

# **Duas questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (f)actos ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa: da responsabilidade civil à responsabilidade pública. Ilicitude e presunção de culpa\***

Alexandra Leitão\*

Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

## **1. A responsabilidade extracontratual pelo exercício da função administrativa como responsabilidade pública (e não civil)**

A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro<sup>1</sup> (adiante designada abreviadamente “RREE”), aprova o “*regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*”. Esta designação comporta, desde logo, dois equívocos.

O primeiro equívoco é que o RREE não trata, em rigor, da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas, mas sim da responsabilidade por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa (n.º 1 do artigo 1.º). Ora, se é verdade que a função legislativa apenas está cometida ao Estado, o mesmo não se pode dizer da função jurisdicional, no âmbito da qual existem também os tribunais arbitrais<sup>2</sup>, nem da função administrativa, cujo exercício está, cada vez mais, entregue a privados.

Efectivamente, quer se trate de entidades públicas sob forma privada<sup>3</sup> – fundações e associações de criação pública e regime privado ou empresas públicas constituídas sob a forma comercial -, quer de verdadeiros particulares, o RREE aplica-se-lhes quando

---

\* Texto entregue em Outubro de 2011, razão pela qual não respeita as regras do acordo ortográfico.

\* Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

<sup>1</sup> Alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho.

<sup>2</sup> Sobre esta matéria, v. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, 2005, págs. 560 e seguintes

<sup>3</sup> A propósito da natureza pública destas entidades, independentemente da forma adoptada, v. ALEXANDRA LEITÃO, *Da Admissibilidade de Pessoas Colectivas de Iniciativa Pública Beneficiarem do Estatuto de Utilidade Pública*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, obra colectiva, Coimbra, 2010, págs. 11 e seguintes e *Contratos Interadministrativos*, Coimbra, 2011, págs. 32 e seguintes.

estejam em causa “*acções ou omissões que adoptem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo*” (artigo 1.º, n.º 5, *in fine*).

Isto significa que o actual RREE adopta um conceito funcional de administração pública<sup>4</sup> - que, aliás, acompanho -, recusando o critério orgânico, apesar de o mesmo estar implícito na designação adoptada pela própria lei. A explicação encontra-se, provavelmente, na tradição histórica, uma vez que essa era a designação adoptada na Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967.

O segundo equívoco prende-se com a utilização da expressão “responsabilidade civil”, que merece crítica, na medida em que o regime consagrado no RREE é um regime *público*, diferente do regime civil de responsabilidade, que se justifica não só por razões de ordem prática, mas também de ordem dogmática e valorativa.

É verdade que a designação “civil” visa distinguir este tipo de responsabilidade da responsabilidade política, criminal e disciplinar<sup>5</sup>. Mas, sendo assim, pode usar-se a expressão “responsabilidade patrimonial”, como acontece em Espanha<sup>6</sup>. A expressão “patrimonial” significa que a Administração responde com o seu património e não que apenas os danos patrimoniais sofridos pelos lesados são ressarcidos<sup>7</sup>.

Por outro lado, pode dizer-se que o conceito de responsabilidade civil não é uma figura do direito civil, mas de direito comum, entendido este como um conjunto de princípios, regras e institutos que são comuns a todos os ramos do Direito, público e privado. Não enjeito este entendimento. Contudo, a qualificação da responsabilidade pelo exercício da função administrativa como uma responsabilidade civil remete inexoravelmente o intérprete para o pressuposto de que o regime civilista é a matriz e que o regime público mais não é do que um conjunto de especificidades e adaptações a partir dessa matriz. E este entendimento é que é de rejeitar liminarmente.

Vejamos as razões para essa rejeição.

---

<sup>4</sup> Neste sentido, CARLOS CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra, 2008, pág. 35.

<sup>5</sup> Como salientam MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª edição, Lisboa, 2009, pág. 477.

<sup>6</sup> V., por todos, JAVIER JIMÉNEZ LECHUGA, *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho Español*, Madrid, 1999.

<sup>7</sup> Agradeço o reparo certo que a Professora Doutora Carla Amado Gomes me dirigiu sobre este aspecto num colóquio realizado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, subordinado ao tema da responsabilidade extracontratual pelo exercício das funções legislativa, jurisdicional e administrativa, em 19 de Outubro de 2011, e que me permite fazer aqui esta necessária precisão.

Por um lado, o direito civil não é o direito comum a todos os ramos do Direito. Pelo contrário, o direito administrativo é o *direito comum da função administrativa*<sup>8</sup> e não um *direito excepcional* relativamente ao direito civil. Por isso mesmo, as lacunas existentes na lei administrativa são integradas com recurso aos casos análogos de direito administrativo, aos princípios gerais do direito administrativo e, depois, aos princípios gerais do Direito<sup>9</sup> e as remissões para o direito privado devem ser sistemática e teleologicamente integradas, à luz do direito comum da função administrativa<sup>10</sup>.

Por outro lado, no que respeita especificamente ao instituto da responsabilidade, a existência de um regime público de responsabilidade justifica-se, como salienta MIGUEL RAIMUNDO, quer de um ponto de vista valorativo, pelas vinculações específicas do universo jurídico-público, quer de um ponto de vista técnico, pela necessidade de haver regras específicas decorrentes da aplicação do direito administrativo<sup>11</sup>.

Ora, como refere VIEIRA DE ANDRADE<sup>12</sup>, o regime da responsabilidade é civil do lado do cidadão que é indemnizado, ou seja, do lado passivo, mas não do lado activo – da actuação lesiva.

Para justificar a autonomia do regime público da responsabilidade é preciso, assim, demonstrá-lo de uma perspectiva axiológica, bem como salientando a existência de um conjunto de aspectos técnico-jurídicos específicos da responsabilidade pelo exercício da função administrativa que não se coadunam com a lógica da responsabilidade civil.

Mais: a autonomia axiológica e dogmática verifica-se não só quando a Administração actua ao abrigo do direito administrativo, mas também quando – supostamente – actua sob a égide do direito privado. E esta afirmação carece, por sua vez, de uma demonstração acrescida.

É esta a tarefa que me proponho realizar nas páginas seguintes.

---

<sup>8</sup> Neste sentido, v. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 2.ª edição, Lisboa, 2006, pág. 53 e FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume I, 3.ª edição, Coimbra, 2006, pág.153.

<sup>9</sup> V. FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, págs. 152 e 153.

<sup>10</sup> V. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito..., cit.*, Tomo I, pág. 86.

<sup>11</sup> Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Responsabilidade de Entidades Privadas Submetidas ao Regime da Responsabilidade Pública*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 88, 2011, pág. 24.

<sup>12</sup> VIEIRA DE ANDRADE, *Panorama Geral do Direito da Responsabilidade “Civil”*, in *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*, Madrid, 1999, pág. 40.

A Administração rege-se sempre pelo princípio da legalidade, entendido enquanto preferência de lei e reserva de lei<sup>13</sup>, constituindo o bloco de legalidade o fundamento e o limite de toda a actuação administrativa. Por outro lado, qualquer actuação administrativa tem, necessariamente, como objectivo a prossecução do interesse público.

Os princípios da legalidade e da prossecução do interesse público conferem, assim, o enquadramento axiológico que justifica a existência de uma responsabilidade pública pelo exercício da função administrativa.

Como salientam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a própria localização do instituto da responsabilidade pública em sede constitucional, no artigo 22.º da CRP, “*significa que ele não transporta apenas uma lógica indemnizatória-ressarcitória decalcada da responsabilidade do direito civil*”, antes é um princípio estruturante do Estado de Direito<sup>14</sup>. No entanto, o artigo 22.º tem também um alcance subjectivo e é uma norma directamente aplicável, consagrando um direito fundamental à reparação dos danos, sem prejuízo da margem de densificação deixada ao legislador ordinário<sup>15</sup>.

O facto de os particulares actuarem no exercício da sua liberdade, e a Administração de acordo com o princípio da competência significa que esta incorre em responsabilidade não só quando viole a lei, mas também quando actue sem título habilitante<sup>16</sup>. Por outro lado, sendo a função administrativa pré-determinada legalmente, verifica-se uma tendência para a objectivização da responsabilidade decorrente do exercício da mesma, patente na assimilação do conceito de ilegalidade ao de ilicitude e na consagração de presunções de culpa (artigos 9.º e 10.º do RREE).

Estes dois princípios – da legalidade e da prossecução do interesse público – estão presentes mesmo quando a Administração actua sob a égide do direito privado, desde logo porque as entidades administrativas não se podem eximir às vinculações jurídico-públicas decorrentes da especial natureza da função que desempenham. Trata-se de uma matéria assaz debatida e tratada na doutrina nacional e estrangeira<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> V., por todos, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito... cit.*, Tomo I, 2.ª edição, Lisboa, 2006, págs. 161 e seguintes e 164 e seguintes.

<sup>14</sup> V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição, Coimbra, 2007, pág. 425.

<sup>15</sup> V. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, 2010, pág. 480.

<sup>16</sup> Como refere ESTÊVÃO NASCIMENTO DA CUNHA, *Ilegalidade Externa do Acto Administrativo e Responsabilidade Civil da Administração*, Coimbra, 2010, págs. 150 e 151.

<sup>17</sup> V., por todos, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado*, Coimbra, 1996, em especial, as págs. 167 e seguintes. V. também SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho*

Apesar de o RREE ter abandonado, pelo menos expressamente, a dicotomia entre gestão pública e gestão privada, a verdade é que a mesma continua a estar subjacente à solução adoptada naquele regime jurídico<sup>18</sup>.

O n.º 2 do artigo 1.º do RREE determina que “*correspondem ao exercício da função administrativa as acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo*”, definição que é retomada no n.º 5 do mesmo preceito para determinar as situações em que o RREE se aplica às pessoas colectivas de direito privado.

Este critério merece algumas críticas.

Em primeiro lugar, ao reduzir a função administrativa às situações em que se utiliza prerrogativas do poder público, o legislador parece esquecer que a Administração moderna não é apenas uma Administração agressiva e autoritária, desempenhando também tarefas de prestação<sup>19</sup>. A Administração de prestação actua muitas vezes despida de poderes de autoridade, o que é patente, por exemplo, na adopção de modelos consensuais de actuação administrativa.

O conceito de prerrogativas públicas está, a meu ver, ultrapassado e é redutor, porquanto não permite abarcar um amplo conjunto de tarefas públicas que se integram ainda, inquestionavelmente, no exercício da função administrativa.

Aliás, parece que o próprio legislador considerou que esse conceito ficava aquém do pretendido, razão pela qual incluiu no âmbito da função administrativa também as acções e omissões “*...reguladas por disposições de direito administrativo*” (parte final dos números 2 e 5 do artigo 1.º do RREE).

Os requisitos – utilização de prerrogativas de poder público e regulação por disposições de direito administrativo – não podem deixar de se considerar alternativos<sup>20</sup>.

*Administrativo Privado*, Madrid, 1996, RICARDO RIVERO ORTEGA, *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Madrid, 1998. V. também, de varios Autores, *Derecho Público y Derecho Privado en la Actuación de la Administración Pública*, obra colectiva, Madrid, 1999 e *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, obra colectiva, Coimbra, 2001, entre muitos outros.

<sup>18</sup> Neste sentido, v. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *op. cit.*, pág. 27, VIEIRA DE ANDRADE, *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 Jurisprudência*, n.º 3951, pág. 360, CARLA AMADO GOMES, *A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração por Facto Ilícito. Reflexões Avulsas sobre o Novo Regime da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro*, in *Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, Lisboa, 2010, pág. 52 e CARLOS CADILHA, *op. cit.*, pág. 28.

<sup>19</sup> Sobre a Administração Pública de prestação e a “*falência dos modelos autoritários de acto administrativo*”, v., por todos, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996, em especial as págs. 445 e seguintes.

<sup>20</sup> Manifestando dúvidas quanto a esta questão, v. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *op. cit.*, pág. 28 e seguintes.

Cabem no âmbito do RREE as actuações que preencham qualquer um dos dois requisitos.

Ora, a actuação (dita) privada da Administração Pública também é regulada, pelo menos em parte, por disposições de direito administrativo, o que permite uma leitura mais aberta dos preceitos, afastando a dicotomia gestão pública/gestão privada.

Refira-se que mesmo os Autores – como VIEIRA DE ANDRADE<sup>21</sup> - que encontram nos números 2 e 5 do artigo 1.º do RREE uma *intenção restritiva*, referem que a intenção acaba por resultar equívoca, atendendo à remissão para as normas de direito administrativo, à luz do disposto no artigo 2.º, n.º 5, do Código do Procedimento Administrativo (adiante designado abreviadamente CPA), que determina a aplicação a toda a actividade administrativa, mesmo que meramente técnica ou de gestão privada, dos princípios da actividade administrativa constantes do próprio CPA, bem como das normas que concretizam preceitos constitucionais.

Sendo assim, a manutenção de uma distinção, equívoca e casuística, entre actuações administrativas às quais se aplica o RREE e actuações administrativas (ditas privadas) às quais se aplica o Código Civil (adiante designado abreviadamente “CC”) torna muito incerta a aplicação do regime e onera excessivamente o intérprete, o aplicador do Direito e, mais grave, o lesado, constituindo, por isso, uma entorse à efectiva garantia da tutela dos cidadãos lesados pela actividade da Administração Pública.

Mais: se olharmos para a jurisprudência, concluímos mesmo que a determinação da sujeição ao regime público de responsabilidade acaba por depender não tanto das regras aplicáveis, mais antes do contexto em que o acto ou omissão ocorre, caindo no velho “pseudo-critério” da *ambiência de direito público*<sup>22</sup>.

Nesta linha, não me parece, tão pouco, defensável uma solução que aponte para se restringir a aplicação do RREE às situações em que a actuação ou omissão que dá azo ao dano decorre da violação das normas que conferem poderes públicos<sup>23</sup>.

Por outras palavras: mesmo que a entidade tenha esses poderes, as suas actuações fora desses poderes não caberiam no RREE.

---

<sup>21</sup> V. VIEIRA DE ANDRADE, *A Responsabilidade...*, cit., pág. 360.

<sup>22</sup> V. CARLOS CADILHA, *Regime...*, cit., pág. 113.

<sup>23</sup> V. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *op. cit.*, pág. 28. O Autor refere que a ilicitude só é relevante “*se for a violação, por acção ou omissão, do regime de exercício do poder público aplicável à entidade em questão o fundamento da ilicitude que deu origem ao dano*”.

Esta solução não só cinde a actuação administrativa em função da utilização casuística de poderes públicos em cada caso concreto, como parte do pressuposto de que apenas esse tipo de actuações se podem subsumir no exercício da função administrativa, pelo menos para efeitos de aplicação do RREE.

Finalmente, a solução adoptada pelo legislador não me parece a mais conforme com a Constituição, em dois aspectos essenciais.

Primeiro, porque prescinde completamente do conceito de relação jurídica administrativa, consagrado no artigo 212.º, n.º 3, da CRP, cujas virtualidades omnicompreensivas da actividade administrativa já antes tive oportunidade de referir<sup>24</sup>.

Segundo, porque se se considerar que o artigo 1.º do RREE adopta, de facto, uma definição redutora da “função administrativa”, remetendo para o direito civil o regime da responsabilidade pelos danos causados por um amplo conjunto de acções e omissões da Administração, daí pode resultar uma violação do artigo 22.º da CRP. É que, desde logo, este preceito não distingue gestão pública de gestão privada, referindo-se apenas aos actos praticados no exercício das suas funções pelo Estado e demais entidades públicas<sup>25</sup>.

Ora, mesmo as actuações administrativas que se regem, em primeira linha, pelo direito privado (e nunca de forma exclusiva por ele) não podem deixar de se considerar integradas no conjunto das funções constitucional e legalmente cometidas à Administração Pública, logo, abrangidas pelo artigo 22.º da CRP. Isso decorre do princípio da legalidade enquanto fundamento de toda a actuação administrativa, independentemente da sua forma jurídica.

Por outro lado, a aplicação do direito civil remete o intérprete para os artigos 500.º e seguintes do CC, ou seja, para a responsabilidade do comitente prevista no n.º 1 do artigo 500.º, aplicável *ex vi* o artigo 501.º do CC, da qual resulta que o comitente (no caso, a entidade administrativa) responde pelos danos que o comissário (o titular do órgão, o funcionário ou o agente) causar, “*desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar.*”

Por outras palavras: a Administração Pública só seria responsável perante o lesado se o titular do órgão, funcionário ou agente fosse também responsabilizado.

Ora, isso viola o artigo 22.º da CRP, que tem sido sempre interpretado no sentido de impor a responsabilidade da Administração independentemente de o (f)acto ou

<sup>24</sup> V. ALEXANDRA LEITÃO, *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Coimbra, 2002, págs. 57 e seguintes.

<sup>25</sup> Neste sentido, v. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pág. 427.

omissão lesivos poderem ser imputados a um sujeito em concreto, seja porque este actuou (apenas) com culpa leve, seja por estar em causa um funcionamento anormal dos serviços<sup>26</sup>.

A incapacidade das soluções civilistas para resolver situações de responsabilidade administrativa é prova bastante da necessidade de criar um regime abrangente e tendencialmente unitário de responsabilidade pública.

Demonstrada de uma perspectiva valorativa e teleológica a autonomia da responsabilidade pública, cumpre ainda referir alguns aspectos de natureza técnico-jurídico que justificam também essa autonomia:

- i) A maior objectivização da responsabilidade da Administração Pública como decorrência lógica da procedimentalização da formação da vontade das entidades administrativas<sup>27</sup> e da sujeição ao princípio da legalidade;
- ii) A necessidade de consagrar presunções de culpa ou até formas de responsabilidade objectiva em virtude da obrigação de indemnizar que recai sobre a Administração mesmo sem culpa ou pelo funcionamento anormal dos serviços (cfr. *infra*);
- iii) A menor relevância do comportamento lícito alternativo e da causa virtual quando esteja em causa a responsabilidade por danos provocados por regulamentos, actos ou contratos administrativos lesivos inválidos em virtude de ilegalidades externas (orgânicas, formais ou procedimentais);
- iv) A definição de um conceito de culpa diferente do regime civilístico<sup>28</sup>, definido em torno do zelo e diligência exigíveis a um funcionário zeloso e cumpridor e não nos termos do n.º 2 do artigo 487.º do CC, sendo que os deveres de zelo e diligência dos funcionários e agentes da Administração

---

<sup>26</sup> No Acórdão n.º 236/2004, de 12 de Abril de 2004, proferido no Processo n.º 92/03, o Tribunal Constitucional considerou que “*nada se retira do artigo 22º da Constituição que imponha a inconstitucionalidade superveniente das normas do Decreto-Lei nº 48051 de que resulta a irresponsabilidade dos funcionários do Estado, no plano das relações externas, por danos causados por actos ilícitos e culposos (culpa leve ou grave) praticados no exercício das suas funções e por causa desse exercício (artigo 2º e 3º n.ºs 1 e 2)*”, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt). “*A contrario sensu*” retira-se desta decisão que o Estado não pode deixar nunca de responder nestas situações, sob pena de – aí sim – haver uma inconstitucionalidade por violação do artigo 22.º da CRP, na medida em que a não imputação aos sujeitos concretos afastasse a responsabilidade da Administração.

<sup>27</sup> Incluindo no conceito de “entidade administrativa” também os privados que exercem a função administrativa, que estão igualmente adstritos a vinculações jurídico-públicas de natureza procedimental.

<sup>28</sup> Este aspecto também é salientado por ESTÊVÃO NASCIMENTO DA CUNHA, *op. cit.*, pág. 160.



Pública estão definidos em legislação própria, que pode ser trazida à colação para determinar se, em concreto, esses deveres foram cumpridos.

Por tudo isto, defendo uma solução legislativa que adoptasse, clara e expressamente, ao nível do direito substantivo, uma solução semelhante à que decorre, no plano processual, do artigo 4.º, n.º 1, alínea g) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, a saber: a unificação de um regime substantivo de responsabilidade pública aplicável aos danos provocados por actos e omissões integrados no exercício da função administrativa, de acordo com um conceito funcional e teleológico, definido em torno dos princípios da legalidade e da prossecução do interesse público e aplicável a todas as entidades administrativas e às entidades privadas que exerçam a função administrativa.

## **2. Os conceitos de ilicitude e de culpa**

A outra questão que abordarei no presente artigo prende-se com os conceitos de ilicitude e de culpa tal como estão consagrados no RREE.

A ilicitude é definida no artigo 9.º, sendo que o n.º 1 do preceito assimila a ilicitude à ilegalidade (*“consideram-se ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinja regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”*)<sup>29</sup>.

O primeiro aspecto a salientar é que o legislador não distingue entre ilegalidade internas ou materiais e ilegalidades externas, procedimentais, formais ou orgânicas. As primeiras afectam o conteúdo do acto jurídico, enquanto que as segundas apenas inquinam aspectos externos do mesmo, relativos à competência do respectivo autor, às formalidades procedimentais e à própria forma<sup>30</sup>. É que estas últimas não impedem a

---

<sup>29</sup> Esta solução é semelhante à consagrada no artigo 6.º da Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967. No n.º 2 do artigo 9.º do RREE, relativo ao funcionamento anormal do serviço, o padrão de conduta não é a violação de normas, mas sim a actuação abaixo dos padrões médios de resultado e de exigência razoável nas circunstâncias do caso concreto, *“um standard objectivo de funcionamento”* (a expressão é de VIEIRA DE ANDRADE, *A Responsabilidade...*, cit., pág. 366).

<sup>30</sup> V. ESTÊVÃO NASCIMENTO DA CUNHA, *op. cit.*, págs. 160 e seguintes.

prática de um novo acto com conteúdo idêntico, desde que não se repitam os mesmos vícios “externos”. Por outras palavras: estes vícios não condicionam o conteúdo lesivo do acto, sendo discutível se o dano provocado na esfera jurídica do lesado lhes é imputável directamente.

Alguma doutrina tem entendido que as ilegalidades meramente formais não preenchem, por isso, o conceito de ilicitude, mas apenas as ilegalidades das quais resultem violação de direitos ou interesses legalmente protegidos<sup>31</sup>.

Neste sentido, estaria em causa um problema de causalidade adequada: se a Administração pode substituir o acto ilegal por um acto de conteúdo idêntico, isso consubstancia uma situação de relevância negativa da causa virtual, afastando o dever de indemnizar<sup>32</sup>.

Aparentemente, o legislador foi, pelo menos em parte, sensível a estes argumentos, uma vez que, apesar de equiparar ilegalidade e ilicitude, fez depender a verificação desta última da violação de disposições normativas e de regras técnicas ou deveres de cuidado, desde que “*resulte ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos*”.

Não posso, no entanto, acompanhar este entendimento.

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 retroactiva aos actos administrativos que dêem execução a decisões judiciais, exclui essa retroactividade se os actos forem “renováveis”, ou seja, se o seu conteúdo for repetível, o que acontece exactamente quando o acto 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 actos.

Em segundo lugar, no plano axiológico, o princípio da legalidade impõe que todas as ilegalidades se traduzam numa actuação 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.

Isso mesmo entendeu o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 154/2007, proferido no Processo n.º 65/02, de 2 de Março de 2007<sup>33</sup>, no qual decidiu “*julgar inconstitucional, por violação do princípio da responsabilidade extracontratual do*

---

<sup>31</sup> V. RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra, 1992, pág. 169 e MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade Civil da Administração Pública*, in *Seminário Permanente de Direito Constitucional e Administrativo*, Volume I, Braga, 1999, págs. 72 e seguintes.

<sup>32</sup> V. RUI MEDEIROS, *op. cit.*, págs. 209 e 210.

<sup>33</sup> In [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

*Estado, consagrado no artigo 22º da Constituição, a norma constante do artigo 2º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967, interpretada no sentido de que um acto administrativo anulado por falta de fundamentação é insusceptível, absolutamente e em qualquer caso, de ser considerado um acto ilícito, para o efeito de poder fazer incorrer o Estado em responsabilidade civil extracontratual por acto ilícito” (sublinhado nosso).*

A argumentação do Tribunal Constitucional passa pela afirmação de que não é compatível com o artigo 22.º da CRP afastar-se a responsabilidade extracontratual do Estado com o fundamento de que não se verifica o pressuposto da ilicitude do acto quando está em causa um vício de falta de fundamentação (ou seja, um vício de natureza formal).

Efectivamente, se o objectivo do preceito constitucional é garantir que os particulares são ressarcidos pelos danos causados por actos ilegais praticados pelos titulares dos órgãos, funcionários e agentes do Estado e demais entidades públicas, essa função reparadora é posta em causa se se excluir a responsabilidade nestes casos.

No aresto não se afasta liminarmente a possibilidade de, nestes casos, faltarem outros pressupostos da responsabilidade extracontratual, mas isso carece sempre de demonstração casuística e é independente da existência de ilicitude.

De facto, a relevância do comportamento alternativo lícito – no caso, a renovação do acto com igual conteúdo – implicaria a demonstração cabal de que a Administração Pública actuaria da mesma forma sem aquele ilícito<sup>34</sup>. Por isso, a actuação administrativa posterior à anulação ou declaração de nulidade do acto não pode ser um factor determinante para indagar qual teria sido conteúdo do acto se a ilegalidade (externa) não tivesse ocorrido<sup>35</sup>.

Questão diversa é a de saber se há dever de indemnizar quando o acto administrativo não é declarado nulo ou anulado judicialmente, em virtude de se tratar da violação de uma formalidade não essencial, que não implique, por isso, a invalidade do acto administrativo. Trata-se de situações que se traduzem numa mera irregularidade, como acontece, por exemplo, com a violação do disposto no artigo 38.º do CPA. A doutrina

<sup>34</sup> Como salienta ESTÊVÃO NASCIMENTO DA CUNHA, *op. cit.*, págs. 399 e 400.

<sup>35</sup> Aparentemente em sentido diverso, v. a declaração de voto do Conselheiro Vítor Gomes no Acórdão n.º 154/2007, acima referido, nos termos da qual, apesar de acompanhar o sentido do aresto, esclareceu que “o artigo 22.º da Constituição não impede que, independentemente do que a lei ordinária disponha quanto à eficácia retroactiva dos actos renovadores de actos contenciosamente anulados, se atribua relevância excludente da indemnização à “conduta alternativa lícita” da Administração, mesmo quanto aos efeitos produzidos medio tempore”.

não é unânime quanto à ilicitude destes actos administrativos para efeitos de fazer incorrer a Administração em responsabilidade<sup>36</sup>.

Na minha opinião, e sem prejuízo de ulterior análise, a verdade é que se a própria ordem jurídica entendeu não cominar estas ilegalidades com um desvalor que afecte a eficácia dos actos administrativos que delas padecem, torna-se difícil justificar que essa actuação comporta uma conduta ilícita. Trata-se, ainda assim, de matéria de grande complexidade, até porque, no contencioso administrativo, obter a declaração de nulidade ou anulação judicial do acto administrativo não é um pressuposto necessário da acção de responsabilidade extracontratual, atendendo ao disposto no n.º 1 do artigo 38.º do CPTA. Sempre se diga, contudo, que o juízo que o tribunal tem de efectuar em sede de apreciação incidental ao abrigo deste preceito tem como pressuposto que o acto, caso ainda pudesse ser impugnado, seria, efectivamente, declarado nulo ou anulável, o que não aconteceria se estivesse inquinado com um vício gerador de mera irregularidade.

Finalmente, a exigência de que a ilegalidade ofenda direitos ou interesses legalmente protegidos para ser equiparada à ilicitude pode traduzir-se, na prática, na confusão entre ilicitude e dano.

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*”<sup>37</sup>, sendo que esta última acaba, por sua vez, por se confundir com a própria ideia de dano. A demonstração de que a actuação administrativa implicou a ofensa de posições jurídicas subjectivas de terceiros equivale, na prática, à verificação da existência de um dano na respectiva esfera jurídica<sup>38</sup>. Ora, uma ilegalidade que não provoque danos não deixa de ser ilícita, falta é esse outro pressuposto da responsabilidade extracontratual.

É verdade que a jurisprudência dos tribunais administrativos tem sido constante no sentido de exigir a violação de direitos ou interesses alheios para que haja ilicitude, não considerando suficiente que haja qualquer ilegalidade para que daí decorra uma

---

<sup>36</sup> CARLOS CADILHA, *Regime...*, cit., pág. 152 defende que essas situações, bem como as ilegalidades sanáveis, não relevam para a ilicitude. Pelo contrário MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito ...*, cit., Tomo III, pág. 188, consideram, pelo contrário, que os actos administrativos irregulares são ilegais e, como tal, ilícitos para efeitos de responsabilidade disciplinar e civil, o que acarreta uma diminuição da sua força tituladora.

<sup>37</sup> V. VIEIRA DE ANDRADE, *A Responsabilidade...*, cit., pág. 365.

<sup>38</sup> LUÍS CABRAL DE MONCADA, *A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Volume II, obra colectiva, Coimbra, 2006, pág. 52, trata este inciso final, relativo à ofensa de direitos e interesses, como uma questão que tem a ver com o dano e não com a ilicitude.

obrigação indemnizatória<sup>39</sup>. Contudo, esse entendimento tem de ser compatibilizado em cada caso concreto com a necessidade de proceder a uma interpretação conforme à Constituição, à luz da garantia de ressarcimento que resulta da doutrina expendida no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 154/2007, acima citado, atendendo a que nem todas as ilegalidades externas correspondem, necessariamente, à violação de direitos e interesses protegidos.

Uma última questão a propósito da definição de ilicitude do n.º 1 do artigo 9.º do RREE prende-se com a ausência de uma menção ao Direito da União Europeia enquanto parâmetro de actuação administrativa. Vários Autores têm estranhado a completa insensibilidade desta lei ao Direito da União Europeia<sup>40</sup>, excepto na redacção do n.º 2 do artigo 7.º introduzida pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho. A remissão para os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário resulta da necessidade de dar execução a uma sentença do TJUE através do qual este Tribunal condenou o Estado português por violação da Directiva “*Recursos*”<sup>41</sup> (Acórdão de 14 de Outubro de 2004, proferido no Processo n.º C-275/03<sup>42</sup>).

Na minha opinião, a referência expressa ao Direito da União Europeia é dispensável se tivermos em atenção que essas normas fazem parte integrante da ordem jurídica nacional e, portanto, do bloco de legalidade que serve de parâmetro à actuação administrativa para efeito de verificação de uma ilegalidade e consequente ilicitude<sup>43</sup>.

Sendo assim, a alteração introduzida no n.º 2 do artigo 7.º pode afigurar-se até contraproducente, por permitir uma interpretação “*a contrario sensu*”, segundo a qual nos restantes casos as regras de Direito da União Europeia não são aplicáveis<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> V. o Acórdão do STA de 9 de Julho de 2009, proferido no Processo n.º 0921/08, o Acórdão do STA de 23 de Setembro de 2009, proferido no Processo n.º 01119/08, e o Acórdão do STA de 27 de Janeiro de 2010, proferido no Processo n.º 0358/09, todos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>40</sup> V. MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Influência do Direito da União Europeia nos Regimes da Responsabilidade Pública*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 88, 2011, pág. 11 e CARLA AMADO GOMES, *o Livro das Ilusões. A Responsabilidade do Estado por Violação do Direito Comunitário, apesar da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro*, in *Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, Lisboa, 2010, págs. 206 e seguintes, embora concluindo que o recurso ao reenvio prejudicial e ao conjunto do ordenamento jurídico permite colmatar essa falha.

<sup>41</sup> Directiva n.º 89/665, do Conselho de 21 de Dezembro de 1989.

<sup>42</sup> In <http://www.europa.eu.int>.

<sup>43</sup> Neste sentido, v. VIEIRA DE ANDRADE, *A Responsabilidade...*, cit., pág. 365.

<sup>44</sup> No mesmo sentido, v. HELOÍSA OLIVEIRA, *Jurisprudência Comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Influência, Omissão e Desconformidade*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume IV, obra colectiva, Coimbra, 2010, pág. 626.

A culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes está definida, por sua vez, no n.º 1 do artigo 10.º do RREE, determinando este preceito que a mesma deve ser aferida à luz da “*diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor*”. A adopção 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 CC, afigura-se uma solução correcta, permitindo que a densificação do conceito se opere a partir de outras disposições de direito administrativo, por exemplo, as relativas aos deveres dos funcionários e agentes da Administração Pública.

O n.º 2 do artigo 10.º estabelece uma presunção de culpa leve quando haja ilicitude na prática de actos jurídicos<sup>45</sup>. Trata-se de uma presunção “*juris tantum*”, que se traduz numa inversão do ónus da prova, nos termos do n.º 1 do artigo 487.º e do n.º 1 do artigo 344.º do CC. Como tal, pode ser duplamente ilidida: pode demonstrar-se que há culpa grave ou dolo, ou que não houve nenhuma culpa devido, por exemplo, à ambiguidade do quadro legal aplicável, à proliferação de legislação extravagante, à existência de divergência jurisprudencial e doutrinária sobre a questão, entre outras situações<sup>46</sup>.

Sem prejuízo de esta solução legislativa configurar uma clara objectivização da responsabilidade administrativa – tendência que, como disse *supra*, é uma decorrência da especial natureza da responsabilidade pública<sup>47</sup> - não deixa de merecer, na minha opinião, alguns reparos.

---

<sup>45</sup> Como havia sido preconizado antes da reforma, por exemplo, por MARGARIDA CORTEZ, *Contributo para uma Reforma da Lei da Responsabilidade Civil da Administração*, in *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado. Trabalhos Preparatórios da Reforma*, obra colectiva, Coimbra, 2002, pág. 261. CARLA GOMES, *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração por Facto Ilícito...*, *cit.*, págs. 60 e 61, critica esta imputabilidade genérica por faltas leves, que pode levar à paralisia da Administração Pública por medo do erro, preconizando que nestes casos só haveria indemnização se o dano provocado fosse especial e anormal, o que não seria, segundo a Autora, inconstitucional à luz do artigo 22.º da CRP, na medida em que este preceito tem de ser compatibilizado com outros valores, designadamente, com o próprio funcionamento da máquina administrativa, que actua para o interesse da comunidade.

<sup>46</sup> V. VIEIRA DE ANDRADE, *A Responsabilidade...*, *cit.*, pág. 367 e CARLOS CADILHA, *Regime ...*, *cit.*, pág. 167. Quanto às causas de exclusão de culpa na responsabilidade da Administração, v. PAULO OTERO, *Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume II, obra colectiva, Coimbra, 2010, págs. 976 e seguintes.

<sup>47</sup> VIEIRA DE ANDRADE, *Panorama...cit.*, págs. 44 e 45, salientava, já em 1999, que na responsabilidade da Administração ocorre uma desvalorização da culpa como censura ético-comportamental, subordinando-a à ideia de ilicitude.

Efectivamente, quando está em causa a prática de um acto jurídico ilícito, designadamente um acto administrativo ilegal, tem de se considerar irrelevante que o titular do órgão, o funcionário ou o agente autor do acto 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.

Ora, afastar a obrigação de indemnizar por falta de culpa afecta negativamente essa garantia e, em última análise, o próprio princípio da legalidade. A total sujeição da Administração Pública ao bloco de legalidade tem também uma dimensão garantística que fundamenta a função reparadora do instituto da responsabilidade.

Por isso, parece-me que deveria ser consagrada ou uma presunção inilidível de culpa leve decorrente da prática de actos jurídicos ilícitos ou mesmo prescindir-se completamente da culpa nestes casos, admitindo que se trata de responsabilidade objectiva e não subjectiva.

Desde logo, numa interpretação literal, a parte inicial do n.º 2 do artigo 10.º apenas ressalva a possibilidade de demonstração de dolo ou culpa grave e, por outro lado, atendendo à objectivização e procedimentalização da formação de vontade da Administração, ao contrário da vontade psicológica dos particulares, é difícil de vislumbrar como pode a violação da legalidade administrativa não implicar sempre, pelo menos, culpa leve.

Se for duvidoso o quadro legal aplicável, então, o que está em causa é ainda a ilicitude do acto administrativo e os tribunais decidirão se é ilegal ou não. E, sendo o acto ilegal, a possibilidade de afastar a culpa e, conseqüentemente, o dever de indemnizar, acaba por postergar a protecção que o princípio da legalidade pretendeu dar ao particular<sup>48</sup>.

Além disso, a responsabilidade objectiva em caso de acto jurídico ilegal e ilícito é uma solução mais próxima do Direito da União Europeia, podendo mesmo colocar-se a questão de saber se o estabelecimento de uma responsabilidade subjectiva, ainda que com presunção de culpa leve, não viola mesmo o Direito da União Europeia. Há doutrina que considera que sim<sup>49</sup>, e outros Autores que entendem que a presunção basta

---

<sup>48</sup> E a aplicação da figura da indemnização pelo sacrificio afigura-se impossível, por duas razões: primeiro, porque há um acto ilícito, segundo, porque essa figura pressupõe que o lesado tenha sofrido um dano especial e anormal.

<sup>49</sup> MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *A Proposta de Lei n.º 56/X em Matéria de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Notas Breves à Luz do Direito da União Europeia*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Volume II, obra colectiva, Coimbra, 2006, pág. 247, e, mais recentemente, *Influência do Direito da União Europeia nos Regimes da Responsabilidade Pública*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 88, 2011, págs. 11 e 12.

para aligeirar o ónus que recai sobre o lesado para efectivar a responsabilidade da Administração<sup>50</sup>.

De facto, é duvidoso que a possibilidade de a presunção ser ilidida não viole o conceito de “*violação suficientemente caracterizada*” que a jurisprudência do TJUE tem vindo a afirmar, designadamente a partir do Acórdão “*Brasserie du Pêcheur*”<sup>51</sup> e, no caso da responsabilidade por danos ocorridos no procedimento de formação de contratos públicos é evidente que a responsabilidade tem de ser objectiva, atendendo ao regime consagrado na Directiva “*Recursos*”<sup>52</sup>.

No Acórdão “*Hedley Lomas*”<sup>53</sup>, o TJUE remeteu para o direito nacional a definição dos termos em que a responsabilidade se efectiva, desde que estes não sejam menos favoráveis do que aqueles que são aplicáveis a reclamações semelhantes de natureza interna.

Contudo, não deixou de salientar dois aspectos que têm de ser considerados:

- (i) por um lado, que esses meios não podem tornar impossível na prática ou excessivamente difícil a obtenção da reparação (princípio da efectividade)<sup>54</sup>;
- (ii) por outro lado, que em certos casos - v.g. quando a Administração actue fora da margem de livre decisão - a simples infracção ao direito comunitário pode bastar para provar a existência de uma violação suficientemente caracterizada, exigida para que possa surgir uma obrigação de reparar os prejuízos sofridos pelos particulares.

Trata-se, no fundo, da afirmação de uma responsabilidade objectiva.

<sup>50</sup> V. HELOÍSA OLIVEIRA, *op. cit.*, págs 623 e 623.

<sup>51</sup> Acórdão de 5 de Março de 1996, proferido nos Processos apensos n.ºs C-46/93 e C-48/93, in <http://eur-lex.europa.eu>.

<sup>52</sup> V. MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *O Regime da responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Pessoas Colectivas Públicas e o Direito da União Europeia*, Coimbra, 2009, pág. 54.

<sup>53</sup> Acórdão do TJUE de 23 de Maio de 1996, proferido no Processo n.º C-5/94, in <http://eur-lex.europa.eu>.

<sup>54</sup> Sobre este princípio, v. ALEXANDRA LEITÃO, *O Princípio da Efectividade do Direito Comunitário: Comentário ao Acórdão do TJUE “Recheio-Cash & Carry, SA”, de 17 de Junho de 2004, Processo C-30/02*, in *20 Anos de Jurisprudência da União sobre Casos Portugueses. O que fica do Diálogo entre os Juizes Portugueses e o Tribunal de Justiça da União Europeia*, obra colectiva, Lisboa, 2011, págs. 233 e seguintes. Cabe, assim, aos Estados proporcionar a “*infraestrutura normativa*” (a expressão é de SÉRVULO CORREIA, *Efectividade e Limitações do Sistema Português de Aplicação Impositiva do Direito da Concorrência através de Meios Processuais Administrativos e Cíveis*, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Volume II, obra colectiva, Coimbra, 2008, pág. 1777) de natureza procedimental, processual e substantiva para que as situações subjectivas constituídas à luz do direito comunitário recebam uma tutela eficaz e adequada.



O enquadramento jurídico-comunitário não é, contudo, o único argumento. Como já adiantei *supra*, é à luz do próprio princípio da legalidade que a eventual consagração de uma presunção inilidível de culpa leve decorrente da prática de actos jurídicos ilícitos ou mesmo de uma forma de responsabilidade objectiva deve ser equacionado, atendendo quer à dimensão garantística do princípio, quer porque a lei é o fundamento e o limite de toda a actuação administrativa.

De facto, a Administração Pública actua de acordo com o princípio da competência e norteadada pelo interesse público, pelo que, como refere PEDRO MACHETE “*se o facto lesivo [praticado pela AP] também é ilícito, isso significa necessariamente que os serviços administrativos não funcionaram como deviam (...)* Daí ser compreensível que no caso da Administração – caracterizada por uma função específica e regendo-se por uma legalidade própria – a questão da culpa tenda a esbater-se ou a objectivar-se”<sup>55</sup>. Por isso, o Autor defende uma presunção inilidível de culpa leve<sup>56</sup>.

Outra solução acaba por proteger menos o particular lesado quando o autor do dano seja um sujeito identificável do que quando resulta do funcionamento anormal do serviço, na medida em que, neste último caso, se prescinde da culpa, mesmo presumida (n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º)<sup>57</sup>. Esta diferença de regimes não parece justificável, tanto mais que, mesmo quando o dano pode ser imputado a um titular de um órgão, a um funcionário ou a um agente, não deixa de estar em causa a formação da vontade – objectivada e procedimentalizada – da Administração e não a vontade psicológica de um indivíduo.

Refira-se, no entanto, que os tribunais administrativos têm sido exigentes na inversão do ónus da prova, para efeitos de afastar a presunção de culpa leve, considerando que não é prova suficiente da inexistência de culpa a demonstração em abstracto de que se produziu a actividade, sendo necessário comprovar que essa intervenção era mesmo de molde a evitar o dano no caso concreto. Por outras palavras, a Administração tem de esclarecer qual a actuação que adoptou em concreto e

---

<sup>55</sup> V. PEDRO MACHETE, *A Responsabilidade da Administração por Facto Ilícito e as Novas Regras de Repartição do Ónus da Prova*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, 2008, pág. 34.

<sup>56</sup> Cfr. PEDRO MACHETE, *op. cit.*, pág. 38.

<sup>57</sup> Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, *A Responsabilidade...*, *cit.*, pág. 363 considera mais adequada a expressão “funcionamento anormal do serviço” em detrimento de “culpa do serviço”, na medida em que nestes casos não existe verdadeiramente culpa, tratando-se, quando muito, de um conceito impróprio de “culpa anónima”.

demonstrar que a mesma preenche um padrão médio de razoabilidade que poderia evitar o dano, não fossem causas fortuitas ou imprevisíveis terem ocorrido<sup>58</sup>.

Ainda assim, e sem prejuízo de acompanhar esta interpretação exigente que os tribunais administrativos têm feito, há razões ponderosas para repensar o regime jurídico que resulta do artigo 10.º do RREE, não só no que se refere à possibilidade de ilidir a presunção de culpa leve, mas também porque este regime só se aplica, nos termos do n.º 2 do preceito, aos “*actos jurídicos ilícitos*”, quando deveria também aplicar-se a actos materiais por violação de regras técnicas<sup>59</sup>.

Em conclusão, as considerações aqui tecidas destinam-se a lançar a discussão sobre o regime jurídico da responsabilidade extracontratual pública num momento em que já passaram 3 anos sobre a entrada em vigor da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, e justifica-se, por isso, repensar algumas das soluções aí consagradas.

---

<sup>58</sup> Cfr. o Acórdão do STA de 27 de Maio de 2009, proferido no Processo n.º 0566/08, o Acórdão do STA de 23 de Setembro de 2009, proferido no Processo n.º 0606/09, e o Acórdão do STA de 20 de Janeiro de 2010, proferido no Processo n.º 0201/09, todos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>59</sup> Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, *A Responsabilidade...*, cit., pág. 387.