expressa para a figura do abuso de direito, à semelhança da que existe no artigo 334.º do CC, a questão que se coloca é a de saber se este ramo do direito recebeu tal instituto.

O artigo 334.º do CC faz referência ao exercício de um direito excedendo manifestamente o princípio da boa fé. Ora o princípio da boa fé apareceu expressamente referida pela primeira vez no direito público em 1996 com a alteração foi feita ao CPA (artigo 6.º -A). Mais tarde foi expressamente consagrado na CRP com a revisão constitucional de 1997. Não obstante a consagração expressa surgir nestas datas, certo é que, o preâm-

¹⁹⁷ OTERO, Paulo, Direito do Procedimento Administrativo, vol. I, Almedina, Coimbra, 2016, p. 195, nota de rodapé 844.

¹⁹⁸ *“O artigo 281.º do Código Civil grego (...) teve como autor material, Maridakis. Inicialmente, à imagem do Código Civil suíço, esse preceito esteve colocado no princípio da parte geral; o peso do BGB levou à sua deslocação”*, CORDEIRO, Menezes, Tratado de Direito Civil... p. 260.

¹⁹⁹ CORDEIRO, Menezes, Tratado de Direito Civil... p. 264.

bulo do DL n.º 6/96, de 31 de Janeiro refere que o princípio da boa fé já estava implícito na redação originária do CPA de 1991 e que já se podia retirar este princípio do artigo 2.º da CRP, como corolário de um Estado de Direito Democrático. Ou seja, o princípio da boa fé foi recebido no Direito Público, pelo menos desde 1976, data da entrada em vigor da atual Constituição.

Tendo sido recebido o princípio da boa fé no Direito Público, como mais à frente melhor se verá, quem exerce um direito excedendo manifestamente os limites da boa fé comete abuso de direito, seja a boa fé na formulação do direito privado, seja a boa fé na formulação do direito público. Ora, isto transporta-nos para uma ideia de um instituto comum aos dois ramos de direito (ver *infra* Capítulo V –A).

4.2. COMPORTAMENTOS TIPICOS ABUSIVOS

O artigo 334.º do CC considera ilegal²⁰⁰ “*o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.*” Esta disposição refere “*exercício de um direito*” que significa o mesmo que comportamento. Ora, o exercício de um direito, na realidade, é uma manifestação ativa de uma vontade.

A questão que à doutrina se colocou foi a de saber se os comportamentos abusivos consistiam num exercício incharacterístico de abuso ou se era possível agrupar os comportamentos caracterizando-os por tipos ou por grandes grupos.

A doutrina e a jurisprudência acabaram por agrupar o abuso de direito em cinco grandes grupos diferentes,²⁰¹ são eles, o *venire contra factum proprium*, as inalegabilidades formais, o *suppressio e surrectio*, o *tu quoque* e o exercício em desequilíbrio.

²⁰⁰ Cfr. *supra* Capítulo IV.

²⁰¹ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* pp. 264 e ss. No mesmo sentido Pedro Oliveira e outros: “*podem subsumir-se certas exigências típicas da boa fé, como a inadmissibilidade, em certas condições, da invocação de vícios formais, a proibição de venire contra factum proprium (ou proibição de comportamento contraditório) – de acordo com o qual se veda (ou impõe) o exercício de uma competência ou de um direito, quando tal exercício (ou não exercício) entra em flagrante e injustificada contradição com o comportamento anterior do titular, por este ter suscitado na outra parte uma fundada e legítima expectativa de que já não seriam (ou o seriam irreversivelmente) exercidas - , a suppressio ou verwirkung (que da anterior se distingue pelo facto de a dimensão temporal ganhar uma relevância autónoma), etc.*” OLIVEIRA, Pedro Esteves de/GONÇALVES, Pedro Costa / AMORIM, João Pacheco de, *Código do ...* p. 110.

4.2.1. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

A- Origem da expressão

A origem da expressão *Venire Contra Factum Proprium*, não é clara, mas provavelmente seja de origem canónica.²⁰² Traduzida à letra significa vir contra o facto próprio.²⁰³

Apesar de incerta a origem da expressão, certo é que já no direito romano existiam certos comportamentos que eram considerados inadmissíveis por serem contrários a um comportamento anterior, não obstante “*não hav[er] uma regra geral que vedasse o venire contra factum proprium, mas apenas casos singulares onde este tipo de comportamento era proscrito.*”²⁰⁴

A este respeito, veja-se o seguinte excerto de um dos textos do “*Digesta, (...) atribuído a Ulpiano, [segundo o qual] seria vedado ao pater, depois da morte da filha que, como livre mãe de família fora emancipada e que tivesse deixado herdeiro testamentário, vir, em contradição com o seu próprio facto (adversus factum suum), iniciar um processo de estado alegando que a não tinha emancipado validamente perante testemunhas.*”²⁰⁵

Esta ideia de sancionar comportamentos contraditórios veio mais tarde a ser retomada pela Glosa de Acúrcio e pela opinião de Bártolo,²⁰⁶ sem no entanto ser possível apontar uma regra geral para os definir.

Na ciência jurídica continental, o *venire contra factum proprium* aparece no século XX, graças a uma importante monografia da autoria de Erwin Riezler.²⁰⁷

²⁰² “a origem do brocardo *venire contra factum proprium* não é clara (...) terá origem canónica: mas só por excepção é utilizado” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 275.

²⁰³ “A locução *venire contra factum proprium* – à letra: vir contra o facto próprio e, materialmente: contradizer o seu próprio comportamento – traduz, em Direito, o exercício de uma posição jurídica em contradição com uma conduta antes assumida ou proclamada pelo agente.” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 275.

²⁰⁴ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* pp. 276-277.

²⁰⁵ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 276.

²⁰⁶ “A ideia foi retomada pela Glosa, que passou a apontar quem non posse *venire contra factum proprium*. Bártolo veio firmar a regra *pater contra emancipationem a se factam et diuturnitate temporis roboratam venire non potest*. Apesar destas referências sugestivas, não era possível apontar qualquer regra geral consistente reportada ao *venire*” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 276.

²⁰⁷ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 276.

B- O conceito jurídico e a sua sistematização

O *venire contra factum proprium* caracteriza-se pela existência de duas condutas, com origem no mesmo indivíduo, contraditórias entre si, diferidas no tempo e lícitas, se analisadas cada uma de *per se*.^{208 209}

Apesar da complexidade da tarefa, a doutrina tem vindo a trabalhar no sentido de sistematizar os casos de *venire contra factum proprium*.

Para Erwin Riezler, a sistematização passava por “*distingui[r] quatro hipóteses: a) cumprimento voluntário de um negócio inválido de difícil repetição; b) decisão potestativa de constituir uma situação jurídica; c) criação voluntária de uma aparência na qual as pessoas confiam; d) criação de situação de risco conexa a uma situação jurídica*. [No caso de] *Merz, Autor suízo, propunha a seguinte ordenação: a) alegação inadmissível do desaparecimento do direito do credor, causando contra a confiança suscitada; b) alegação inadmissível da invalidade formal; c) suppressio; d) certos casos de comportamento contraditório*. [No caso de] *Roth, por seu turno, preconiza[va]: a) comportamentos originários de confiança; b) comportamentos contraditórios, independentemente da confiança; c) suppressio*. [Para] *Canaris (...) as pretensões derivadas do venire, [podiam ser classificadas em]: a) pretensões em negócios com nulidade formal; b) pretensões em negócios com outras falhas; c) pretensões em negócios interpretadas com erro; d) pretensões em situações derivadas da prestação voluntária*.”²¹⁰

Nos casos de *venire contra factum proprium*, podemos distinguir entre comportamentos positivos e negativos,²¹¹ “*no venire positivo, uma pessoa manifesta uma intenção ou, pelo menos, gera uma convicção de que não irá praticar certo acto e, depois, pratica-o mesmo, no venire negativo, o agente em causa demonstra ir desenvolver certa conduta e, depois, nega-a*.”²¹²

²⁰⁸ “Estruturalmente, o *venire* postula duas condutas da mesma pessoa, lícitas em si e diferidas no tempo. A primeira – o *factum proprium* – é contrariada pela segunda. O óbice reside na relação de oposição entre ambas” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 278.

²⁰⁹ “o âmbito extenso que o *venire contra factum proprium* pode assumir requer uma delimitação prévia do alcance figurativo da fórmula. Desse modo, só se considera como *venire contra factum proprium* a contradição directa entre a situação jurídica originada pelo *factum proprium* e o segundo comportamento do autor.” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 280.

²¹⁰ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 279.

²¹¹ OLIVEIRA, Pedro Esteves de/GONÇALVES, Pedro Costa / AMORIM, João Pacheco de, *Código do...* p. 110.

²¹² CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 280.

Quando estamos perante um caso de *venire* positivo, o comportamento gerado pode-se manifestar de três formas: “*exercício de direitos potestativos; exercício de direitos comuns; [ou] actuações no âmbito de liberdades gerais.*”^{213 214}

Quando estamos perante um caso de *venire* negativo “*a situação paradigmática reside em alguém prevalecer-se de nulidades quando, conhecendo-as, tivesse em momento prévio mostrado a intenção de agir em execução do negócio viciado. Em rigor, poderíamos distinguir a hipótese de o agente ter manifestado a intenção de não invocar a nulidade, altura em que tal invocação seria um venire positivo, na modalidade acima referida de exercício do direito potestativo. Mas a hipótese mais típica é, aqui, simplesmente a desse anunciar uma conduta que, depois, a “pretexto” da nulidade, seja negada. A invocação de nulidades não esgota o universo dos “pretextos”; temos, ainda, a invocação da caducidade ou de outros factores impeditivos, sempre em contradição.*”²¹⁵

C- A posição doutrinária acolhida pelo artigo 334.º do Código Civil

Após o trabalho de sistematização dos casos de *venire*, já referido, a doutrina procurou explicar, do ponto de vista dogmático, os casos em que o *venire* era proibido, formulando várias teorias, sendo elas, “*a da boa fé; a da confiança; a do negócio jurídico; [e] a da sua dissolução.*”²¹⁶

Das teorias doutrinárias avançadas houve uma que ganhou predominância sobre as restantes, que foi a da tutela da confiança. Esta posição é a que *reconduz (...) o venire contra factum proprium a uma manifestação de tutela da confiança,*”^{217 218} sendo esta doutrina a que acabou por vir a ser acolhida pelo artigo 334.º do CC.²¹⁹

²¹³ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 281.

²¹⁴ “*Na primeira, o titular exercente manifesta a intenção de não exercer um direito potestativo, mas exerce-o. Na segunda, deparamos com idêntico fenómeno mas reportado, desta feita, a direitos comuns. Na terceira, o agente exprime uma actuação no âmbito de uma liberdade geral – normalmente: a autonomia privada – e, depois, actua em desconformidade com o enunciado.*” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 281.

²¹⁵ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 282.

²¹⁶ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 284.

²¹⁷ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 290.

²¹⁸ “*O princípio da tutela da confiança visa salvaguardar os sujeitos jurídicos contra actuações injustificadamente imprevisíveis daqueles com quem se relacionem*”. SOUSA, Marcelo Rebelo de, / MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, Tomo I...* p. 216

²¹⁹ “*A base legal para uma aplicação da doutrina da confiança, no Direito português, por forma a vedar o venire contra factum proprium, nas suas manifestações mais correntes, reside no artigo 334.º e, de entre os elementos previstos nele enunciados, na boa fé.*” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 294.

4.2.2. INALEGABILIDADES FORMAIS

A- Conceito de inalegabilidades formais

A regra de validade dos negócios jurídicos, no direito Civil, é a liberdades de forma.²²⁰ No entanto, há casos em que a lei exige uma determinada forma para que o negócio jurídico celebrado seja válido. Nestes casos falamos de negócios jurídicos formais,²²¹ cuja formalidade legal, se não for observada, gera a nulidade do negócio.

Como acabamos de referir, os negócios jurídicos formais são nulos quando as partes não respeitem a forma legalmente prescrita. Perante esta consequência jurídica, devido à falta de forma, a questão que se coloca é a de saber se, após a realização de um negócio jurídico sinalagmático,²²² em que não foi observada a forma legalmente prescrita, uma das partes pode invocar a não observância daquela formalidade como causa de nulidade do negócio para não cumprir a sua contraprestação, ou seja, alegar o não cumprimento de formalidades legais em seu benefício. Como mais à frente melhor se verá, a resposta a esta questão é negativa.

É nisto que consiste as inalegabilidades formais, pelo que, por uma questão de rigor, importa fixar o sentido da expressão. Assim, e seguindo a definição avançada por Menezes Cordeiro, “*chamaremos inalegabilidade formal à situação em que a nulidade derivada da falta de forma legal de determinado negócio não possa ser alegada sob pena de se verificar um “abuso do direito”, contrário à boa fé.*”²²³

²²⁰ “De acordo com o princípio da liberdade de forma, consagrado no artigo 219.º do Código Civil, a validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei o exigir.” VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2008, p. 441.

²²¹ “São formais os negócios para cuja celebração ou titulação a lei exija uma forma especial. As exigências legais de forma são excepcionais mas, a consequência da sua violação é, em princípio, a nulidade (artigo 220.º do Código Civil)” VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil...* p. 441.

²²² “A classificação dos negócios jurídicos em sinalagmáticos ou não-sinalagmáticos tem como critério a existência no conteúdo do negócio de um especial vínculo entre as prestações e contraprestações das partes, entre atribuições patrimoniais implicadas pelo negócio, vínculo este designado sinalagma.

Os negócios sinalagmáticos, são por vezes impropriamente designados como bilaterais. Esta designação não é a mais adequada porque é susceptível de gerar equívocos no que respeita aos contratos que são negócios jurídicos sempre, pelo menos, bilaterais.

O sinalagma liga as prestações e contraprestações ou os efeitos obrigacionais ou reais que, no mesmo negócio, são a causa jurídica e fundamento uns dos outros. No caso dos negócios sinalagmáticos a prestação ou a atribuição patrimonial de uma das partes constitui a razão de ser e o fundamento jurídico da sua contraprestação ou da atribuição patrimonial correspondente, em termos tais que a falta de uma tem como consequência que a outra não seja exigível ou, se tiver sido já prestada, deve ser restituída.” VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil...* p. 445.

²²³ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 299. Neste mesmo sentido SOUSA, Marcelo Rebelo de, / MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, Tomo I...* p. 214; OLIVEIRA, Pedro Esteves de/GONÇALVES, Pedro Costa / AMORIM, João Pacheco de, *Código do ...* p.110.

B- Origem do conceito

Foi perante os tribunais que a questão das inalegabilidades formais surgiu, tendo sido na Alemanha o local onde primeiramente se tentou parar determinadas ações onde eram invocadas certas nulidades.²²⁴ No Entanto, a posição inicial do Supremo Tribunal Alemão era a de que perante um confronto entre a boa fé e prescrições de forma, a boa fé devia ceder, sob pena de as prescrições de forma serem inúteis.²²⁵

Após esta primeira fase em que a boa fé cedia perante as prescrições de forma, os tribunais foram alterando a sua posição. *“As primeiras decisões judiciais que instituíram a inalegabilidade de nulidades formais fizeram-no quando o agente causara directamente o vício na forma e, depois pretend[e] aproveitar-se dele. De seguida, porém, veio a requerer-se, apenas, a simples negligência do agente, aquando da celebração do contrato. Por fim, a alegação de nulidades formais veio a ser coartada, independentemente de qualquer culpa do agente, quando, dadas as circunstâncias do caso se constate que o provimento da nulidade iria atentar contra a boa fé.”*²²⁶

A partir do momento em que os tribunais passaram, em certos casos, a dar prevalência à boa fé face às prescrições de forma, a situação da pessoa contra quem se pretendia invocar uma nulidade formal passou a ser equacionada segundo *“dois aspectos: a sua relação com o vício formal e as consequências para ela emergentes da nulidade, caso seja declarada. Quanto ao primeiro, deve entender-se a necessidade de boa fé subjectiva por parte de quem queira fazer valer a inalegabilidade, ou seja, de desconhecimento, aquando da “celebração” do contrato, da necessidade formal. A boa fé subjectiva comporta, aqui, deveres de indagação e informação de intensidade acrescida, dada a rigidez das normas em jogo, e visto o conhecimento generalizado que existe da necessidade de forma solene para certos actos.(...) [Quanto ao segundo aspeto] tem vindo a ser sublinhado, pela jurisprudência, que a inalegabilidade surge justificada apenas quando a destruição do negócio tivesse, para a parte contra a qual é efetuada, efeitos ‘não apenas duros, mas insuportáveis’”*²²⁷

²²⁴ “a primeira tentativa de bloquear certas nulidades formais foi levada a cabo, na Alemanha, através da *exceptio doli*” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 300.

²²⁵ “Inicialmente, o RG [Reichsgericht] entendeu que “onde intervenham prescrições de forma, não pode, quando essas prescrições não devam conservar o seu sentido de outro modo, ser concedido o recurso à boa fé” voltando a frisar, tempos depois que o Reichsgericht mantém que o recurso à boa fé perante prescrições de forma, tem de ser negado, porque de outro modo as prescrições de forma ficariam sem significado.” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 301.

²²⁶ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 302.

²²⁷ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 305.

C- Teorias explicativas

Perante as decisões dos tribunais que tinham, em algumas situações, dado prevalência à boa-fé face às prescrições formais, a doutrina procurou avançar com teorias dogmáticas que explicassem o conceito. Assim, surgiram três teorias: a doutrina da confiança; as saídas negociais; a natureza das normas formais. “*A doutrina da confiança re-
funda no seguinte: o doloso provoca, na outra parte, a impressão de que o negócio é eficaz e assume, assim, a confiança desta (...) a base positiva da confiança está na prescrição geral da boa fé – 334.º*” [do CC]; “*as saídas negociais partem da construção da confiança. Pegando no resultado prático a que elas chegam, fecham o círculo, proclamando que o contrato nulo é, pela sua natureza voluntária como pelos seus regime e efeitos, um contrato verdadeiro*”; e a da natureza das normas formais “*o tema do escopo visado pelas disposições que impõem formas determinadas para certos actos jurídicos [poderá ser alcançado através] da redução teleológica.*”²²⁸

A doutrina, apesar de ter desenvolvido estas teorias, está limitada pelas normas jurídicas o que não lhe tem permitido ir mais além, seja pela primeira das teorias, seja pela terceira. Esta limitação com que a doutrina se depara já não se verifica com os tribunais, que, para impedirem decisões que seriam injustas, têm de admitir certos casos de inalegabilidades formais.²²⁹

4.2.3. SUPPRESSIO E SURRECTIO

A- Conceito de *suppressio* e *surrectio*

Quando, numa determinada relação jurídica, uma das partes está numa posição de sujeição e a outra tem um direito sobre aquela, levanta-se uma questão que é a seguinte: saber se a parte que tem o direito a seu favor o pode invocar passado muito tempo e depois de a parte que está na posição de sujeição ter confiado que aquele direito já não seria exercido, vindo a sê-lo de surpresa.

²²⁸ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* pp. 307-308.

²²⁹ “*a doutrina, peada pela natureza estrita e plena das normas relativas à forma dos negócios, tem grande dificuldade em superá-las: seja pela via da confiança, seja através da sua redução teleológica. Já a jurisprudência, confrontada com a realidade de situações clamorosamente injustas e contrárias à lógica do sistema, tende a admitir, em casos marcantes, as inalegabilidades formais.*” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 309.

Foi perante situações como esta que os tribunais começaram a considerar que o exercício do direito nestas circunstâncias era abusivo e começaram a invocar a figura da *suppressio* para paralisar aquele exercício.

Como *supra* referimos, em substância, a *supprressio* consiste no exercício de um direito por parte do seu titular quando já não era previsível que o viesse a fazer.²³⁰ Quer isto dizer que existe um hiato temporal, regra geral longo, no qual o titular do direito não faz qualquer manifestação de que o vai exercer.

Ora, havendo um direito a favor de um titular e, como *supra* se referiu, havendo um hiato temporal que após ter decorrido o exercício do direito já não admissível, a questão que se coloca é a seguinte: quanto tempo é que é necessário decorrer para que o titular de um direito já não o possa exercer? Menezes Cordeiro refere que “*podemos, todavia, marcar [as seguintes] balizas: será inferior ao da prescrição, ou a suppressio perderá utilidade; além disso, equivalerá àquele período decorrido o qual, segundo o sentir comum prudentemente interpretado pelo juiz, já não será de esperar o exercício do direito atingido.*”²³¹

Não descurando a importância daquelas “balizas”, importa definir o conceito de forma mais rigorosa. Neste sentido, adotamos a definição avançada por Menezes Cordeiro e caracterizamos “*a suppressio [para] (...) designa[r] a posição do direito subjetivo – ou, mais latamente, a de qualquer situação jurídica – que, não tendo sido exercida, em determinadas circunstâncias e por um certo lapso de tempo, não mais possa sê-lo por, de outro modo, se contrariar a boa fé.*”²³²

Se por um lado se afirma que uma das partes não pode exercer o seu direito em *supprressio*, isso significa que na parte contrária houve uma ampliação da sua situação jurídica. A isto chamamos *surrectio*. Quer isto dizer que *supprressio* e *surrectio* são o verso e anverso da mesma moeda.

²³⁰ Ou como refere Menezes Cordeiro “*a suppressio manifesta-se porque, mercê da confiança legítima, uma pessoa adquiriu (por surretio) uma posição que se torna incompatível com o exercício superveniente, por parte do exercente. E na ponderação de interesses contrapostos vai-se dar a preferência ao beneficiário: porque mercê da confiança, os danos que ele iria suportar são substancialmente superiores às vantagens a auferir pelo não-exercente, com a sua actuação; e porque, mercê do nexo de imputação da confiança, o não-exercente se coloca numa situação que permite julgar social e eticamente ajustado o seu sacrifício*” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* pp. 324-325. Neste sentido OLIVEIRA, Pedro Esteves de/GONÇALVES, Pedro Costa / AMORIM, João Pacheco de, *Código do...* p. 110. Pedro Moniz Lopes, *Princípio da boa fé e decisão administrativa...* p. 262.

²³¹ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 322.

²³² CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 313.

Como característica, do ponto de vista da apreciação da culpa, este instituto tem a particularidade de ser “*um instituto totalmente objetivo: não requer qualquer culpa do titular atingido, mas apenas o facto da sua inacção.*”²³³

B- Origem do conceito

Como *supra* referimos, a *suppressio* teve origem jurisprudencial, sendo “*as suas manifestações mais antigas deram-se no domínio da venda de ofício comercial, a favor do comprador, ficando consignadas em decisões do então Reichsoberhandelsgericht – o Tribunal Superior do Comércio do Império Alemão, antes da unificação das jurisdições civil e comercial.*”²³⁴

Este conceito, só mais tarde, fruto das consequências económicas que a primeira grande guerra mundial provocou, é que veio a ter uma consagração dogmática,²³⁵ “*surgido como um instituto autónomo destinado a resolver problemas concretos [e somente mais tarde é que foi feita uma] aproximação da boa fé e do abuso de direito.*”²³⁶

No nosso país, a *suppressio* teve origem universitária, tendo a jurisprudência trabalhado o conceito de forma autónoma.²³⁷

C- Evolução do conceito

Após o surgimento do conceito, a doutrina desenvolveu-o tendo passado por várias fases e por várias teorias. Destas teorias destacam-se as seguintes: teoria negativista; teoria da renúncia e teoria da boa fé.²³⁸

Num primeiro momento, correspondente à fase jurisprudencial, os autores defendiam uma posição negativista.²³⁹ “*Na base [desta posição estava] a afirmação da insegurança que, pela *suppressio*, se poderia instituir; este “lastro conhecido de resistência a*

²³³ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 322.

²³⁴ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 315.

²³⁵ “*Foram, no entanto, as perturbações económicas causadas pela primeira grande guerra (1914-1918) e, sobretudo, pela inflação, que levaram à consagração dogmática definitiva da *suppressio*.*” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 317.

²³⁶ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 318.

²³⁷ “*suppressio* teve, entre nós, uma origem universitária. Todavia, ela foi recuperada, de certo modo por via autónoma, pela nossa jurisprudência” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 325.

²³⁸ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 318.

²³⁹ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 318.

todas as inovações materialmente justas foi de pouca dura, dada a realidade insofismável da consagração jurisprudencial.”²⁴⁰

A fase que se seguiu à fase da teoria negativista foi a fase da teoria da renúncia, que caracterizava a *supprressio* como uma renúncia por parte do titular exercente do direito.²⁴¹ Esta posição foi criticada por implicar uma ficção jurídica de renúncia ao direito. Ora, uma ficção jurídica é a representação de um facto desconhecendo-se se ele existiu na realidade ou não (ficciona-se que aconteceu), tendo a consciência desta incerteza. Por isto, esta teoria levantava inúmeros problemas, pela simples razão que se ficcionava que o titular do direito tinha renunciado a ele quando não se sabia se o tinha feito ou não.

Por último surgiu a teoria da boa fé, que corresponde à atual fase, que reconduz a *supprressio* diretamente para a boa fé.²⁴²

O desenvolvimento autónomo do conceito, por parte da jurisprudência, tal como *supra* se referiu, levou à apresentação de um regime diferenciado e de difícil codificação.²⁴³

4.2.4. TU QUOQUE

A- O conceito

A expressão *tu quoque*, que poderá ser traduzida por “*também tu*”,²⁴⁴ conduz-nos a um princípio que é o princípio da retaliação, segundo o qual alguém deverá fazer mal a quem lhe fez mal.²⁴⁵ Este princípio, exposto desta forma repugna qualquer sentimento de direito e de justiça.

Na realidade, este conceito exprime “*a regra geral pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não pode depois, sem abuso: ou prevalecer-se da situação daí decorrente; ou exercer a posição violada pelo próprio; ou exigir a outrem o acatamento da situação já violada.*”²⁴⁶

²⁴⁰ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 318.

²⁴¹ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 319.

²⁴² CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 320.

²⁴³ “*Na sequência do seu desenvolvimento autónomo, a suppressio acabaria por apresentar um regime diferenciado, de difícil codificação. Tendencialmente, poderíamos afirmar: que todos os direitos ou posições similares lhe estão sujeitos, salvo determinadas exceções; que se exige um certo decurso de tempo sem exercício, tempo esse que varia conforme as circunstâncias; que, além disso, se requerem indícios objectivos de que o direito em causa não será exercido.*” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 321.

²⁴⁴ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 327.

²⁴⁵ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 330.

²⁴⁶ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 327.

B- Teorias explicativas

Este conceito nunca teve grandes desenvolvimentos doutrinários, sendo que “*apenas no último terço do século XX (...) originou análises mais aprofundadas.*”²⁴⁷ Destas análises resultaram várias teorias explicativas, sendo elas, *a retaliação; a regra da integridade; a recusa da proteção jurídica; a compensação de culpas; o recurso ao próprio não direito; os comportamentos contraditórios; a renúncia a sanções; a proporcionalidade contratual.*”²⁴⁸

Para a teoria da retaliação, dever-se-ia “*fazer o mal a quem mal fez.*”²⁴⁹

Segundo a teoria da regra da integridade, dever-se-ia – “*record[ar] o honeste vivere de Ulpiano – o titular exercente faltoso devia ter actuado de modo íntegro.*”²⁵⁰

Para a teoria da recusa da proteção jurídica, “*a pessoa que se coloque [numa situação que fique] fora da ordem jurídica, iniciando uma actuação por conta própria, [da qual] sofre as consequências.*”²⁵¹

Para a teoria da compensação de culpas – “*ou culpa do lesado (...) teria um certo paralelo com o tu quoque: em ambos o prejudicado não pode, de algum modo, ser totalmente ressarcido por estar implicado numa prática: desvalorizada. O paralelo é, no entanto, apenas descritivo pois, enquanto a compensação de culpas se prende com a imputação de um dano, no tu quoque os comportamentos das partes são desencontrados, não se reportando, ambos, ao mesmo dano*”²⁵²

Para a teoria do recurso ao próprio não direito, dever-se-ia recorrer “*à teoria da proporcionalidade contratual como fórmula particularmente apta para solucionar o sentido do tu quoque.*”²⁵³

Para a teoria dos comportamentos contraditórios, “*a contradição não está no comportamento do titular-exercente em si, mas nas bitolas valorativas por ele utilizadas para julgar e julgar-se.*”²⁵⁴

Para a teoria da renúncia a sanções, “*a renúncia a sanções postula, por parte do titular faltoso, a vontade eficaz de prescindir da protecção que o Direito, de outro modo, lhe proporcionaria.*”²⁵⁵

²⁴⁷ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 330.

²⁴⁸ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 330.

²⁴⁹ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 330.

²⁵⁰ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 331.

²⁵¹ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 331.

²⁵² CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 332.

²⁵³ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 334.

²⁵⁴ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 333.

Para a teoria da proporcionalidade contratual, “o titular-exercente excede-se por recorrer às potencialidades regulativas de um contrato que ele próprio já violara.”²⁵⁶

4.2.5. EXERCÍCIO EM Desequilíbrio

A- Caracterização do conceito

O exercício em desequilíbrio caracteriza-se pelo exercício de um direito por uma das partes impondo um sacrifício desproporcional à outra da qual aquele que exerce o direito não retira qualquer vantagem ou retira uma vantagem insignificante, quando comparada com o sacrifício que provocou. O exercício em desequilíbrio corresponde a um conjunto de atuações que, apesar de residual, é extenso, tendo em comum o facto de serem inadmissíveis por serem contrárias à boa fé.²⁵⁷

B- Casos de exercício em desequilíbrio

Os casos típicos de exercício em desequilíbrio podem-se agrupar nas seguintes categorias: casos de exercício danoso inútil; casos de dolo; e casos de desproporção entre a vantagem do titular e o sacrifício por ele imposto a outrem.^{258 259}

Nos casos de exercício danoso inútil, “o titular actua no âmbito formal da permissão normativa que constitui o seu direito. Porém, não retira qualquer benefício pessoal, antes causando um dano considerável a outrem.”^{260 261}

Nos casos de dolo, estamos perante situações em que o titular de um direito exige algo que logo de seguida terá de restituir a que corresponderá o brocardo latino *dolo agit qui petit quod statium redditurus est*.²⁶²

²⁵⁵ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 333.

²⁵⁶ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 335.

²⁵⁷ “O desequilíbrio no exercício corresponde a um tipo extenso e residual de atuações inadmissíveis, por abuso contrário à boa fé. Ele abriga subtipos diversificados: em comum têm o despropósito entre o exercício questionado e os efeitos dele derivados.” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 341.

²⁵⁸ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 341.

²⁵⁹ No direito administrativo, o exercício em desequilíbrio de posições jurídicas, por parte da administração “não é mais do que o exercício desproporcionado da margem de livre decisão” SOUSA, Marcelo Rebelo de, / MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, Tomo I... 1.ª edição, Introdução e Princípios Fundamentais*, Dom Quixote, Lisboa, 2004, P. 215.

²⁶⁰ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 341.

²⁶¹ Constituem também casos de exercício danoso inútil “os comportamentos (...), também ditos chicaneiros ou, quando contemplados pela intenção maldosa de prejudicar, emulativos, provocaram, pela sua desconexão patente com os valores jurídicos, o aparecimento da doutrina do abuso do direito.” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 341.

Nos casos de desproporção entre a vantagem do titular e o sacrifício por ele imposto a outrem, o exercício em desequilíbrio está no facto de a vantagem que decorre desse exercício, para quem o exerce, ser nulo ou diminuto, integrando-se aqui, “*situações como o desencadear de poderes-sanção por faltas insignificantes, a actuação de direitos com lesão intolerável de outras pessoas e o exercício jurídico-subjectivo sem consideração por situações especiais.*”^{263 264}

Sendo reconhecido que o exercício de direito em determinadas circunstâncias constitui abuso, a questão que se coloca é a de saber a partir de que ponto é que o exercício pode ser classificado como sendo em desequilíbrio.²⁶⁵ Temos para nós que o ponto a partir do qual o exercício de um direito é abusivo só poderá ser determinado perante as circunstâncias de cada caso concreto. Em abono da nossa posição, veja-se a diversidade de situações que chegaram aos tribunais e nas quais foi considerado que havia abuso: na Alemanha, o “*OLG Karlsruhe 8-Ago-1972, (...) considerou abusivo o exercício de um direito de retenção sobre coisas totalmente inúteis para o credor, e com fito de utilizar a ameaça de um dano para o devedor como meio de pressão; [o] RG 8-Jun-1942 (...) considerou abusivo o fazer valer de uma servidão de passagem tornada inútil para o titular; [o] LG Kassel 25-MAI-1970, (...) desaprovou, por abuso, a exigência ao locatário, pelo locador, de trabalhos de renovação, tornados inúteis para este, pelas circunstâncias.*”²⁶⁶

No nosso país, veja-se, por exemplo, o caso julgado no STJ em 16-Mar-1995, em que estava em causa o direito de tapagem, onde o titular do direito construiu um muro com uma altura de dois metros e oitenta centímetros, sobre um suporte de terras com um metro e meio de altura. Esta construção retirava a luz solar a uma casa vizinha. Neste caso, o STJ considerou que havia abuso.²⁶⁷

²⁶² “*age com dolo aquele que exige o que deve restituir logo de seguida*” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 344.

²⁶³ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 346.

²⁶⁴ “*Há desencadear de poderes-sanção por faltas insignificantes quando o titular-exercente mova a excepção do contrato não cumprido por uma falha sem relevo de nota na prestação da contraparte, em termos de causar, a esta, um prejuízo ou quando resolva o contrato alegando o seu desrespeito pela outra parte, em termos, também, sem peso.*” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 347.

²⁶⁵ “*parece, pois, haver uma bitola que, transcendendo as simples normas jurídicas, regula, para além delas, o exercício de posições jurídico-subjectivas: essa bitola dita a medida da desproporção tolerável, a partir da qual já há abuso*” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 349.

²⁶⁶ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 343.

²⁶⁷ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 343.

C- Campo de aplicação no direito português

No direito português encontramos espaço para aplicação deste instituto, pelo que, podemos pensar nos seguintes casos:

I- Em matéria de servidões, nos termos do artigo 1569.º, n.º 2 e 3 as servidões constituídas por usucapião serão judicialmente declaradas extintas e as servidões legais sobre as quais tenha havido indemnização, esta será restituída, no todo ou em parte, conforme as circunstâncias. Quer isto dizer que o beneficiário, nestas circunstâncias, não pode invocar o seu anterior direito de servidão;

II - Em matéria de responsabilidade civil, aquando *“o exercício de um direito, [que] sendo abusivo, não possa ser sustado. A sanção do abuso teria de se reportar, então, à responsabilidade civil. A indemnização correspondente, pela conjunção dos artigos 562.º e 566.º/1 a contrario – teoria da diferença e indemnização específica – pode constituir na obrigação, a cargo do titular-exercente, de manter a situação que existiria, se não fosse o abuso. Esta obrigação é, se se quiser, o inverso do próprio abuso. Por isso, a pessoa que insista no exercício abusivo exige o que, depois, terá de restituir, a título de indemnização. A concatenação entre o sistema aperfeiçoado de responsabilidade civil, instituído pelo Código de 1966, e o brocardo *dolo facit qui petit quod statium redditurus est*, permite alargar, de modo considerável, a eficácia do artigo 334.º;”*²⁶⁸

Para além destes casos verifica-se que *“na jurisprudência portuguesa, o desequilíbrio no exercício é hoje usado para corrigir soluções de Direito estrito que se apresentam injustas para os intervenientes. Designadamente: permitindo uma grande vantagem para um deles, à custa do outro e isso sem que se apresente uma especial justificação para tanto. Assim, foi usado o abuso: para enfrentar o problema das preferências em negócios simulados, que permitiriam ao preferente adquirir imóveis por uma pequena fracção do seu valor; para resolver questões de inquilinato e, designadamente as postas pela exigência, aos senhorios, de obras dispendiosas, quando as rendas pagas sejam insignificantes.”*²⁶⁹

Assim, e partindo dos exemplos utilizados, consideramos que este instituto tem o seu campo de aplicação, pelo que, da nossa parte, manifestamos algumas reservas em acompanhar Menezes Cordeiro, quando este Autor afirma que o campo de aplicação

²⁶⁸ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 345.

²⁶⁹ CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 348.

deste instituto é diminuto e que “*constitui um tipo residual de actuações inadmissíveis*”²⁷⁰

²⁷⁰ “*O exercício em desequilíbrio constitui um tipo residual de actuações inadmissíveis onde, como é de esperar, se manifestam, de modo informe, os grandes vectores que concretizam a boa fé e que correspondem a dados básicos do sistema*” CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil...* p. 349.

CAPÍTULO V - CONDUTAS DO LESADO PASSÍVEIS DE SEREM RE- CONDUZIDAS À FIGURA DO ABUSO DE DIREITO

A- Considerações gerais

No ponto anterior recorremos em boa parte a um Autor civilista para expor as diversas figuras em que o abuso de direito se pode manifestar. A nossa escolha para expor estas figuras recaiu sobre Menezes Cordeiro, na medida em que, tal como afirma Marcelo Rebelo de Sousa, “*a densificação [do] princípio [da boa fé inscrito] no CPA [foi] muito influenciada pela construção dogmática emprestada no direito civil por A. Menezes Cordeiro (...), que densifica dois subprincípios concretizadores da boa fé: o princípio da primazia da materialidade subjacente e o princípio da tutela da confiança.*”²⁷¹ No entanto, a área em que nos encontramos a escrever é direito público, pelo que importa analisar se a doutrina e jurisprudência civilista pode ser adotada, ou não, pelo direito público.

O STA teve durante muito tempo uma posição de princípio segundo a qual afirmava que “*o abuso do direito é um instituto de carácter civilístico, que não se coaduna com o princípio da legalidade da actuação-administrativa.*”²⁷² Com o passar do tempo, este tribunal reviu a sua posição e passou a considerar que “*o art.º 334º do Cód. Civil, consagra um princípio geral de direito, aplicável nas relações administrativas, podendo dizer-se que só existe abuso de direito se este for exercido em termos clamorosamente ofensivos da justiça, com manifesto excesso dos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo seu fim económico e social.*”²⁷³

Saudamos esta mudança de posição do STA, na medida em que acompanhamos Paulo Otero quando afirma que “*a boa-fé, tendo as suas raízes no Direito romano, assume-se como um princípio geral de Direito, objecto de reconhecimento pelo Direito Internacional e Europeu, mostrando-se aplicável, igualmente, no domínio administrati-*

²⁷¹ SOUSA, Marcelo Rebelo de, / MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, Tomo I...* P. 214.

²⁷² Ac. do STA, de 02-07-1991, P.º 025814, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/d844a800693dad04802568fc0038ab16?OpenDocument> .

²⁷³ Ac. STA, de 12-11-2009, P.º 0764/08 disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/fda2f3b3c5edc7b1802576730054b7d5?OpenDocument>.

vo, ”²⁷⁴ pelo que consideramos que a figura do abuso de direito é um património comum do direito²⁷⁵, não obstante estar consagrado no CC. Senão vejamos:

I- É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé. A boa fé no direito civil, como já referimos,²⁷⁶ apoia-se nos princípios da tutela da confiança e da materialidade subjacente. No caso do direito público, a boa fé encontra-se prevista no artigo 266.º, n.º 2 da CRP e no artigo 10.º do CPA como um princípio geral de toda a atividade administrativa. Este princípio, tal como muito bem refere o TCAN, “*estabelece dois limites à actividade administrativa pública: 1º - não pode ser frustrada a confiança²⁷⁷ que os particulares interessados razoavelmente criaram a partir da sua conduta anterior (princípio da segurança jurídica como corolário de um Estado de Direito, consagrado no artigo 2º da Constituição da República Portuguesa); 2º - a Administração Pública não deve iniciar o procedimento legalmente previsto para alcançar um certo objectivo diverso do previsto na lei, ainda que de interesse público.*”²⁷⁸

II -A boa fé enquanto conceito que vincula as partes a um agir honesto, correto e leal²⁷⁹ é “*passível de compreender as seguintes ideias básicas: (i) As entidades administrativas e os cidadãos devem ter confiança mútua na previsibilidade dos seus comportamentos e na veracidade das suas declarações; (ii) Ninguém pode tirar vantagem da falsidade de declarações feitas, nem de uma incorreção ou insuficiência da sua parte, assim como da contrariedade imprevisível, e sem justa causa, de comportamentos anteriormente adotados; (iii) Não merece proteção jurídica o exercício de direitos ou interesses, assim como o cumprimento de obrigações, em sentido contrário à boa-fé; (iv)*

²⁷⁴ OTERO, Paulo, *Direito do Procedimento...* pp 194-195.

²⁷⁵ Em matéria de abuso de direito, existem acórdãos dos tribunais superiores administrativos que remetem para acórdãos dos tribunais superiores comuns, como é o caso do Ac. do TCAN, de 14-03-2013, P.º 00702/12.9BEPNF, onde é referido que “*entre os comportamentos que a jurisprudência (e a doutrina) reconduzem à figura do abuso de direito, está o venire contra factum proprium, ou seja, a proibição do comportamento contraditório – cfr. neste sentido, entre muitos, o acórdão do STA, de 23/01/07 (proc. 41000) e os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa e de Guimarães, de 3/3/11 (proc. 535708.7) e de 26/05/04 (proc. 902/04-2), respectivamente.*” Nota: pensamos que o TCAN terá cometido uma imprecisão na identificação do acórdão do TRL. O número do Processo é o 535/08.7TCLRS.L1-2 e não 535708.7, conforme consta naquele acórdão.

²⁷⁶ Ver *supra* nota de rodapé 185.

²⁷⁷ “*Em Portugal, a proteção da confiança em Direito Público encontra-se já claramente formulada no século XVII, goza hoje de fundamento constitucional, por decorrência dos princípios da boa-fé e da segurança jurídica, sendo a sua tutela acolhida e aplicada pelo Tribunal Constitucional e, além de ser garantida pelo Direito da União Europeia, está consagrada expressamente no artigo 10.º, n.º 2 do CPA*” OTERO, Paulo, *Direito do Procedimento...* p. 203.

²⁷⁸ Ac. TCAN, de 23-09-2015, P.º 00275/08.7BEMDL, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/07eb48c28a14239280257eff0058be93?OpenDocument>.

²⁷⁹ OTERO, Paulo, *Direito do Procedimento...* p. 195.

Administração e cidadãos devem abster-se de todas as condutas em que se visem enganar ou induzir em erro entre si.”²⁸⁰

Assim, quer na formulação civilista, quer na formulação publicista, encontramos os seguintes traços dominantes e coincidentes na figura do abuso de direito: uma atuação inicial por uma das partes que gera uma confiança legítima na contraparte, um investimento feito com base nessa confiança e por fim a frustração dessa confiança.

Por tudo isto, como acima referimos, consideramos que a figura do abuso de direito é um património comum do direito. Desta forma, a questão que se coloca é a de se saber se no âmbito das atuações administrativas, o particular pode, em todos os casos e independentemente da sua conduta, invocar que depositou uma confiança legítima na atuação da administração, questão que abordaremos a seguir.

B- Condutas do lesado que constituem abuso de direito

O abuso de direito é uma qualificação jurídica que é feita aos factos praticados, isto é, analisam-se os factos e só depois é que se concluiu se estes são, ou não, abusivos. Sendo estes factos comportamentos humanos e sendo a realidade bem mais rica que a imaginação de qualquer ser humano, não nos é possível imaginar e analisar todos os comportamentos humanos passíveis de serem reconduzidos à figura do abuso de direito.

Para ilustrar o que acabamos de referir, veja-se o número de vezes que os tribunais superiores, quer comuns, quer administrativos, tiveram que analisar a figura do abuso de direito.²⁸¹

Assim, uma vez que não é possível, pelas razões referidas, tratar de forma exaustiva todas as condutas do lesado que constituem abuso de direito, debruçar-nos-emos sobre alguns exemplos.

Começemos por um caso julgado no TAF do Porto do qual houve recurso para o TCAN.²⁸² Neste caso estava em causa a reclamação do pagamento de uma quantia que um magistrado do Ministério Público entendia que tinha direito, por acumulação de funções. A partir de 2002, decorrente de ajustamentos dos serviços do Ministério Públi-

²⁸⁰ OTERO, Paulo, *Direito do Procedimento...* p. 197.

²⁸¹ Até à data de 24 de outubro de 2017, no site www.dgsi.pt, era possível localizar 1644 Acórdãos proferidos pelos tribunais superiores comuns (STJ, TRP, TRG, TRL, TRE e TRC) em que a figura do abuso de direito foi suscitada a que se somam mais 92 Acórdãos na jurisprudência dos tribunais superiores Administrativos (STA, TCAS e TCAN).

²⁸² Ac. TCAN, de 22-05-2015, P.º 02919/11.4BEPRT, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/e7daaf2654609e6980257ed10050d1e4?OpenDocument> .

co ao nível distrital e por forma a baixar as pendências de processos, foram distribuídos a este magistrado processos que, inicialmente, não estavam a seu cargo. Em 2010, oito anos depois, este magistrado entende que aquelas funções preenchem os pressupostos legais fixados para as remunerações suplementares e apresenta um requerimento ao Ministério da Justiça onde pede não só que lhe sejam pagas as remunerações suplementares para futuro, mas que lhe sejam pagas retroativamente desde que iniciou funções.

Neste caso, o TCAN entendeu que havia abuso de direito e negou a pretensão do magistrado com o seguinte fundamento: “*se bem apreendemos, o recorrente [Ministério da Justiça] tem-na [a confiança] por abalada pois passados mais de 8 anos, prosseguindo o serviço, com ‘dormência’ da questão, surpreendentemente o autor [Magistrado do Ministério Público] confronta a estrutura em que está inserido brandindo pretensão a ser remunerado pela acumulação. Não é, hoc sensu, de confiança que se trata. Antes de abuso de direito.*” (...) “*segundo os ditames da boa-fé, esse exercício se torna inesperado, pretendendo benefício não expectável pela sua própria inação, de forma que fere clamorosamente o equilíbrio suposto no instituto.*”

Aqui temos um caso típico em que alguém pretende exercer um direito depois de nada fazer durante muito tempo e depois, de surpresa, invoca esse direito contra a outra parte. Aqui estamos perante um caso claro de *suppressio*.²⁸³

Outro exemplo será o caso em que num prédio constituído em regime de propriedade horizontal, funciona, no rés-do-chão, uma pequena unidade fabril, sem licenciamento. Um dos condóminos, de um andar superior, apresenta queixa à Câmara Municipal por excesso de ruído. O proprietário da unidade fabril inicia o processo de licenciamento que exige um estudo de incomodidade acústica. Para a realização deste estudo, é necessário serem feitas medições dos níveis de intensidade de ruído no interior da habitação do queixoso. Para se efetuarem estas medições, é necessário que o queixoso permita que técnicos acedam ao interior da sua residência. O queixoso recusa que os técnicos acedam ao interior da sua residência para efetuarem as medições necessárias sem as quais não é possível o licenciamento. Mais tarde, o queixoso, na qualidade de contra-interessado no procedimento administrativo em curso, pede o encerramento da unidade fabril. Este exemplo foi retirado de um acórdão do TCAN,²⁸⁴ onde o tribunal concluiu que “*nestas circunstâncias a conduta dos Contra-Interessados constitui um manifesto*

²⁸³ Ver *supra* Capítulo IV, ponto 4.2.3

²⁸⁴ Ac. do TCAN, de 12-07-2013, P.º 02704/07.8BEPRT, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/b124c552052b796e80257bad00567ed5?OpenDocument>

abuso de direito e um venire contra factum proprium, ou seja, dos ditames da boa-fé, ao invocarem a incomodidade sonora da exploração para obterem da edilidade o projecto de ordem de cessação da actividade que alegadamente os incomoda e depois, não permitirem, num segundo momento, que se verifique [se] tinham sido realizadas obras que diminuíssem para limites legalmente permitidos os níveis de ruído. Esta conduta traduz um manifesto desrespeito pelos limites axiológico-materiais do direito, neste caso ao sossego, e uma clamorosa ofensa do sentimento jurídico socialmente dominante, precisamente a situação sancionada pelo artigo 334º do Código Civil.”

Este caso configura um caso clássico de *venire contra factum proprium*.

Outro exemplo ainda, o de um militar que em 1992 transitou da situação de ativo para a situação de reforma, passando a receber pensão de reforma paga pela Caixa Geral de Aposentações. Entretanto, este militar requereu que lhe fosse reconhecida a condição de deficiente das forças armadas, facto que veio a ocorrer em 1995. Por força deste reconhecimento, e em virtude de ter requerido e o quadro legal vigente permitir, em 2000, o militar regressou ao serviço ativo tendo sido considerada a sua passagem à situação de reforma nula e sem qualquer efeito. O exército comunicou à Caixa Geral de Aposentações o regresso do militar ao ativo e para que cessasse o pagamento da pensão de reforma. Simultaneamente, o exército pagou ao militar todas as remunerações desde 1992, como se ele sempre se tivesse mantido ao serviço. Por força disto, a Caixa Geral de Aposentações solicitou ao exército a reposição de todas as quantias que pagou ao militar, a título de pensão de reforma. O exército repôs as quantias à Caixa Geral de Aposentações e de seguida exigiu ao militar que devolvesse as quantias recebidas indevidamente. Perante isto, o militar intenta uma ação judicial, invocando a prescrição do direito do estado de exigir a reposição daquelas quantias, uma vez que já tinham decorrido mais de cinco anos a contar do seu recebimento. Este exemplo foi retirado de um acórdão do TCAN²⁸⁵ onde o tribunal concluiu que se “*assistisse ao agora recorrente «direito» a invocar a prescrição das quantias que lhe foram pagas há cinco anos ou mais, sempre resultaria o seu respetivo exercício em «abuso de direito», porquanto excederia manifestamente os limites impostos pela «boa-fé», e resultaria, sem dúvida, num enriquecimento ilegítimo à custa do erário público, portanto ilegal e injusto”*

Este caso seria reconduzido à figura do *venire contra factum proprium*.

²⁸⁵ Ac. do TCAN, de 11-10-2013, P.º 01070/09.1BEBRG, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/802e2646bdb69c6180257c0b004c3b3b?OpenDocument>

Outro exemplo será o caso de um concorrente que na fase da formação de um contrato ao abrigo do Código dos Contratos Públicos, junta à sua proposta documentos que farão com que o júri a classifique em primeiro lugar²⁸⁶ e conseqüentemente seja adjudicada a sua proposta e celebrado o contrato. Durante a execução do contrato, o contraente público apercebe-se que sem aqueles documentos a proposta não lhe teria sido adjudicada e conseqüentemente não teria outorgado o contrato com aquele concorrente. Com base nisto, o contraente público decide resolver o contrato. O concorrente intenta uma ação pedindo que seja indemnizado pelos danos emergentes e pelos lucros cessantes, invocando que, não obstante o equipamento que usa na prestação do serviço não ser aquele que consta da sua proposta, o que usa tem as características técnicas base exigidas pelo caderno de encargos.

Este mesmo exemplo também pode ser visto na perspectiva contrária, em que o contratante apercebendo-se que o contrato não é tão vantajoso como inicialmente estava à espera invoca o erro em que induziu o júri como causa para por termo ao contrato.

Quer num caso, quer noutra, há abuso de direito na modalidade de *venire contra factum proprium*.

Um outro exemplo será o caso em que a Administração elabora um regulamento cujo objeto é a atribuição de um determinado subsídio. Durante a fase de audiência dos interessados, a administração é alertada para o facto de determinada disposição do projeto de regulamento ser inválida. A administração não atende ao alerta e aprova o regulamento. O particular que fez o alerta, antes de formular o seu pedido de subsídio, expõe a sua situação à Administração questionando-a se tem direito ao subsídio. Esta confirma-lhe, por escrito, que tem direito ao subsídio e ele, em consequência disso, requer-o. Após ter atribuído o subsídio ao particular que a alertou para a invalidade do regulamento e a questionou antes de o requerer, a Administração, invocando aquela invalidade, revoga o regulamento e exige a devolução dos montantes atribuídos ao seu abrigo.

Também aqui há abuso de direito por condutas contraditórias.

Utilizamos os exemplos *supra* de forma a evidenciar que o abuso de direito poderá ocorrer em qualquer das formas de atuação da administração, seja por ato, contrato ou regulamento.

²⁸⁶ Exemplo disto serão os casos em que o objeto do procedimento é a prestação de um serviço e o Caderno de Encargos define como condição que os concorrente possuam determinado equipamento com características base, valorizando equipamentos com desempenhos superiores.

As situações em que a figura do abuso de direito pode ser suscitada é elevado²⁸⁷ pelo que a questão que se coloca é se existirá algum limite ou domínio seguro em que se possa afirmar que uma vez ultrapassado não pode ser invocada a figura do abuso de direito por violação do princípio da boa fé. O ponto de partida na busca da resposta a esta questão, parece-nos que, deverá ser a de saber se a confiança que os particulares depositam nas atuações administrativas tem sempre proteção jurídica.

Segundo a jurisprudência, a resposta a esta questão deve ser negativa, isto é, os particulares, nos casos em que a atuação da administração é estritamente vinculada, não podem fazer um investimento com base nessa confiança se aquela atuação violar a lei. Veja-se a este propósito o seguinte acórdão do TCAN, “*como se escreve em Ac. deste TCAN, de 09-10-2015, proc. n.º 00181/09.8BEMDL, «o abuso do direito é um instituto de carácter civilístico, que não se coaduna com o princípio da legalidade da actuação administrativa, no que respeita ao exercício da actividade estritamente vinculada da administração. A esta, só cumpre, sem qualquer poder de conformação, respeitar as opções normativamente consagradas (cfr. Ac.s do STA, de 02-07-91, rec.º n.º 025814; de 02-03-2004, proc. n.º 0628/02).*

[Mesmo no que toca ao exercício de discricionariade, esse exercício abusivo do poder discricionário não constitui um vício a se, com autonomia e independência em relação aos restantes vícios tipificados na lei e, portanto, susceptível de ser sindicado por si próprio; e, porque assim é, só se pode dizer que a Administração exerceu abusivamente o poder quando daí resulte a violação de qualquer comando legal (cfr. Ac. do STA, Pleno, de 27-02-2008, proc. n.º 0269/02)].”²⁸⁸

Não concordamos com esta posição, pelo seguinte:

É certo que a administração em alguns casos está perante atuações que o quadro legal só permite identificar uma solução como legalmente possível e, numa primeira leitura

²⁸⁷ Ver *supra* nota de rodapé 281. Segundo Paulo Otero “*o abuso de direito surge como verdadeira cláusula residual limitativa de condutas e que compreende um conjunto diversificado de situações dentro da boa-fé, sendo possível recortar as seguintes (...) exceptio doli (...) tu quoque (...) venire contra factum proprium (...) suppressio e surrectio*”, OTERO, Paulo, *Direito do Procedimento...* pp.211- 212. Atendendo ao número de vezes que os tribunais superiores administrativos já tiveram que apreciar questões que envolveram a figura do abuso de direito parece-nos, se bem entendemos a posição deste Autor, quando ele afirma que o abuso de direito surge como uma cláusula geral residual está a referir que o abuso de direito é uma válvula de escape do sistema destinada a impedir situações que de outra forma seriam clamorosamente injustas e não ao número de casos em que comportamentos abusivos podem ocorrer.

²⁸⁸ Ac. TCAN, de 01-07-2016, P.º 00069/16.6BEMDL, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/e57a45ed3da992c780257fff006798b7?OpenDocument>

ra, dir-se-ia que o particular deve conhecer a lei²⁸⁹ e por força disso não é legítimo que invoque a frustração da confiança quando sabe que a administração está a atuar violando a lei.

Se numa primeira leitura parece resultar aquilo que acabamos de referir, numa leitura mais atenta não nos parece que assim seja. Vejamos o seguinte exemplo: a administração pode estar perante um caso em que somente é possível identificar uma solução como legalmente possível e a violação da lei pode ter como consequência apenas que o ato seja anulável. Uma vez que os atos anuláveis produzem efeitos jurídicos (artigo 163.º, n.º 2 do CPA) a administração pode decidir violar a lei praticando um ato com conteúdo diferente do que devia. Podemos ir ainda mais longe e pensar que o particular questionou a administração alertando-a para a violação da lei cometida e pedindo que lhe confirme por escrito²⁹⁰ que é sua intenção manter o ato que praticou.

A isto acresce que, decorrido certo prazo, o ato anulável consolida-se no ordenamento jurídico sendo considerado caso decidido.

Por tudo isto não concordamos com a posição do TCAN, expressa no acórdão acima referido. Em nossa opinião, só perante os casos em que a atuação da administração seja inválida e o vício gerado seja a nulidade é que o particular não pode invocar a frustração da confiança, uma vez que os atos nulos não produzem quaisquer efeitos jurídicos,²⁹¹ independentemente da declaração de nulidade (artigo 162.º, n.º 1 do CPA). Neste mesmo sentido, veja-se o acórdão do STA, de 19-05-2005, em que estava em causa a emissão pela Câmara Municipal de Ovar de um alvará de loteamento de um terreno e a licença de construção de moradias em violação do Plano Diretor Municipal, sendo aqueles atos nulos. Neste caso, o STA, no nosso entender bem, não atendeu à invocação feita pelo lesado de que a ação interposta pelo Magistrado do Ministério Público para declaração da nulidade desses atos constituía abuso de direito.

É este, portanto, o plano que para nós é seguro afirmar que nestes casos o particular não poderá invocar a figura do abuso de direito por violação do princípio da boa fé.

²⁸⁹ “A ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela previstas” Artigo 6.º do CC.

²⁹⁰ De acordo com o princípio da colaboração com os particulares previsto no artigo 11.º, n.º 2 do CPA, “a Administração Pública é responsável pelas informações prestadas por escrito aos particulares, ainda que não obrigatórias.”

²⁹¹ Não obstante, em certos casos, poder produzir efeitos de facto.

C- A aplicação da figura do abuso de direito na jurisprudência administrativa

Tal como *supra* se referiu, o abuso de direito constitui um património comum do direito²⁹² pelo que o que seria expectável era encontrar entre os diversos acórdãos dos tribunais superiores administrativos casos em que tivessem sido invocados os diversos comportamentos típicos abusivos como o *venire contra factum proprium*, as inalegabilidades formais, o *suppressio* e *surrectio*, o *tu quoque* e o exercício em desequilíbrio. Ora, analisada a jurisprudência dos tribunais superiores onde a figura do abuso de direito foi suscitada²⁹³ constata-se que assim não é. Aquilo que se verifica é que os tribunais se ficam pela “*manifestação mais clara desse abuso, [que] é a conduta contraditória do “venire contra factum proprium”, em combinação com o princípio da tutela da confiança, isto é, a inadmissibilidade da pretensão de exercer um direito quando, com isso, o seu titular entra em contradição com a sua conduta anterior, e por ser uma exigência de lealdade.*”²⁹⁴

Temos para nós que isto se deve ao facto de comparativamente com a jurisdição comum, só recentemente é que os tribunais administrativos se viram confrontados com esta realidade, adotando, ainda, uma postura conservadora. No entanto, sendo a figura do abuso de direito um património comum do direito e estando já suficientemente estudada e estabilizada, não vemos razão para que a jurisprudência administrativa se mostre tão reticente e não acolha, ainda, a figura na sua plenitude.

²⁹² Ver *supra* Capítulo V- A.

²⁹³ Ver *supra* nota de rodapé 281.

²⁹⁴ Ac. STA, de 27-10-2004, P.º 01214/02, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/0918b3ae0ab093ca80256f4300548ce9?OpenDocument>

CAPÍTULO VI - O ABUSO DO DIREITO COMO ELEMENTO CORRECTOR DAS INSUFICIÊNCIAS DO INSTITUTO DA CULPA DO LESADO ESSENCIAL PARA UMA REPARAÇÃO JUSTA

A- Considerações gerais

O artigo 4.º do RRCEE, estabelece que *“quando o comportamento culposo do lesado tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, designadamente por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.”*

Esta disposição suscita-nos a seguinte questão, se o tribunal concluir que o lesado contribuiu de forma culposa para a produção dos danos pode-se dispensar de analisar a figura do abuso de direito, ou seja, a decisão do tribunal será a mesma consoante seja proferida antes ou depois de analisar a figura do abuso de direito.

Acompanhamos a posição de Carla Amado Gomes e Miguel Raimundo²⁹⁵ de que o tribunal deve fazer um percurso metodológico começando pela verificação da reunião dos pressupostos de que depende a responsabilidade civil extracontratual e depois passar à análise da conduta do lesado. No entanto parece-nos que a resposta a esta questão é diferente, consoante o tribunal decida antes de apreciar o abuso de direito ou após ter feito esta análise. Assim, debruçar-nos-emos de seguida sobre o mesmo exemplo, no sentido de perceber qual o contributo que a figura do abuso de direito traz para que a solução seja mais justa.

B- A solução de um caso onde é analisada somente a conduta culposa do lesado

Nos casos em que o tribunal conclui que o lesado contribuiu de forma culposa para a produção dos danos e decide atribuir-lhe a totalidade ou parte da indemnização, se se limitar a apreciar somente a culpa do lesado, poderá não estar a proferir uma decisão justa.²⁹⁶ Senão vejamos:

Numa ação de responsabilidade civil extracontratual, o apuramento da culpa do lesado será feito pelo tribunal implicando uma operação lógica em dois tempos,²⁹⁷ onde, num primeiro momento, serão analisados os pressupostos da responsabilidade civil e, se

²⁹⁵ Ver *supra* nota de rodapé 176.

²⁹⁶ Ver *supra* nota de rodapé 36.

²⁹⁷ Ver *supra* Capítulo I, ponto 1.5 e nota de rodapé 143.

estiverem preenchidos, passa-se a um segundo momento, onde será analisada a conduta do lesado.

O tribunal após esta operação pode concluir que o lesado contribuiu para o dano e, mesmo assim, decidir que este tem direito a ser indemnizado. No entanto, existem casos em que se isto acontecer o tribunal estará a atribuir uma indemnização ao lesado quando este não tem direito a ela. Retomemos ao exemplo *supra* referido do Magistrado do Ministério público que após vários anos a desempenhar funções dirige um requerimento ao Ministério da Justiça a pedir que lhe fossem pagas as remunerações correspondentes àquela prestação de trabalho.

Neste caso, se o tribunal atendesse somente à conduta do Magistrado, podia concluir que este teria eventualmente direito a receber, se não a totalidade, pelo menos parte das remunerações. Neste caso, o tribunal não estava a fazer uma reparação justa na medida em que atrás da conduta do lesado havia abuso de direito.

É por isto que nos parece que o recurso somente à culpa do lesado para determinar o *quantum* indemnizatório, em matéria de responsabilidade civil extracontratual do estado, é insuficiente.

C- A solução de um caso onde para além da análise à conduta culposa do lesado é analisada também a figura do abuso de direito

Retomando o caso do Magistrado que vimos a acompanhar, o tribunal concluiu que não lhe assistia o direito a receber qualquer remuneração pelo trabalho realizado, por força da aplicação da figura do abuso de direito. Quer isto dizer que a solução justa só foi possível ser alcançada, porque o tribunal não parou a sua análise na conduta culposa do Magistrado e foi mais além.

Ora, concluindo-se que o tribunal alcançou uma solução justa para este caso, a questão que se coloca é a de saber se o tribunal está obrigado a conhecer destas questões *ex officio* ou se terá de ser alegado pelas partes.

Em termos processuais, cabe ao autor expor os factos essenciais que constituem a causa de pedir e as razões de direito que servem de fundamento à ação (artigo 78.º, n.º 2, al. f) do CPTA), ao passo que ao demandado cabe-lhe expor os factos essenciais em que se baseiam as exceções deduzidas (artigo 83.º, n.º 1, al. c) do CPTA).

O juiz, por aplicação do princípio *iura novit curia*, não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito (artigo 5.º, n.º 3 do CPC), ou seja, cabe-lhe a ele interpretar e aplicar o direito.

Do que precede, resulta que ao demandado compete-lhe invocar os factos que no seu entender configuram abuso de direito e ao tribunal, uma vez conhecidos estes factos, compete-lhe subsumi-los à norma constante no artigo 334.º, do CC, ou seja, se o lesado está ou não a agir em abuso de direito. Assim, cabe ao demandado alegar os factos, mas o abuso de direito é de conhecimento oficioso pelo tribunal. Aliás, é de conhecimento oficioso em qualquer instância, tal como *“tem vindo a ser reconhecido, uniformemente a nível do Supremo Tribunal de Justiça, nas últimas décadas.”*²⁹⁸

Por tudo isto, consideramos que os tribunais só poderão atribuir indemnizações, em matéria de responsabilidade civil extracontratual do estado, seja ela total ou parcial, com base no artigo 4.º do RRCEE, depois de concluírem, face aos elementos constantes no processo, que o lesado não está a atuar de forma abusiva. Caso contrário, a reparação não será justa e atrás da conduta culposa do lesado estará o abuso de direito.

²⁹⁸ Ac. STA, de 16-01-2008, P.º 0853/07, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/f8b70b12ed9bf417802573db0036ed04?OpenDocument> .

CONCLUSÕES

Do que acima se expôs, extraímos as seguintes conclusões:

1. O instituto da culpa do lesado teve origem no direito romano, tendo sido introduzido no nosso ordenamento jurídico, no domínio do direito civil, pelo Código de Seabra;
2. No Código de Seabra, o instituto da culpa do lesado tinha natureza subjetiva.
3. No atual Código Civil, o instituto da culpa do lesado tem a natureza de um sistema misto que conjuga a medida da culpa e o *quantum* indemnizatório, intermediados pela proporcionalidade;
4. Em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado, a culpa do lesado foi expressamente consagrada pela primeira vez em 1967, com a aprovação do DL n.º 48051, de 21 de novembro;
5. A culpa do lesado não trata de uma relação da pessoa consigo própria, mas sim de uma relação do lesante com o lesado, donde resulta, devido a uma conduta do lesado, que o lesante não fica obrigado a reparar danos que não sejam nem resultem da sua atuação danosa;
6. O regime da responsabilidade consagrado no artigo 487.º do Código Civil, traduz uma responsabilidade subjetiva na medida em que assenta na culpa do agente;
7. Em matéria de culpa do lesado, o regime de responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (artigo 4.º) tem especificidades face ao artigo 570.º do Código Civil;
8. O atual artigo 4.º do RRCEE, consagra a tese substancialista, ao atender à culpa do lesado somente para efeitos de determinação do *quantum* indemnizatório;
9. Os pressupostos que constituem o lesante na obrigatoriedade de reparar os danos que provocou ao lesado são os pressupostos da responsabilidade civil;
10. No direito público, por força do princípio da legalidade, não é rigoroso falar-se em ilicitude como pressuposto de responsabilidade civil, mas antes de ilegalidade;
11. Nem todas as ilegalidades são aptas a gerar responsabilidade civil. Só as ilegalidades que tenham uma determinada gravidade, das quais resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos e cuja administração não pudesse re-

- novar o ato com o mesmo conteúdo, é que são aptas a preencherem o pressuposto a que se refere o artigo 9.º do RRCEE;
12. A culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes é 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;
 13. Nos casos em que os titulares de órgãos, funcionários e agentes atuam com dolo ou culpa grave respondem exclusivamente pelos danos provocados, respondendo o Estado somente a título solidário e, quando for chamado a satisfazer alguma indemnização neste âmbito, goza do direito de regresso;
 14. Nos casos em que os titulares de órgãos, funcionários e agentes atuam com mera culpa ou culpa leve o Estado responde exclusivamente pelos danos;
 15. O conceito de dano, para efeitos de responsabilidade civil administrativa, abrange danos emergentes, lucros cessantes, danos presentes, danos futuros, danos patrimoniais e danos morais;
 16. Pode haver lugar a indemnização por perda de chance, sobretudo no âmbito dos contratos públicos;
 17. A regra na reparação dos danos é a reparação *in natura*, sendo a reparação em dinheiro subsidiária, quando for impossível ou desproporcionada a reparação *in natura*;
 18. Na reparação em dinheiro, o *quantum* indemnizatório apura-se recorrendo à teoria da diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser apurada, e a que teria nessa data se não existissem danos, ou seja, a sua situação atual hipotética;
 19. A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão;
 20. Para determinação da culpa do lesado não deverá ser adotado, para todos os casos, nem o critério subjetivo, nem o critério objetivo puros, antes devem ser as circunstâncias do caso concreto a ditar qual o critério a utilizar, ou seja, sempre que o lesado tiver capacidade para, autonomamente e por si, dispor dos seus direitos, a culpa do lesado deve ser avaliada segundo um critério subjetivo. Em todos os outros casos o critério a adotar deve ser o critério da noção abstrata de culpa, ou seja, o critério da culpa objetiva;
 21. O desaparecimento da obrigatoriedade de impugnação prévia do ato lesivo do anterior RRCEE e a possibilidade de o lesado intentar ações de responsabilidade

- civil extracontratual quando os atos já se tornaram inimpugnáveis, trouxe novas questões para os tribunais administrativos relacionadas com o abuso de direito;
22. Constitui abuso de direito o exercício ilícito de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito;
 23. As condutas que constituem abuso de direito podem ser reconduzidas às figuras de *venire contra factum proprium*, inalegabilidades formais, *suppressio* e *sur-rectio, tu quoque* e ao exercício em desequilíbrio;
 24. O instituto do abuso de direito previsto no artigo 334º do Código Civil, consagra um princípio geral de direito que é aplicável nas relações jurídico-administrativas;
 25. Só perante atos nulos da administração é que os particulares não podem invocar a frustração da confiança;
 26. O tribunal deve fazer um percurso metodológico começando pela verificação da reunião dos pressupostos de que depende a responsabilidade civil extracontratual, depois passar à análise da conduta do lesado e por último apreciar se a conduta do lesado não constituiu abuso de direito;
 27. O abuso de direito é de conhecimento oficioso em qualquer instância judicial;

BIBLIOGRAFIA

I - DOCTRINA

- ALMEIDA, Mário Aroso de, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Publicas*, org. Rui Medeiros, - Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 240-262
- ALMEIDA, Mário Aroso de/CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.^a Ed, Almedina, Coimbra, 2017
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra. 2012
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Responsabilidade Civil Extracontratual – Novas Perspetivas em Matéria de Nexo de Causalidade*, Princípa, Cascais, 2014
- CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Publicas*, Anotado, 2.^a edição, Coimbra Editora, Lisboa 2011
- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.^a Edição, Almedina, Coimbra, 1984
- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 10.^a Edição, Almedina, Coimbra, 1983
- CALDEIRA, Marco in *O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência*, Coord. Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão, AAFDL, Lisboa, 2017, pp. 295-345
- CALVÃO, Filipa, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Publicas*, org. Rui Medeiros, - Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 106-111

- CARVALHO, Raquel, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, org. Rui Medeiros, - Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 112-133
- CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, I Parte Geral, Tomo IV, Almedina, Coimbra, 2005
- CORTEZ, Margarida, *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000
- EGÍDIO, Mariana Melo, *Presunção de culpa de autarquia local por omissão de dever de vigilância*, in *Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas - Anotações de Jurisprudência*, Coord Carla Amado Gomes e Tiago Serrão, ICJP, Lisboa 2013, pp.117-140
- EIRÓ, Vera, *A perda de chance na responsabilidade extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas públicas in Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Coord Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo, ICJP, Lisboa 2013, disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/respcivil_ebook_completo_rev2.pdf, pp.49-67
- GARCIA, António Dias, *Da Responsabilidade Civil Objectiva do Estado e Demais Entidades Públicas*, in *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, coordenação Fausto Quadros, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2004, pp.191-217
- GOMES, Carla Amado, em Co-autoria com Miguel Raimundo, *Topicamente e a quatro mãos... - Sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas* in *Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, AAFDL, Lisboa, 2010, pp. 235-264
- GOMES, Carla Amado, *A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Por Facto Ilícito*, in, *Três Textos Sobre O Novo Regime da Responsabi-*

- lidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, AAFDL, Lisboa, 2008
- GOMES, Carla Amado, *Nota breve sobre a tendência de objectivização da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas no regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*, disponível em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/cej-responsabilidade-2.pdf>, Lisboa, 2013
- GOMES, Carla Amado, *Textos dispersos sobre direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, AAFDL, Lisboa, 2010
- GOMES, Manuel da Silva, *Diligência Processual e RRCEEP: a quanto obriga?*, in *Responsabilidade Civil Extracontratual Das Entidades Públicas, Anotações de Jurisprudência*, Coord Carla Amado Gomes e Tiago Serrão, Instituto de Ciências Jurídico Políticas, 2013, pp. 83-97
- LEITÃO, Alexandra, *Ilicitude e presunções de culpa na responsabilidade pelo exercício da função administrativa*, in *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Instituto de Ciências Jurídico Políticas, Coordenação, Carla Amado Gomes / Miguel Assis Raimundo, 2013, disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/respcivil_ebook_completo_rev2.pdf, pp. 9-21
- LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.^a Ed., Reimp., Coimbra, Coimbra 2011
- MEDEIROS, Rui / MARTINS, Patrícia Fragoso, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, org. Rui Medeiros, - Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 182-216
- MEDEIROS, Rui, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, org. Rui Medeiros, - Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 134-165

- OLIVEIRA, Pedro Esteves de/GONÇALVES, Pedro Costa / AMORIM, João Pacheco de, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.^a Edição, 8.^a Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2010
- OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública, O Sentido da Vinculação da Administração à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003
- OTERO, Paulo, *Direito do Procedimento Administrativo*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2016
- PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Reimp., Almedina, Coimbra, 2007
- RAIMUNDO, Miguel Assis, *Concurso de imputações por actos de diferentes funções do Estado*, in *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Coord Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo, ICJP, Lisboa 2013, disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/respcivil_ebook_completo_rev2.pdf, pp. 23-48
- SOUSA, Marcelo Rebelo de, / MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, Tomo I, 1.^a edição, Introdução e Princípios Fundamentais*, Dom Quixote, Lisboa, 2004
- SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, Tomo III, 2.^a Edição*, reimp, Alfragide: D. Quixote, 2010
- VARELA, J.M Antunes, *Das Obrigações em Geral*, I Vol., 10.^a Ed. Almedina, Coimbra, 2000
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2008
- VAZ, Manuel Afonso/BOTELHO, Catarina Santos, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, org. Rui Medeiros, - Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, pp. 29-52

Revistas Científicas

- ANDRADE, J. C. Vieira de, *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos*, in Revista de legislação e de jurisprudência, Coimbra, (Jul.-Ago.2008), p.363
- BARRA, Tiago Viana, *A Responsabilidade Civil Administrativa do Estado*, Revista da Ordem dos Advogados, n.º 71 (Jan-Mar 2011), Lisboa, 2011, p. 139
- GOMES, Carla Amado, *A culpa (ou conduta) do lesado: reflexões sobre um instituto aberto*, Revista do Ministério Público, 2014, n.º 139 (jul-set), p.12
- QUEIRÓ, Afonso, *Anotação ao acórdão do STA de 14 de Outubro de 1986*, in Revista de legislação e Jurisprudência, ano 120º, n.º 3763, págs. 307-310

II – JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

- ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção), de 14 de Outubro de 2004, Processo n.º C-275/03, disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d68afcb0ac719242e0b946868707410903.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMch10?text=&docid=49215&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=766596>
- ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção), de 10 de Janeiro de 2008, Processo C-70/06, disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=69544&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=766968>

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

- Acórdão de 29-01-1991, Processo 028505, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b64b27c435e570ab802568fc0037e3cd?OpenDocument>
- Acórdão de 29-05-1991, Processo 027891, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/15caaad7ce682d29802568fc0037e976?OpenDocument>
- Acórdão de 02-07-1991, Processo 025814. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/d844a800693dad04802568fc0038ab16?OpenDocument>
- Acórdão de 28-04-1994, Processo 033235, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/6a51863757a8916f802568fc00394748?OpenDocument>
- Acórdão de 27-02-1996, Processo 023058, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/d40e44a0617c44a1802568fc00394a60?OpenDocument>
- Acórdão de 25-06-1998, Processo 043756, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/297a9aa8db73a1d5802569f200350c46?OpenDocument>
- Acórdão de 02-07-1998, Processo 043136, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/96935eb5fe82c041802568fc0039c159?OpenDocument>
- Acórdão de 13-10-1998, Processo 043138, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b641fc6d5a29115f802568fc0039f3f4?OpenDocument>
- Acórdão de 05-11-1998, Processo 039308, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/ff70c320ec91c0df802568fc0039c20a?OpenDocument>
- Acórdão de 06-03-2002, Processo 048155, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/efdebd377b767c2480256b8f005142d4?OpenDocument>

- Acórdão de 06-03-2002, Processo 048155, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/efdebd377b767c2480256b8f005142d4?OpenDocument>
- Acórdão de 06-03-2002, Processo 048155, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/efdebd377b767c2480256b8f005142d4?OpenDocument>
- Acórdão de 27-10-2004, Processo 01214/02, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/0918b3ae0ab093ca80256f4300548ce9?OpenDocument>
- Acórdão de 01-07-1997, Processo 41588, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/ead1a32b084316e0802568fc003988de?OpenDocument>
- Acórdão de 25/01/2005, Processo 01116/04, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/37cfa9aeb73b5fd780256fa30055481c?OpenDocument>
- Acórdão de 03-11-2005, Processo 01028/04, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/c68a33e43f45ad46802570b40043b802?OpenDocument>
- Acórdão de 23-01-2007, Processo 041000, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/fa860729a1e52b708025727a0051fbf9?OpenDocument>
- Acórdão de 16-01-2008, Processo 0853/07, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/f8b70b12ed9bf417802573db0036ed04?OpenDocument>
- Acórdão de 25-02-2009, Processo 047472A, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a7e1b538dd297cf680257570004f4bca?OpenDocument>
- Acórdão de 30-09-2009, Processo 0634/09, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b10791d939862a16802576480037f174?OpenDocument>

- Acórdão de 12-11-2009, Processo 0764/08, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/fda2f3b3c5edc7b1802576730054b7d5?OpenDocument>
- Acórdão de 23-02-2012, Processo 01008/11, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/5bd1ae567dad34a8802579bf004ea100?OpenDocument&Highlight=0,01008%2F11>
- Acórdão de 26-04-2012, Processo 094/12, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/77e3e0b415513d3f802579f9004ff365?OpenDocument>

TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL

- Acórdão de 14-12-2011, Processo 07175/11, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/37d262717d48c6158025796c005d1abb?OpenDocument>
- Acórdão de 18-10-2012, do CA, Processo 02459/07, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/173c5d172abc2a380257aa10047e026?OpenDocument>

TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO NORTE

- Acórdão de 13-01-2012, Processo 00073/05.0BEMDL-A, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/3d463cf48e4db080802579890037c038?OpenDocument>
- Acórdão de 14-03-2013, Processo 00702/12.9BEPNF, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/7994acc7bbf5140080257ba30036c31d?OpenDocument>
- Acórdão de 12-07-2013, Processo 02704/07.8BEPRT, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/b124c552052b796e80257bad00567ed5?OpenDocument>

- Acórdão de 11-10-2013, Processo 01070/09.1BEBRG, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/802e2646bd69c6180257c0b004c3b3b?OpenDocument>
- Acórdão de 22-05-2015, Processo 02919/11.4BEPRT, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/e7daaf2654609e6980257ed10050d1e4?OpenDocument>
- Acórdão de 23-09-2015, Processo 00275/08.7BEMDL, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/07eb48c28a14239280257eff0058be93?OpenDocument>
- Acórdão de 01-07-2016, Processo 00069/16.6BEMDL, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/e57a45ed3da992c780257fff006798b7?OpenDocument>

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Ac. STJ de 29 de abril de 2010, P.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6445e7dfde69fef280257715003ab427?OpenDocument>
- Ac. STJ de 29 de abril de 2010, P.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6445e7dfde69fef280257715003ab427?OpenDocument>
- Ac do STJ, de 06-03-2002, P.º 048155, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/efdebd377b767c2480256b8f005142d4?OpenDocument>

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

- Acórdão de 26-05-2004, Processo 902/04-2, disponível em
<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/545851661093de2280256eb9004b531f?OpenDocument>

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- Acórdão de 27-06-2006, Processo 4322/2006-1, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8a2ec3883951e81180257225004fdaaa?OpenDocument>
- Acórdão de 03-03-2011, Processo 535/08.7, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f3a78d6d69c3644c80257864004fa397?OpenDocument>