

Artigo 4.º

Culpa do lesado

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.

Parte I: Enquadramento e evolução histórica; **§1.** Introdução; **§2.** O antecedente do Direito Civil: o artigo 570.º do Código Civil de 1966; **§3.** O regime do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967: divergências interpretativas; **§3.1.** A corrente processualista; **§3.2.** A corrente substancialista; **§3.3.** Posição prevalecente; **§4.** Um lugar paralelo: o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 28/91/M, de 22 de Abril de 1991; **§5.** O artigo 38.º do CPTA; **Parte II:** O artigo 4.º do RRCEEP e a culpa do lesado; **§6.** O artigo 4.º do RRCEEP face ao artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48051; **§7.** O artigo 4.º do RRCEEP face ao artigo 570.º do Código Civil; **§8.** Aplicação da figura às diversas funções do Estado; **§8.1.** No âmbito da função político-legislativa; **§8.1.1.** A responsabilidade por actos legislativos; **§8.1.2.** A responsabilidade por omissões legislativas; **§8.2.** No âmbito da função jurisdicional e da administração da Justiça; **§9.** Três notas quanto à determinação do “lesado”; **§10.** A amplitude na determinação da “conduta” culposa do lesado; **§11.** Questões processuais; **§11.1.** Qualificação; **§11.2.** Ónus da prova; **§11.3.** Relação com as presunções legais de culpa do lesante; **§12.** Novos eventuais campos de aplicação da figura; **§12.1.** A responsabilidade administrativa por facto lícito; **§12.2.** A responsabilidade administrativa pelo risco; **§13.** Questões dogmáticas; **§13.1.** O significado da consagração da figura: dever jurídico do lesado?; **§13.2.** O problema da culpa do lesado face à alternatividade na escolha dos meios processuais; **§13.3.** O cálculo da indemnização: a culpa do lesado como problema de causalidade ou imputação de danos.

PARTE I – Enquadramento e evolução histórica

§1. Introdução

1. Como resulta da respectiva epígrafe, o preceito sob comentário consagra a figura da *culpa do lesado*.

Como explicam CARLA AMADO GOMES e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, subjacente a esta figura está o 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*”¹.

Apesar de a culpa do lesado já há muito se encontrar estabelecida no Direito Civil e, em alguma medida, também no próprio Direito Administrativo, a verdade é que, como se verá, a sua afirmação expressa no âmbito do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas (ou, como alguns Autores preferem denominá-la, da responsabilidade *pública*) não se mostra redundante nem tem um intuito meramente simbólico ou pedagógico, já que, no campo do Direito Público, esta figura apresenta especificidades que devem ser assinaladas e tem um alcance não despreciando (que se revela ainda mais significativo quando, através de uma interpretação adequada, se afastam algumas limitações que a letra do preceito parece sugerir), como se verá na presente anotação.

2. Para situar a questão, ressalve-se, porém, que a culpa do lesado não constitui um problema que se coloque especificamente no ordenamento jurídico Português, representando antes um princípio geral de Direito, comum aos diversos Estados europeus².

Na verdade, “*no tocante à efetivação da responsabilidade do Estado e em particular no que concerne à utilização dos meios processuais disponíveis com vista a exigir a responsabilidade de um Estado-membro por violação do direito da União, (...) o Tribunal de Justiça já considerou que o juiz nacional pode verificar se o lesado atuou com diligência razoável no sentido de evitar o dano ou de o limitar e se, designadamente, utilizou em tempo útil todos os meios processuais à sua disposição*”.

Com efeito, de acordo com um princípio geral comum aos sistemas jurídicos dos Estados-membros, o lesado, correndo o risco de ter de suportar pessoalmente o dano, deve atuar com diligência razoável para limitar a extensão deste”³.

Assim, sem prejuízo de a presente anotação ser feita à luz do Direito nacional, não pode o regime Português, naturalmente, alhear-se por completo das influências que o moldam e que – sobretudo em algumas matérias, *maxime* quando esteja em causa a responsabilidade do Estado por violação do Direito da União Europeia – determinam decisivamente as soluções a adotar.

¹ Cf. “Tópicamente – e a quatro mãos... – sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas”, in *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 5, CEDIPRE, Março de 2010, página 16, www.cedipre.fd.uc.pt (também republicado em CARLA AMADO GOMES, *Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, AAFDL, Lisboa, 2010, páginas 237 a 264).

Cf., da primeira Autora, em termos próximos, “A culpa (ou a conduta?) do lesado: reflexões sobre um instituto aberto”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 139, Julho-Setembro de 2014, página 10 (também publicado em AA.VV., *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, páginas 269 a 285).

² Neste sentido, cf. JOÃO MOTA DE CAMPOS, ANTÓNIO PINTO PEREIRA e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *O Direito Processual da União Europeia – Contencioso Comunitário*, 2.ª edição revista e aumentada, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014, página 639, bem como FILIPA CALVÃO, “Artigo 4.º”, in AA.VV., *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, página 107.

³ Cf. JOÃO MOTA DE CAMPOS, ANTÓNIO PINTO PEREIRA e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *O Direito Processual...*, cit., página 639, com indicações jurisprudenciais.

§2. O antecedente do Direito Civil: o artigo 570.º do Código Civil de 1966

3. Feita esta ressalva prévia, assinala-se que a culpa do lesado já há muito que se encontra estabelecida no Direito Civil, como causa de redução ou exclusão da indemnização devida a título de responsabilidade civil extracontratual.

Assim, dispõe o artigo 570.º, n.º 1 do Código Civil, de 1966, que, “[q]uando 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”⁴.

Trata-se, como se verá, de um princípio que, tendo tido a sua origem no Direito Civil (campo em que continua a evoluir e a suscitar discussão⁵), depois se expandiu para o campo do Direito Público, onde se encontra hoje expressamente consagrado e em que a sua aplicação conhece algumas especialidades.

⁴ Para uma primeira aproximação ao regime desta norma, cf. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume I (Artigos 1.º a 761.º), 4.ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, páginas 587 e 588.

⁵ Sobre os problemas que esta figura levanta no âmbito do Direito Civil, cf. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do dano Extracontratual*, Almedina, Coimbra, 1997, bem como, por último, o estudo de SARA GERALDES, “A culpa do lesado”, in *O Direito*, Ano 141.º, II, 2009, páginas 339 a 375.

Para uma análise recente sobre a aplicação da figura ao específico campo da responsabilidade médica, cf. MARIA INÊS MARTINS, “Culpa do paciente lesado? Breves considerações em torno da hipótese de concorrência de facto do paciente em estado de inimputabilidade”, in AA.VV., Para Jorge Leite – *Escritos Jurídicos*, Volume II (coord. JOÃO REIS, LEAL AMADO, LIBERAL FERNANDES e REGINA REDINHA), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, páginas 357 a 377.

§3. O regime do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967: divergências interpretativas

4. Logo no ano seguinte ao da aprovação do Código Civil, o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, aprovou o regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, cujo artigo 7.º continha uma previsão 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.

Vejamos.

5. Dispunha o referido artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48051 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”.

Como se vê, esta norma continha dois segmentos distintos: (i) no primeiro, firmava-se o princípio de que o direito à indemnização não dependia da prévia impugnação do acto lesivo; (ii) no segundo, porém, ressaltava-se que, apesar disso, só poderiam ser indemnizados os danos não imputáveis à falta de impugnação do acto ou à reduzida diligência do lesado no processo impugnatório.

O preceito em causa suscitou assim, como se adiantou, divergências interpretativas na doutrina, podendo distinguir-se entre uma leitura *processualista* e uma leitura *substancialista* daquele norma, defendendo a primeira que a prévia impugnação contenciosa do acto lesivo constituía um pressuposto processual para a admissibilidade da acção por indemnização e a segunda que essa impugnação (ou melhor, a falta dessa impugnação) apenas poderia relevar em sede de culpa do lesado.

§3.1. A corrente processualista

6. A leitura dita “processualista” deve-se, essencialmente, a MARCELLO CAETANO, que, notando que “[a] ressalva contida na parte final deste artigo 7.º redundante, na prática, em atenuar consideravelmente a utilidade do princípio afirmado na primeira parte”, na medida em que “há muitos prejuízos que ficam reparados por virtude da anulação do acto que os causou e da execução da sentença anulatória”, acabava por concluir que apenas poderiam “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”⁶.

A mesma orientação viria a ser sufragada por AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ⁷, a quem se deve uma clarificação decisiva sobre o regime contido no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48051.

O Autor, analisando o preceito em apreço, começou por notar que esta solução legislativa se inspirava no modelo Alemão – olvidando, contudo, o legislador Português que aquele modelo previa um meio jurídico de tutela (a *Anfechtungsklage*) cuja interposição tem por consequência suspender

⁶ Cf. *Manual de Direito Administrativo*, Volume II, 10.ª edição (11.ª reimpressão), Almedina, Coimbra, 2013, página 1235.

⁷ Esta afirmação não é incontroversa, já que, se existem Autores que reconduzem a posição de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ à tese processualista, na esteira de MARCELLO CAETANO (v.g., RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, Almedina, Coimbra, 1992, página 221, RUI MACHETE, “A acção para efectivação da responsabilidade civil extracontratual”, in AA.VV., *Reforma do Contencioso Administrativo*, Volume I – O Debate Universitário (Trabalhos Preparatórios), Coimbra Editora, Coimbra, 2003, página 206, bem como VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, página 554), outras vezes há que, pelo contrário, entendem ter sido aquele o pioneiro da tese substancialista (em contraposição, portanto, ao mesmo MARCELLO CAETANO): cf. MANUEL DA SILVA GOMES, “Diligência Processual e RRCEEP: a quanto obrigas?”, in AA.VV., *Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas: Anotações de Jurisprudência* (coord. CARLA AMADO GOMES e TIAGO SERRÃO), ICJP, Lisboa, Outubro de 2013, página 87, nota 6, www.icjp.pt.

Sem prejuízo desta divergência, parece ser pacífico que foi na sequência da posição de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ que os Tribunais administrativos inverteram a sua orientação anterior e abraçaram a tese substancialista (cf. *infra*).

os efeitos do acto, o que não sucedia no nosso recurso contencioso de anulação, pelo que, “na grande maioria dos casos”, não se poderia esperar da mera interposição de um recurso contencioso “a suspensão da produção dos danos ligados ao acto impugnado”.

Assim, “[p]ara que o segundo preceito do artigo 7.º desse diploma não seja praticamente privado de alcance, deve entender-se que 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”⁸. Esta clarificação não tardaria a ser acolhida pela jurisprudência, que rapidamente passou a considerar que o “ônus de diligência processual” imposto pelo artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48051 abrangia “não só a impugnação contenciosa desse acto, mas ainda o requerimento da providência cautelar da sua eficácia ao abrigo do disposto no artigo 76.º da LPTA”⁹.

Na tese processualista viria também a filiar-se SÉRVULO CORREIA, que, depois de sublinhar as diferentes natureza, estrutura e efeitos de cada um dos dois meios processuais – sendo o recurso contencioso “a forma de processo própria para eliminar do ordenamento jurídico os efeitos jurídicos para aí transpostos pela regulação da situação concreta através do acto administrativo” e representando a acção de responsabilidade civil, por sua vez, “a forma de processo própria para dirimir litígios que tenham por objecto danos em sentido estrito, ou seja, diferenças para menos causalmente provocadas no património do particular pelo acto administrativo ilegal” –, concluía que libertar o particular “do ónus de impugnação do acto administrativo naqueles casos em que não haja a certeza de que o dano subsistiria não obstante o recurso, frustraria a função do controlo jurídico objectivo que a Constituição também atribui ao recurso contencioso e atentaria contra elementar imperativo de economia processual que manda que se utilize aquele meio que assegura simultaneamente a eliminação da situação jurídica administrativa ilegal do seio do ordenamento jurídico

⁸ Cf. a sua “Anotação” ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 14 de Outubro de 1986 (recurso n.º 19.946), in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 120.º, n.º 3763, Fevereiro de 1988, páginas 308 e 309.

⁹ Cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 18 de Março de 1993, processo n.º 030914, www.dgsi.pt.

e conexas supressão do dano, em vez de um ressarcimento propriamente dito que pesa ao erário público e deixa subsistir a ilegalidade”¹⁰.

Esta corrente produziria uma forte influência sobre a jurisprudência administrativa, em particular numa fase inicial da aplicação do Decreto-Lei n.º 48051 (chegando a falar-se mesmo em “excepção peremptória de caso decidido”), sendo possível, ainda hoje, registar ecos desse entendimento¹¹.

§3.2. A corrente substancialista

7. No entanto, a esta leitura haveria de contrapor-se uma outra, esta já de pendor substancialista.

Neste âmbito, merece particular destaque a posição de RUI MEDEIROS, que defendia, inclusivamente, a inconstitucionalidade do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48051, por “restring[ir] arbitrariamente o direito de indemnização consagrado no artigo 22.º da Constituição”. É que, apesar de o “direito constitucional à reparação dos danos” não impedir o legislador de atribuir relevância à culpa do lesado, a verdade é que “o facto do lesado só deve ter relevância se for reprovável”, sendo que, à luz da lei, “uma leve negligência na não impugnação do acto administrativo inconstitucional exclui, pura e simplesmente, o direito de indemnização”, não tendo o legislador em conta que “no facto do lesado pode estar presente um concurso de culpa comparativamente insignificante”. E, independentemente disso,

¹⁰ Cf. “A efectivação processual da responsabilidade civil extra-contratual da Administração por actos de gestão pública”, in AA.VV., *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1999, página 317.

Ainda sobre a interpretação do artigo 7.º do Decreto-Lei 48051, cf. MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *A Responsabilidade Civil do Estado e Demais Pessoas Colectivas Públicas*, Conselho Económico e Social, Lisboa, 1997, páginas 44 e 45.

¹¹ Assim, em Acórdão de 31 de Outubro de 2012, proferido no processo n.º 07/11, o Supremo Tribunal Administrativo considerou que, “[f]ace à disposição do artigo 7.º do Decreto-Lei 48051, de 21.11.67, com base na ilegalidade de acto administrativo lesivo, o interessado podia ser ressarcido por uma dupla via: através da interposição de recurso contencioso, com a sequente anulação do acto impugnado e através de um pedido de indemnização autónomo, por meio de acção sobre responsabilidade civil, mas apenas por aqueles prejuízos que ficariam por reparar, mesmo que tivesse sido executada a sentença anulatória” (www.dgsi.pt).

“as exigências de segurança e de certeza nas relações administrativas”, se “podem justificar que a não interposição do recurso de anulação impeça a reintegração do direito ou interesse do particular”, já não se opõem, todavia, “à subsistência de um direito de indemnização autónomo”¹².

Menção especial é também devida à posição de MARGARIDA CORTEZ, que, em monografia especificamente dedicada ao tema, defendeu expressamente estar-se perante uma situação de concausalidade, de concurso de culpas ou, mais rigorosamente, de concurso de omissão culposa do lesado. Uma vez que a acção de responsabilidade civil é autónoma face à acção de impugnação, o que importa saber não é se os danos provocados pelo acto lesivo poderiam ser reparados através da anulação deste, mas sim se o lesado podia ou não ter evitado a produção ou impedido o agravamento desses danos¹³. Ou seja, ao contrário do que pretendia MARCELLO CAETANO, o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48051 apenas excluía a indemnização dos danos imputáveis à falta de interposição de recurso contencioso, mas já não a dos danos cuja subsistência fosse imputável a essa falta de interposição – estar-se-ia, então, “no domínio da causalidade hipotética”¹⁴.

Também JOSÉ LUÍS MOREIRA DA SILVA, por seu turno, salientando que seria inconstitucional (por violação do artigo 22.º da Constituição) uma interpretação do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48051 que equivalesse a transferir “para o particular o ónus da existência de responsabilidade

¹² Cf. *Ensaio...*, cit., páginas 221 a 223.

Também RUI MACHETE viria mais tarde a defender que o princípio da tutela jurisdicional efectiva, consagrado nos artigos 20.º e 268.º, n.º 4 da Constituição, impede quaisquer “restrições à efectivação da responsabilidade por actos de gestão pública com base na circunstância de não ter sido interposto o recurso de contencioso”: cf. “A acção...”, cit., páginas 206 e 207.

Igualmente no sentido da inconstitucionalidade do artigo 7.º do Decreto-Lei 48051, na interpretação de que a falta de interposição do recurso contencioso de anulação precludia o direito a indemnização pelos danos provocados pelo acto lesivo, cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso...*, página 553.

¹³ Cf. *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, STVDIA IVRIDICA 52, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2000, maxime páginas 248 e seguintes.

¹⁴ Cf. MARGARIDA CORTEZ, “Responsabilidade Civil da Administração Pública”, in AA.VV., *Seminário Permanente de Direito Constitucional e Administrativo*, Volume I, Associação Jurídica de Braga, 1999, maxime páginas 81 e 82.

por parte da Administração”, defendeu que à norma em causa deveria ser dada uma leitura em conformidade com a Constituição, que consistiria, precisamente, em considerar estarmos perante a reafirmação, no campo do Direito Público, de “um princípio geral da responsabilidade civil no direito privado”, o da culpa do lesado. Assim, a responsabilidade da Administração – e o correspondente direito à indemnização por parte do lesado – existe(m) “com a prática do acto ilícito”; simplesmente, “o quantum indemnizatório terá que ser “medido” de acordo com a eventual concorrência de culpa do lesado no agravamento do dano”; ou seja, “o dano causador da obrigação de indemnizar por parte da Administração resulta da prática do acto ilícito e não da negligência processual do particular”, a qual, quando muito, “poderá apenas agravar o dano”¹⁵.

§3.3. Posição prevalecente

8. Como se referiu, depois de, num primeiro período, a jurisprudência administrativa ter adoptado a tese processualista – tendo o Supremo Tribunal Administrativo chegado, inclusivamente, a estender este regime à impugnação de actos nulos¹⁶, numa orientação muito discutível¹⁷ –, a jurisprudência administrativa, muito por influência de AFONSO RODRIGUES QUEIRO¹⁸, acabaria por se inclinar decisivamente para a tese substancialista¹⁹.

¹⁵ Cf. “Da responsabilidade civil da Administração Pública por actos ilícitos”, in AA.VV., *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1995, página 162.

¹⁶ Assim, cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 18 de Março de 1993, processo n.º 030914, já acima citado.

¹⁷ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III (Actividade administrativa), 2.ª edição, D. Quixote, Alfragide, 2009, página 500.

¹⁸ E independentemente das divergências quanto à inserção do pensamento deste Autor na corrente processualista ou substancialista, a que acima se aludiu (cf. nota 3 *supra*).

¹⁹ Para uma descrição da evolução da jurisprudência, cf. MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade Civil...*, cit., página 178 e seguintes, ESTÊVÃO NASCIMENTO DA CUNHA, *Impugnação Contenciosa de Actos Administrativos no CPTA*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, páginas 48 e seguintes (*maxime*, página 53, nota 95), CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Regime geral da responsabilidade civil da Administração

Esta viragem jurisprudencial teve como ponto marcante o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 30 de Outubro de 1995, processo n.º 036309, no qual se afirmou que “a acção de indemnização para ressarcimento dos prejuízos não depende ou exige a instauração e procedência de recurso contencioso contra o acto lesivo” (www.dgsi.pt). Pouco depois, em 27 de Fevereiro de 1996, o mesmo Supremo Tribunal firmaria o entendimento de que “[a] 2.ª parte do artigo 7.º do Decreto-Lei 48051 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”²⁰.

Ou seja, “[a] regra da 2.ª parte do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48051, de 21.11.67, não constitui uma excepção peremptória extintiva do direito de indemnização, caracterizando antes uma situação equivalente à do artigo 570.º, do Código Civil, que releva no plano do nexo de causalidade e da culpa”²¹. Ou, noutra formulação, “[o] comando inscrito na 2.ª parte do artigo 7.º do Decreto-Lei 48051, 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

Pública”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 40, Julho/Agosto de 2003, página 24, IDEM, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, páginas 111 e 112, e FILIPA CALVÃO, “Artigo 4.º”, cit., páginas 106 e 107.

²⁰ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 27 de Fevereiro de 1996, processo n.º 023058, www.dgsi.pt.

Nos mesmos termos, cf. também o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 15 de Dezembro de 2004, processo n.º 0992/04, www.dgsi.pt.

²¹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 11 de Janeiro de 2000, processo n.º 045240, www.dgsi.pt.

ou agravamento dos danos, caracterizando uma situação equivalente à do artigo 570.º do Código Civil”²².

§4. Um lugar paralelo: o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 28/91/M, de 22 de Abril de 1991

9. Antes de avançar, uma nota paralela para assinalar que, antes do CPTA e do RRCEEP, o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48051 não era a única norma que, em território Português, previa o afastamento do direito à indemnização por facto imputável ao lesado – nem foi a única disposição a suscitar dúvidas quanto à sua (in)constitucionalidade.

Com efeito, o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 28/91/M, de 22 de Abril de 1991, dispunha o seguinte:

“1. O dever de indemnizar, por parte da Administração do Território e demais pessoas colectivas públicas, titulares dos seus órgãos, e dos seus agentes, não depende do exercício pelos lesados do direito de recorrer do acto ilegal causador do dano e subsiste quando o dano perdurar apesar da anulação do acto ilegal e da execução da sentença anulatória.

2. O direito destes à reparação não se manterá em caso de o dano ser imputável à falta de interposição de recurso ou à negligente conduta processual do lesado.”

²² Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 3 de Novembro de 2005, processo n.º 01028/04, www.dgsi.pt.

Este entendimento encontra-se ainda vertido em diversos outros Acórdãos – vejamos, a título de exemplo, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 31 de Outubro de 2000, processo n.º 046354, bem como de 7 de Outubro de 2004, processo n.º 069/04, de 16 de Novembro de 2004, processo n.º 048197, e de 16 de Dezembro de 2009, processo n.º 0228/09 –, mostrando-se hoje absolutamente pacífico: também por isso, ainda recentemente, por Acórdão de 15 de Junho de 2016, proferido no processo n.º 0670/16, o Supremo Tribunal Administrativo decidiu não “admitir revista se vem questionado o entendimento do acórdão recorrido quanto ao disposto na segunda parte do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48051, de 21.11.1967 e ele segue a linha do que tem sido considerado no Supremo Tribunal Administrativo”.

Questionado sobre a conformidade desta norma com o disposto no artigo 22.º da Constituição, o Tribunal Constitucional decidiu-se pela ausência de inconstitucionalidade²³.

§5. O artigo 38.º do CPTA

10. Posteriormente, em 2002, o entendimento jurisprudencial já então dominante na matéria viria a ser reforçado pela aprovação do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (“CPTA”)²⁴, mais concretamente por força do disposto no artigo 38.º daquele Código.

Preceitua aquela norma, na verdade, que, em alguns casos – nomeadamente, no domínio da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública –, “o tribunal pode conhecer, a título incidental, da ilegalidade de um ato administrativo que já não possa ser impugnado” (n.º 1); não obstante, “não pode ser obtido por outros meios processuais o efeito que resultaria da anulação do ato inimpugnável” (n.º 2)²⁵.

²³ Cf. Acórdão n.º 45/99, de 19 de Janeiro de 1999, processo n.º 101/98, www.tribunalconstitucional.pt.

²⁴ Através da Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.

²⁵ Redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro.

Na sua redacção inicial, a norma em causa dispunha que “Sem prejuízo do disposto no número anterior, a acção administrativa comum não pode ser utilizada para obter o efeito que resultaria da anulação do acto inimpugnável”.

Sobre este preceito, veja-se MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais Anotados*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2004, páginas 277 e 278, bem como MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª edição revista, Almedina, Coimbra, 2010, páginas 254 e seguintes.

A alteração agora introduzida deve-se fundamentalmente à eliminação, em 2015, da dualidade de meios processuais principais (acção administrativa especial vs. acção administrativa comum) consagrada na versão original do CPTA.

Daqui resultam, por conseguinte, dois corolários fundamentais:

- (i) Por um lado, o facto de um acto administrativo já não poder ser impugnado não obsta a que o Tribunal conheça da sua ilegalidade, ainda que a título incidental (nomeadamente, para indagar do preenchimento do requisito da *ilicitude*, no contexto de uma acção de responsabilidade civil) – o que claramente evidencia a *autonomia* das duas acções (de impugnação e de indemnização), tornando inequívoco que a primeira não é um pressuposto necessário da segunda²⁶;
- (ii) Por outro lado, apesar dessa autonomia, a falta de impugnação do acto lesivo não pode deixar de ter consequências ao nível da tutela final concedida ao interessado, impedindo-o de obter, numa outra acção (desde logo, com fins indemnizatórios), os mesmos efeitos que obteria em caso de anulação do acto lesivo²⁷.

11. Tais ideias-chave do regime da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública foram já expressamente afirmadas na nossa jurisprudência administrativa.

²⁶ Ou seja, por outras palavras, “o direito à indemnização não depende da tempestiva impugnação administrativa”: cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 15.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, página 222.

No entanto, como foi assinalado pela Ordem dos Advogados, em Parecer elaborado pelo respectivo Gabinete de Estudos em 21 de Julho de 2005 (disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Pareceres/detalhe_parecer.aspx?idc=1&idsc=27684&ida=40109), tal autonomia, à luz do RRCEEP (*rectius*, à data, à luz de um projecto de diploma sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado), não existe em pelo menos dois casos: a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário (artigo 13.º, n.º 2) e por omissão legislativa (artigo 15.º, n.º 4).

Teremos oportunidade de analisar estas duas situações mais adiante.

²⁷ Esta norma parece estar pensada, sobretudo, para obviar a abusos dos interessados, que, não tendo lançado mão dos meios impugnatórios dentro dos prazos preclusivos legalmente previstos para o efeito, viessem depois procurar obter, por via incidental, o mesmo resultado que apenas poderiam alcançar, a título principal, através de uma acção de impugnação.

Assim, quanto à autonomia das pretensões, em decisão recente considerou-se que a lei (mais concretamente, à luz do disposto nos artigos 38.º, n.º 1 e 56.º, n.º 2 do CPTA) “*não impede a dedução – por impropriedade do meio processual ou aceitação do acto pelos lesados – de uma acção de indemnização, para pagamento das quantias que eram devidas pelo exercício das funções de membros do Conselho Executivo de um Agrupamento de Escolas até ao final do mandato, o facto de os autores não terem impugnado os actos de nomeação de nova comissão que foi empossada antes do termo do seu mandato*”²⁸.

Ao mesmo tempo, porém, também não existe qualquer violação do disposto no artigo 38.º, n.º 1 do CPTA, em sede de “*conhecimento incidental da ilegalidade de acto administrativo em acção comum*”, quando o Tribunal, “*mesmo que hipotizando tal ilegalidade, ainda assim, vista a regra contida no artigo 7.º, 2.ª parte, do Decreto-Lei n.º 48051, de 21.11 (de situação equivalente à do artigo 570.º do Código Civil)*”, acaba por concluir “*pela exclusão do direito à reparação dos danos, por o aqui autor/recorrente não ter impugnado “no devido tempo a deliberação do júri cuja ilegalidade quer ver agora apreciada a título incidental”*”²⁹.

PARTE II – O artigo 4.º do RRCEEP e a culpa do lesado

§6. O artigo 4.º do RRCEEP face ao artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48051

12. Ao analisar o artigo 4.º do RRCEEP importa ter presente, antes de mais, que este preceito não constitui uma mera reprodução ou simples reiteração do que já anteriormente dispunha o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48051, uma vez que aquele apresenta *duas diferenças fundamentais*, relativamente a esta última norma.

²⁸ Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 3 de Junho de 2016, processo n.º 00662/09.3BEAVR, www.dgsi.pt.

²⁹ Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 22 de Janeiro de 2016, processo n.º 00316/10.8BECBR, www.dgsi.pt.

Em primeiro lugar, pela sua epígrafe e pela sua redacção, o artigo 4.º do RRCEEP torna inequívoco de que a falta de utilização da “*via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo*” apenas releva em sede de aferição da eventual *culpa do lesado*, não constituindo um pressuposto processual de que depende a atribuição de uma indemnização³⁰. Neste mesmo sentido, afirmou o Tribunal Central Administrativo Sul que o artigo 4.º do RRCEEP “*reproduz o princípio contido no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48051, 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*”³¹. Ou seja, por outras palavras, trata-se de um problema relativo ao mérito da pretensão, e não à sua admissibilidade. Este preceito, por conseguinte, não consente a divergência interpretativa que, ao abrigo do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48051, se suscitou.

Em segundo lugar, o artigo 4.º do RRCEEP, ao determinar que o Tribunal deve decidir, face à conduta do autor, “*se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída*”, permite que, mesmo em caso de actuação culposa do lesado, possa este obter provimento na totalidade do pedido indemnizatório formulado. É dizer: a mera verificação de que o lesado concorreu culposamente para os danos sofridos, *de per se*, não habilita automaticamente a conclusão de que a indemnização deverá ser (pelo menos) reduzida, quando não mesmo excluída. Pelo contrário – e ao contrário do que resultava do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48051, ao

³⁰ Isso resulta, desde logo, da Proposta de Lei n.º 56/X, que esteve na origem da Lei n.º 67/2007 e em cuja Exposição de Motivos o legislador apontava como grande novidade “*a consagração, com alcance geral, do entendimento, já assumido pela jurisprudência administrativa, de que a eventual não utilização da via processual adequada à eliminação de um acto jurídico lesivo, só por si, não põe em causa o direito à indemnização, apenas podendo relevar no quadro do instituto da culpa do lesado*” <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=21144>).

Cf., na doutrina, CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime...*, cit., páginas 111 e 112.

³¹ Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 14 de Dezembro de 2011, processo n.º 07175/11, www.dgsi.pt.

abrigo do qual a ocorrência de um facto culposos do lesado tinha *sempre* consequências na determinação do montante indemnizatório a atribuir –, o artigo 4.º do RRCEEP permite, tal como o artigo 570.º, n.º 1 do Código Civil, que o Tribunal decida pela *irrelevância* da culpa do lesado, para efeitos da reparação *integral* da sua esfera jurídica, no que constitui, porventura, a diferença mais significativa entre o regime actual e o anteriormente vigente³².

§7. O artigo 4.º do RRCEEP face ao artigo 570.º do Código Civil

13. Por outro lado, o artigo 4.º do RRCEEP também não se limita a reproduzir no âmbito do Direito Público a figura da culpa do lesado prevista no artigo 570.º do Código Civil³³ – o que, a ser o caso, não deixaria de suscitar alguma perplexidade pela redundância do legislador, já que esta figura tem um alcance transversal, assumindo-se como um verdadeiro princípio geral de Direito.

Pelo contrário, a doutrina tem considerado que o artigo 4.º do RRCEEP “*veio dar um novo “fôlego” à questão*” da culpa do lesado, consagrando mesmo “*um novo paradigma na matéria*”³⁴; as análises doutrinárias mais recentes indiciam que “*a figura adquire contornos especiais em sede de responsabilização das entidades públicas*”, sendo possível descortinar-lhe “*uma (nova) vocação, de cláusula de repartição ou exoneração de*

³² Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “A Efectivação da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Volume III, Almedina, Coimbra, 2010, página 622, bem como MANUEL DA SILVA GOMES, “Diligência Processual...”, cit., páginas 88 e 89.

³³ Com a originalidade de incluir especificamente, neste âmbito, a falta de utilização dos meios processuais adequados como um exemplo de culpa do lesado: cf. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa”, in *Revista do CEJ*, 1.º semestre de 2009, n.º 11, página 249, IDEM, *Regime...*, cit., página 111, bem como FILIPA CALVÃO, “Artigo 4.º”, cit., página 106.

³⁴ Cf. MANUEL DA SILVA GOMES, “Diligência Processual...”, cit., página 84.

*responsabilidades em razão do conhecimento dos factores de risco subjacentes ao contexto circunstancial de lesante e lesado*³⁵.

§8. Aplicação da figura às diversas funções do Estado

14. Não obstante o que as suas letra e inserção sistemática poderiam levar a crer, a figura da culpa do lesado não é de aplicação exclusiva à responsabilidade pelo exercício da função administrativa, tendo um alcance mais amplo, abrangendo também a responsabilidade no âmbito da função jurisdicional e, inclusivamente, da função político-legislativa³⁶.

§8.1. No âmbito da função político-legislativa

15. *Prima facie*, dir-se-ia que este instituto não teria particular utilidade ou, sequer, campo de aplicação no âmbito da responsabilidade civil extracontratual do Estado pelo exercício da função político-legislativa³⁷.

No entanto, embora esta intuição se apresente, globalmente, correcta, não pode ser levada ao extremo – isto porque, apesar da diminuta operatividade que a culpa do lesado assume neste contexto, não pode, sem mais, concluir-se pela sua total irrelevância.

³⁵ Cf., neste sentido, CARLA AMADO GOMES, “A culpa (ou a conduta?) do lesado...”, cit., páginas 10 e 11. A Autora conclui, em coerência, que “*não há redundância na inserção do artigo 4.º do RRCEE; há, sim, um sinal de abertura da conduta do lesado a especificidades da figura no Direito da responsabilidade civil extracontratual da Administração*” (cf. ob. cit., página 11).

³⁶ Enfatizando que o artigo 4.º do RRCEEP, pese a sua redacção, extravasa as fronteiras da mera responsabilidade administrativa, sendo também aplicável à administração da Justiça e, mais dubitativamente, à responsabilidade por erro judiciário, cf. CARLA AMADO GOMES, “A culpa (ou a conduta?) do lesado...”, cit., páginas 12 e 13.

No entanto, como se verá ao longo da presente anotação, a figura tem até um alcance mais amplo do que aquele que lhe é atribuído pela Autora.

³⁷ No sentido de que, “*no que tange à função político-legislativa, em razão da sua unilateralidade, não se vislumbra espaço útil para a figura da culpa do lesado na efectivação da responsabilidade por facto da mesma*”, cf. CARLA AMADO GOMES, “A culpa (ou a conduta?) do lesado...”, cit., página 13, bem como FILIPA CALVÃO, “Artigo 4.º”, cit., página 108.

§8.1.1. A responsabilidade por actos legislativos

16. A culpa do lesado será, parece, inaplicável no que respeita à responsabilidade civil do Estado por danos provocados por leis exequíveis por si mesmas, já que, sendo estas imediatamente operativas e não dispendo os interessados, em Portugal, de um mecanismo directo de reacção jurisdicional contra actos legislativos – leia-se, um *recurso de amparo* –, e sendo os demais mecanismos abstractamente equacionáveis³⁸ manifestamente insuficientes, não há como imputar aos lesados uma qualquer culpa pelos danos provocados por uma lei cujas aprovação e entrada em vigor não têm como evitar³⁹.

No entanto, a doutrina assinala que, a par deste tipo de normas, também “[h]á normas legislativas imediatamente operativas que só são susceptíveis de provocar danos se forem cumpridas pelos seus destinatários”: nestes casos, e ainda que a regra continue a ser a de que, normalmente, haverá “*culpa do legislador sem a correspondente culpa do lesado, porque o grau de diligência exigível dos Deputados e dos membros do Governo não é, naturalmente, idêntico àquele que é exigível do homem médio, sem conhecimentos de direito*”, poderá eventualmente falar-se em culpa do lesado, sendo então necessário aferir em que medida a actuação deste contribuiu ou não para a verificação dos danos, para saber se a indemnização há-de ser totalmente concedida, reduzida ou, no limite, excluída⁴⁰.

O mesmo se verificará, até por maioria de razão, quanto aos *actos materialmente administrativos* contidos em diploma formalmente legislativo – que o particular pode impugnar directamente, como resulta dos artigos 268.º, n.º 4 da Constituição e 52.º, n.º 2 do CPTA – e quanto aos actos administrativos de execução vinculada de uma lei (que o lesado reputa de) inconstitucional⁴¹, situações em que a falta de instauração da acção

³⁸ V.g., solicitação ao Provedor de Justiça que requeira a declaração da inconstitucionalidade da(s) norma(s) lesiva(s), com força obrigatória geral, nos termos do disposto no artigo 23.º, n.º 1 e 281.º, n.º 2, alínea d) da Constituição.

³⁹ Cf. RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., páginas 223 a 227.

⁴⁰ Cf. RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., páginas 227 a 229.

⁴¹ Que ainda representa um exemplo de responsabilidade do Estado-legislador, e não do Estado-Administração.

contenciosa pelo lesado, quando *culposa*, pode conduzir à exclusão ou redução da indemnização que lhe seja devida⁴².

§8.1.2. A responsabilidade por omissões legislativas

17. Isto, quanto à responsabilidade do Estado-legislador por *acções*, traduzidas na aprovação de determinado(s) diploma(s) legislativos.

Quid juris, todavia, no caso de *omissões* legislativas?

Do mesmo modo que não consagra um qualquer recurso de amparo contra actuações legislativas, o nosso ordenamento jurídico tão-pouco prevê mecanismos de reacção directa contra omissões legislativas, cuja verificação compete exclusivamente ao Tribunal Constitucional (nos termos

Neste sentido, afirmando que, “quando os titulares dos órgãos e funcionários administrativos são obrigados a executar a norma contrária à Constituição, a obrigação de indemnizar recai, unicamente, sobre o Estado legislador”, cf. RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., página 201. Com posição idêntica, considerando que, “desde que a Administração é obrigada a executar normas inconstitucionais, a obrigação de indemnizar recai unicamente sobre o Estado-legislador”, cf. JORGE MIRANDA, “A Constituição e a responsabilidade civil do Estado”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, página 934. MARIANA MELO EGÍDIO, por seu turno, entende serem “imputáveis ao Estado legislador, não apenas os danos causados directamente pela norma legislativa, mas também os danos resultantes de actos de execução vinculada, solução que se afigura mais tuteladora dos direitos dos particulares num ordenamento em que regra geral, a Administração não pode desaplicar normas alegadamente inconstitucionais, por força do princípio da segurança jurídica” (cf. “Responsabilidade civil extracontratual do Estado por (des)aplicação de leis inconstitucionais”, in AA.VV., *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, páginas 752 e 753).

Naturalmente que, referindo-se estes casos à aplicação obrigatória da lei pela Administração Pública, torna-se imperioso indagar se e em que casos pode esta desaplicar uma norma legal, *maxime* com fundamento na sua inconstitucionalidade. Trata-se, contudo, de um problema cuja discussão, como está bom de ver, exorbita largamente o propósito deste comentário. Sobre o tema, veja-se (ainda com muito interesse, apesar do tempo já decorrido desde a sua publicação) a monografia de ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A fiscalização administrativa da constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2004, e, mais recentemente, MARIANA MELO EGÍDIO, “Responsabilidade civil extracontratual...”, cit., páginas 725 e seguintes.

⁴² Cf. RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., páginas 219 a 223.

do artigo 283.º, n.º 1 da Constituição), mas sem que os particulares tenham acesso a esse meio – podendo, quando muito, requerer a algum dos órgãos com legitimidade ali identificados para suscitarem junto do Tribunal Constitucional semelhante tipo de fiscalização.

Nesta linha, em princípio, dir-se-ia que a culpa do lesado não teria aplicabilidade no campo das omissões legislativas.

Porém, e uma vez mais, tal não é exactamente assim.

Na verdade, a doutrina (já antes do RRCEEP) tem ressalvado que as dificuldades acima apontadas não implicam “que a conduta processual do lesado seja absolutamente irrelevante em matéria de responsabilidade civil do legislador e que, em particular, o juiz não a possa levar em conta para efeitos de determinação do montante da indemnização”, até porque o Tribunal de Justiça também atribui relevância à conduta do lesado, para efeitos da determinação do montante da indemnização a que este possa ter direito por força do incumprimento do Direito da União Europeia por parte de um Estado-membro⁴³.

Por outro lado, o próprio RRCEEP exige a prévia intervenção do Tribunal Constitucional para que possa efectivar-se a responsabilidade do Estado por omissões legislativas. Assim, o respectivo artigo 15.º, n.º 5 estabelece que “[a] constituição em responsabilidade fundada na omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais depende da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional”.

Sem entrar na análise desta norma e, nomeadamente, na discussão sobre a sua conformidade com a Constituição – cf. o correspondente comentário, mais adiante nesta obra⁴⁴ –, para o que aqui importa realça-se apenas que,

⁴³ Cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de Legislar e Protecção Jurisdicional contra Omissões Legislativas – Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, páginas 342 e 343.

⁴⁴ Cf., não obstante, CARLA AMADO GOMES, “As novas responsabilidades dos Tribunais Administrativos na aplicação da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro – Primeiras impressões”, in CARLA AMADO GOMES, *Três Textos sobre o Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, AAFDL, Lisboa, 2008, páginas 119 e seguintes, DINAMENE SANTOS, “Inconstitucionalidade e responsabilidade por actos legislativos – o novo regime introduzido pelo artigo 15.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de

no específico campo da responsabilidade civil do Estado por omissões legislativas inconstitucionais, a lei obriga a uma prévia reacção bem sucedida do lesado (ou, porventura, de um terceiro) junto dos órgãos com competência para requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização da constitucionalidade por omissão, sem o que a atribuição de uma indemnização, com tal fundamento, não se revela legalmente possível.

§8.2. No âmbito da função jurisdicional e da administração da Justiça

18. No que respeita à eventual relevância da culpa do lesado pelos danos sofridos em virtude do exercício da função jurisdicional, importa distinguir duas situações de responsabilidade do Estado, consoante estejamos perante o *mau* ou “apenas” o *tardio* exercício dessa função. Isto é, deve olhar-se separadamente para as situações de (i) responsabilidade por erro judiciário – que já representa o exercício da função jurisdicional, propriamente dita –, e de (ii) responsabilidade pela morosidade dos processos, ou seja, por atrasos na administração da justiça (que ainda é uma situação de responsabilidade pela função administrativa, ou, pelo menos, uma situação disciplinada por esse regime, nos termos do disposto no artigo 12.º do RRCEEP).

No primeiro caso, importa ter presente que o artigo 13.º, n.º 2 do RRCEEP exige que qualquer pedido indemnizatório fundado em erro judiciário seja “*fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente*”⁴⁵. Por esse motivo, como já foi decidido na jurisprudência,

Dezembro”, in *O Direito*, Ano 141.º, IV, 2009, páginas 966 e seguintes, MIGUEL BETTENCOURT DA CAMARA, *A Acção de Responsabilidade Civil por Omissão Legislativa e a Norma do N.º 5 do Art. 15.º da Lei 67/2007 – Alguns Efeitos Substantivos e Processuais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, e RAQUEL ALEXANDRA BRÍZIDA CASTRO, *As Omissões Normativas Inconstitucionais no Direito Constitucional Português*, Almedina, Coimbra, 2012, páginas 316 e seguintes.

⁴⁵ Sem prejuízo de o Tribunal Constitucional já se ter pronunciado no sentido da não inconstitucionalidade desta norma (cf. Acórdão n.º 363/2015 da 2.ª Secção, proferido em 9 de Julho de 2015 no processo n.º 185/15, publicado no *Diário da República*, II Série, n.º 186, de 23 de Setembro de 2015), diga-se que tal não afasta as dúvidas legitimamente

“[s]e a parte podia ter recorrido da decisão judicial e não o fez (por opção ou lapso) não pode agora vir pedir uma indemnização por erro da mesma, mesmo que esse erro seja evidente ou grosseiro”⁴⁶.

Já no que concerne aos atrasos na administração da justiça, cumpre indagar se a conduta processual das partes deve ou não relevar como conduta culposa sua, para efeitos de reduzir ou excluir a indemnização pelos atrasos a que tenham dado azo.

Neste âmbito, traça-se usualmente uma distinção, consoante estejamos ou não perante processos *criminais* – distinção, essa, que assume uma *dupla* relevância:

- (i) Por um lado, num litígio de natureza não criminal (por exemplo, “*uma causa de natureza civil*”), “*é exigível às partes, em face do mencionado princípio do dispositivo, alguma dose de impulsionamento processual*”, ao passo que “[e]m matéria jurídico-penal essa cooperação é dispensada”⁴⁷;
- (ii) Por outro lado, em matéria criminal, a legislação prevê a existência de um incidente de *aceleração processual*⁴⁸, a que o lesado pode recorrer (mas cuja não utilização, em contrapartida, o torna co-responsável

suscitadas quanto à sua conformidade com a Constituição – e, menos ainda, com o Direito da União Europeia. Cf., nomeadamente, CARLA AMADO GOMES, “*As novas responsabilidades...*”, cit., páginas 110 e seguintes, bem como MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009, páginas 54 e seguintes, e ALESSANDRA SILVEIRA e SOPHIE PEREZ FERNANDES, “Anotação aos acórdãos (TEDH) *Ferreira Santos Pardal c. Portugal* e (TJUE) *Ferreira da Silva e Brito* (ou do “grito do Ipiranga” dos lesados por violação do direito da União Europeia no exercício da função jurisdicional)”, in *Julgat Online*, Outubro de 2015, <http://julgat.pt>.

Esse é, porém, um assunto a ser tratado na correspondente anotação a este preceito, pelo que para lá se remete.

⁴⁶ Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 1 de Março de 2012, processo n.º 01361/06, www.dgsi.pt.

⁴⁷ Cf. TIAGO SERRÃO, “A subsidiariedade da tutela jurisdicional conferida pelo TEDH no âmbito do direito à obtenção de uma decisão em prazo razoável”, in *O Direito*, Ano 143.º, IV, 2011, página 802.

⁴⁸ Cf. artigos 108.º a 110.º do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro.

pelos danos sofridos em virtude da morosidade do processo). Já noutros ramos processuais, perante a inexistência de um mecanismo idêntico, a questão não pode colocar-se da mesma forma, até porque, mesmo admitindo que o lesado possa queixar-se ao Provedor de Justiça (eventualmente, para que este interceda junto do Conselho Superior da Magistratura ou do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais), há que reconhecer que essa queixa não constitui “*um instrumento seguro ou efectivo*”, seja porque se trata de uma via meramente administrativa (e não processual), seja porque “*está na discricionariedade do Provedor fazer queixa ou não aos referidos conselho[s] superiores*”⁴⁹.

Mas, independentemente desta distinção e da matéria a que o litígio concretamente diga respeito, neste campo a regra é a de que “*cabe ao Estado organizar o seu sistema judiciário de molde a evitar que os processos se eternizem nos tribunais, através de sucessivos incidentes e recursos permitidos na lei interna*”; pelo que “[*o*] *facto de as partes utilizarem os vários meios processuais que a lei interna lhes permite para defesa dos seus interesses, não pode relevar como comportamento censurável a atender para efeitos de excluir a responsabilidade do Estado pela duração de um processo para além do prazo razoável, a não ser que deles façam um uso abusivo ou pré-determinado a atrasar o processo*”⁵⁰. É também

⁴⁹ Cf. RICARDO PEDRO, *Contributo para o estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas*, AAFDL, Lisboa, 2011, páginas 95 a 97; cf. ainda, em termos próximos, do mesmo Autor, “Administração da Justiça morosa: *La storia continua...*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 74, Volume I, Janeiro/Março de 2014, páginas 347 e 348 [também publicado em AA.VV., *Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas: Anotações de Jurisprudência* (coord. CARLA AMADO GOMES e TIAGO SERRÃO), Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Outubro de 2013, páginas 209 a 229, www.icjp.pt, bem como em RICARDO PEDRO, *Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado*, AAFDL, Lisboa, 2016, páginas 83 a 101].

⁵⁰ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 6 de Novembro de 2012, processo n.º 0976/11, www.dgsi.pt.

esta, note-se, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁵¹, da qual resulta, segundo a doutrina, que “*não se deve imputar ao recorrente a demora do processo que resulta do exercício dos seus direitos, mesmo que venha a verificar-se que não tinha razão*”⁵²; na verdade, “*sob pena de negação das mais básicas garantias de defesa, o exercício legítimo de direitos pelo queixoso jamais pode ser considerado abusivo para efeitos de determinação da (ir)razoabilidade da duração de um processo (ou de uma determinada fase do mesmo)*”⁵³.

Assim, na perspectiva de que ninguém pode ser censurado por exercer um direito – por não poder uma mesma conduta ser simultaneamente permitida e ilícita –, o exercício normal das faculdades que a lei concede às partes no âmbito de um processo judicial não constitui culpa do lesado, mesmo que, objectivamente, as diligências processuais por elas praticadas ou requeridas tenham contribuído para protelar a resolução do litígio. Para esse efeito, é ao Estado que cumpre, por um lado, assegurar que as leis processuais não permitem que as partes possam indefinidamente adiar a prolação de sentença e, por outro lado, dotar a “máquina judiciária” de

⁵¹ O qual constitui o fórum privilegiado para a apreciação da responsabilidade estadual por atrasos na administração da Justiça, na medida em que o artigo 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 4 de Novembro de 1950, sob a epígrafe “*Direito a um processo equitativo*”, dispõe que “[*q*]ualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial (...)”.

Sobre este preceito, cf. IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.ª edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2015, páginas 147 e seguintes. Vide ainda, com muito interesse, ARMANDO ROCHA, *O Contencioso dos Direitos do Homem no Espaço Europeu – O Modelo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, páginas 107 e seguintes, bem como, mais recentemente, MANUEL AFONSO VAZ e CATARINA SANTOS BOTELHO, “Algumas reflexões sobre o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Direito a um processo equitativo e a uma decisão num prazo razoável”, in *Epública – Revista Eletrónica de Direito Público*, n.º 7, Abril de 2016, *maxime* página 239 (www.e-publica.pt).

⁵² Cf. RICARDO PEDRO, *Contributo...*, cit., página 108.

Cf. também, do mesmo Autor, “Notas sobre o direito a uma decisão judicial em prazo razoável na União Europeia”, in RICARDO PEDRO, *Estudos sobre Administração...*, cit., páginas 60 e 61.

⁵³ Neste sentido, cf. TIAGO SERRÃO, “A subsidiariedade...”, cit., página 802.

meios técnicos e humanos para assegurar que os Tribunais conseguem dar resposta, em tempo útil, às pretensões que lhes são submetidas.

No entanto, e porque o ordenamento jurídico não pode tolerar situações de abuso de direito, as partes serão responsabilizadas caso se tenham servido dos meios processuais ao seu dispor de modo “abusivo ou pré-determinado a atrasar o processo”, mesmo que a sua postura processual não configure litigância de má fé (conforme definida no artigo 542.º, n.º 2 do Código de Processo Civil). Assim, e recorrendo novamente à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a conduta do autor/recorrente deve ser reprovada quando as iniciativas por si desencadeadas “representem, manifestamente, uma atitude obstrucionista ou objectivamente dilatória”, como sejam as “solicitações do recorrente de adiamentos injustificados das audiências no processo”, as “frequentes mudanças de advogado”, a sua “não apresentação à perícia médica ou perante o tribunal, desde que devidamente citado”, “as situações de fuga do arguido” e, em geral, o “não exercício razoavelmente diligente dos próprios direitos processuais que são da responsabilidade das partes na condução do processo”⁵⁴. Tratando-se de “manobras que assumam natureza verdadeiramente dilatória, (...) é compreensível que seja considerada juridicamente censurável a queixa apresentada por alguém que contribuiu, de modo decisivo, para o resultado do qual reclama”⁵⁵.

Foi isso que se verificou no âmbito do processo n.º 03576/08, em que o Tribunal Central Administrativo Sul considerou existir “negligência grave de litigância na vertente da condução dos interesses processuais de parte” na conduta do autor que, em acção intentada em Maio de 1990 com fundamento num acidente de viação ocorrido em Maio de 1985, em Novembro de 1994 requereu a realização de uma perícia médico-forense para prova dos danos corporais sofridos, “não podendo desconhecer que o grau de gravidade das lesões exigidas no art.º 148.º n.º 3 CP não se

⁵⁴ Cf. RICARDO PEDRO, *Contributo...*, cit., página 109.

Sobre os critérios utilizados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para avaliar a razoabilidade do prazo, cf. IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção...*, cit., páginas 188 a 191.

⁵⁵ Cf. TIAGO SERRÃO, “A subsidiariedade...”, cit., páginas 802 e 803.

tenham produzido na sua integridade física, como corroborado pela perícia médica do Instituto de Medicina Legal (art.º 600.º n.º 2 CPC), junta aos autos em 1.4.2003, 9 anos depois de requerida”. Assim, “[e]m razão do modo como o Autor litigou na acção cível”, o Tribunal Central Administrativo Sul excluiu por completo “a indemnização por danos morais no quadro do ressarcimento por atraso na administração da justiça”, por culpa do autor nesse atraso⁵⁶.

§9. Três notas quanto à determinação do “lesado”

19. Sob outro prisma, deve ainda notar-se que, para efeitos da aplicação da culpa do lesado, e tal como resulta do disposto no artigo 571.º do Código Civil, tanto relevam as condutas (activas ou omissivas) do próprio lesado como das pessoas que o representem, que actuem (ou devessem ter actuado) em seu nome ou a quem o lesado tenha recorrido.

Veja-se, neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9 de Outubro de 2012, processo n.º 0844/11, que, numa situação em que estavam em causa as declarações de responsabilidade dos autores dos projectos de especialidades no âmbito de uma operação urbanística, considerou, precisamente, que “[a]o facto culposo do lesado é equiparado o facto culposo dos seus representantes e das pessoas de quem ele se tenha utilizado (571.º do C. Civil)” (www.dgsi.pt).

Do mesmo modo, não obstará à aplicação deste mecanismo “o facto de a responsabilidade ser imputável ao mandatário judicial” do lesado⁵⁷.

20. Coloca-se também, por outro lado, a questão de saber se “terceiros” serão apenas entidades externas à Administração Pública, com quem esta se relacione, ou se poderão também ser funcionários ou agentes administrativos.

⁵⁶ Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 10 de Maio de 2012, processo n.º n.º 03576/08, www.dgsi.pt.

⁵⁷ Neste sentido, cf. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime...*, cit., página 114.

Apesar da resposta em princípio negativa, não pode esquecer-se que a jurisprudência francesa que primeiramente trilhou o caminho da responsabilidade administrativa pelo risco tinha como sujeito, precisamente, um trabalhador do Estado: com base na solução dada em França, a doutrina nacional entende que, no caso de danos sofridos por funcionários ou agentes administrativos, no exercício de actividades perigosas, deverá a responsabilidade pelo risco (na qual opera a culpa do lesado) ser convocada de forma *subsidiária*, “*apenas nos casos em que não exista subsídio de risco ou seguro profissional que cubra este tipo de lesões*”⁵⁸.

21. Questão distinta é ainda a de saber se a figura da culpa do lesado também pode ser aplicada ao denominado *colaborador benévolo*, isto é, ao terceiro que, actuando em gestão de negócios, colabora voluntariamente “*na prossecução de tarefas de utilidade pública que envolvem riscos, normalmente em contextos emergenciais, como a captura de criminosos, o combate e incêndios, o socorro a uma pessoa em risco de afogamento numa praia vigiada*”: pronunciando-se *ex professo* sobre o tema, considera CARLA AMADO GOMES ser de “*onerar exclusivamente o colaborador benévolo e ocasional por eventuais danos que sofra ou que provoque, uma vez que a iniciativa de colaboração é adoptada de livre, espontânea e (...) presumível altruística vontade*”. A Autora defende, assim, que a culpa do lesado deverá operar “*de forma, em regra, excludente da responsabilidade pelo risco da função administrativa – em razão da voluntariedade da conduta*”, embora não exclua liminarmente a possibilidade de reconhecimento (a apurar casuisticamente) de um direito a compensação por parte do lesado pelos danos especiais e anormais que porventura sofra, nos termos do artigo 16.º do RRCEEP (ou, eventualmente, nos termos do artigo 3.º, n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo, a propósito do *estado de necessidade*, aqui aplicável com adaptações), pelo menos quando “*a sua conduta se tenha revelado decisiva na evitação/minimização de danos a bens públicos, colectivos ou privados*”⁵⁹.

⁵⁸ Cf. CARLA AMADO GOMES, “A culpa (ou a conduta?) do lesado...”, cit., páginas 23 e 24.

⁵⁹ Cf. “A culpa (ou a conduta?) do lesado...”, cit., páginas 24 a 26.

§10. A amplitude na determinação da “conduta” culposa do lesado

22. Passando agora a analisar a “conduta” culposa do lesado, refira-se que, apesar de a letra do artigo 4.º do RRCEEP parecer cingir-se unicamente à falta de utilização da “*via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo*”, tem a doutrina assinalado que o alcance deste preceito (e do instituto nele consagrado) é mais amplo do que isso: para este efeito, releva toda e qualquer conduta através da qual o lesado “*tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados*”, sendo a falta de instauração da competente acção impugnatória apenas um de muitos exemplos passíveis de concretizar esta cláusula geral (como se comprova pela posição do advérbio “*designadamente*”).

Assim, por um lado, mesmo no que respeita à utilização (ou falta de utilização) de meios judiciais, esta referência não se cinge a meios impugnatórios *stricto sensu*, antes “*é passível de generalização a todas as situações em que o lesado não tenha utilizado o meio processual adequado para reagir contra qualquer acção ou omissão administrativa da qual possam resultar danos para a sua esfera jurídica*”⁶⁰. Meio processual, esse, que – na esteira de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ (cf. ponto 4 *supra*) – deve englobar, desde logo, as providências cautelares, *maxime* as de suspensão de eficácia de actos administrativos, a que se refere o artigo 112.º, n.º 2, alínea a) (e com o efeito previsto no artigo 128.º) do CPTA⁶¹; isto, claro, quando a acção principal não tenha, ela própria, efeito suspensivo

⁶⁰ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, cit., página 500.

Para um elenco dos meios processuais de reacção admissíveis em cada caso, cf. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime...*, cit., páginas 114 e seguintes. Cf. também FILIPA CALVÃO, “Artigo 4.º”, cit., páginas 109 e 110.

⁶¹ Cf. RICARDO PEDRO, *Contributo...*, cit., página 98.

De notar, no entanto, que apenas está aqui em causa a *utilização* dos meios cautelares, e não a obtenção de ganho de causa nessa sede: cf. CARLA AMADO GOMES e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Topicamente...”, cit., página 18, bem como MANUEL DA SILVA GOMES, “Diligência Processual...”, cit., página 91, nota 12.

automático, como em geral não tem⁶², sem prejuízo de excepções pontuais, como as acções de contencioso pré-contratual que tenham por objecto a impugnação da decisão de adjudicação⁶³ ou as acções para impugnação dos actos camarários que ordenem a demolição total ou parcial da obra ou a reposição do terreno nas condições em que se encontrava antes da data de início das obras ou trabalhos⁶⁴.

Como exemplo da aplicação da figura da culpa do lesado por falta de mobilização dos meios processuais próprios, veja-se o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 14 de Dezembro de 2011, processo n.º 07175/11, já acima citado⁶⁵, no qual se decidiu que, “[e]stando em causa um acto de indeferimento expresso, justifica-se o recurso à acção de condenação à prática de acto devido, acompanhada de uma providência cautelar antecipatória”; pelo que, se “o associado do sindicato autor, não obstante ter na sua posse declarações emitidas pela Segurança Social que demonstravam ter o tempo de serviço necessário para o deferimento da sua pretensão, se conformou com o indeferimento do seu pedido de concessão de aposentação unificada, uma vez que não impugnou tal acto, caso o tivesse feito, conjuntamente com a apresentação duma providência cautelar de natureza antecipatória, na qual peticionasse a regulação provisória da sua situação jurídica [cfr. alínea d) do n.º 2 do artigo 112.º do CPTA], nomeadamente requerendo provisoriamente a concessão da aposentação unificada, certamente que obteria ganho de causa na mesma – ou pelo menos ganharia o tempo necessário para o erro na contagem do tempo de serviço ser esclarecido –, sem ter de continuar a prestar serviço e a pagar as quotas devidas à CGA”, nesse caso “pode afirmar-se

⁶² Embora a lei preveja a possibilidade de suspensão quando esteja em causa “o pagamento de uma quantia certa, sem natureza sancionatória”, e “tenha sido prestada garantia por qualquer das formas previstas na lei tributária”, nos termos do disposto no artigo 50.º, n.º 2 do CPTA.

⁶³ Nos termos do novo artigo 103.º-A, n.º 1 do CPTA.

⁶⁴ Cf. o artigo 115.º, n.º 1 do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, em conjugação com o artigo 106.º do mesmo diploma legal.

⁶⁵ E objecto de anotação por parte de MANUEL DA SILVA GOMES, “Diligência Processual...”, cit., páginas 83 a 97.

que foi a conduta omissiva do associado do sindicato autor que, afinal, contribuiu ou concorreu para a produção dos danos que agora pretende ver ressarcidos, na medida em que não se rodeou de todas as cautelas necessárias para obviar à produção dos efeitos normais do acto de indeferimento, ou seja, a sua continuação ao serviço por mais anos, com o conseqüente desgasto físico e psíquico que tal situação naturalmente lhe ia acarretar”.

Por outro lado, e sobretudo, a norma em causa tem um alcance mais amplo do que a mera não utilização de meios de reacção judicial contra uma conduta lesiva da Administração⁶⁶.

Como salienta CARLA AMADO GOMES, antes de atender à conduta estritamente processual do lesado, haverá que ponderar a sua prévia conduta substantiva⁶⁷; assim, não está apenas em causa a não utilização de meios processuais próprios, mas toda e qualquer conduta do lesado que possa ser relevante para a produção ou agravamento do dano – “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...”⁶⁸.

⁶⁶ E não deixa de ser de lamentar que, tendo o legislador, no artigo 4.º do RRCEEP, decidido concretizar um exemplo de culpa do lesado, tenha precisamente escolhido uma actuação processual, isto quando são precisamente estes que suscitam maiores problemas quanto à sua compatibilidade com o princípio da tutela jurisdicional efectiva: cf. o §13.2. *infra*.

⁶⁷ Que tanto pode ser jurídica como material, como bem assinala FILIPA CALVÃO, “Artigo 4.º”, cit., página 109 e 110.

⁶⁸ Cf. “A culpa (ou a conduta?) do lesado...”, cit., páginas 13 e 14.

Cf. também CARLA AMADO GOMES e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Topicamente...”, cit., página 17, e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “A Efectivação...”, cit., página 622, bem como FILIPA CALVÃO, “Artigo 4.º”, cit., páginas 107 e 108.

No sentido de que, por aplicação do artigo 570.º do Código Civil, a culpa processual do lesado “não afasta naturalmente a possibilidade de o facto culposo do lesado se traduzir numa mera actuação material ou num comportamento negligente relativo ao próprio procedimento administrativo”, nomeadamente “deficiências instrutórias” que sejam imputáveis ao requerente, cf. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime...*, cit., páginas 117 e 118.

Isto mesmo tem sido, aliás, corroborado pela jurisprudência, que já fez apelo à culpa do lesado em múltiplas situações que não se prendiam com a (falta de) adopção de meios judiciais adequados, mas antes com os mais variados comportamentos extra-processuais da vítima.

a) Foi assim, por exemplo, no caso em que uma sociedade proprietária da conduta de rede primária de gás natural entregou ao Município um cadastro no qual se informava “*erradamente que no local da obra a mencionada conduta se encontrava enterrada no sub-solo a 2,40 metros de profundidade quando, na realidade, se encontrava a 7 metros da superfície*”; pelo que, tendo ocorrido uma “*colisão aos 7 metros entre a máquina de perfuração horizontal e a mencionada conduta*”, a prestação, pelo lesado, de “*informação errada sobre a profundidade da conduta do gás no sub-solo*” seria “*causa exclusiva de imputação dos prejuízos ocorridos na conduta de gás danificada e justificativo da exclusão reparatória com fundamento na imputação unilateral do dano à conduta do lesado ao abrigo do regime do artigo 570.º, n.º 1 CC*”⁶⁹.

b) Num outro caso, o lesado foi detido no aeroporto, “*por constar do sistema informático interno do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras a existência de mandatos de detenção contra essa pessoa, para cumprimento*

MANUEL DA SILVA GOMES, por seu turno, entende que, para efeitos da apreciação sobre a eventual existência de culpa do lesado, poderá ser relevante indagar se aquele exerceu o seu direito de audiência prévia no procedimento administrativo. Mais delicada é a questão de saber se também a utilização (ou falta de utilização) de impugnações administrativas pode relevar neste âmbito, até porque, nos termos da lei, tais impugnações não têm, em regra, efeito suspensivo do acto impugnado ou do procedimento: cf. “*Diligência Processual...*”, cit., página 93, nota 13.

⁶⁹ Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 13 de Setembro de 2012, processo n.º 05944/10, www.dgsi.pt.

De sublinhar que, recentemente, o Supremo Tribunal Administrativo admitiu um recurso de revista para saber “*se a indemnização por prejuízos decorrentes da invalidade dos actos de licenciamento de operações urbanísticas pode ser reduzida ou excluída com fundamento no contributo do requerente para a ilegalidade do licenciamento, pela potencialidade de repetição perante actos de licenciamento cuja ilegalidade tenha sido induzida pelo lesado*”, ainda ao abrigo do regime do Decreto-Lei 48051: cf. Acórdão de 10 de Novembro de 2016, processo n.º 01167/16, www.dgsi.pt

da pena de prisão alternativa a penas de multa que não foram pagas, sem que constasse desse registo ter já sido efectuado o pagamento das multas e dados sem efeito os mandatos de detenção e sem que houvesse acesso à base de dados actualizada por o sistema estar inoperacional”; numa tal situação, sem prejuízo da culpa da Administração – tanto mais que “*a informação actualizada sobre os mandatos de detenção estava acessível num dos serviços do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, onde depois acabou por ser obtida*” –, também o próprio lesado foi considerado parcialmente responsável pela verificação dos danos por si sofridos, já que “*tinha na sua posse esses documentos [comprobativos do pagamento das multas] e não os apresentou quando lhe foi pedido que esclarecesse a situação e perante a circunstância – que lhe foi dada a conhecer – de o sistema informático estar inoperacional*”. Pelo que, tendo existido “*também contributo causal para o evento danoso, por parte do lesado*”, o Tribunal entendeu justificado “*reduzir a metade o valor da indemnização por prejuízos materiais (o custo do segundo bilhete de avião que o autor teve de adquirir) e uma indemnização de 1500 € (mil e quinhentos euros)*”⁷⁰.

c) Campo fértil para a aplicação da culpa do lesado é a dos acidentes de viação: veja-se, por exemplo, o recente Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 18 de Março de 2016, processo n.º 01960/09.1BEPRT, no qual, depois de se decidir que “[o] município tem responsabilidade quando ocorre acidente em via sob seu domínio, onde está instalado sistema de controlo de tráfego por “*pilarete*” retráctil, que emergiu aquando de passagem de viatura, sem existir qualquer sinalética de aviso para tal possibilidade”, se considerou que “[o] valor da indemnização, no caso, merece ser reduzido por coexistir culpa do lesado”, em virtude de estar vedado o acesso à via em causa e o lesado, ao circular na mesma com o seu veículo, ter infringido o Código da Estrada (www.dgsi.pt)⁷¹.

⁷⁰ Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 18 de Dezembro de 2015, processo n.º 02209/08.0BEPRT, www.dgsi.pt.

⁷¹ Já em 4 de Abril de 2006, o Supremo Tribunal Administrativo, por Acórdão proferido no processo n.º 0444/03, decidira reduzir a indemnização devida a um automobilista que, circulando em excesso de velocidade, tivera um acidente numa zona que a entidade pública não sinalizara (cf. www.dgsi.pt).

d) Mas a culpa do lesado já foi aplicada, também, em casos de fuga às autoridades policiais: assim, em Acórdão de 16 de Maio de 2006, proferido no processo n.º 01176/05, o Supremo Tribunal Administrativo, “[n]uma situação em que um agente da GNR, em situação de normal fiscalização, depois de ter sido desobedecido ao sinal de paragem foi obrigado a saltar para o lado a fim de evitar ser atropelado, e depois de haver feito um disparo para o ar veio a disparar seis tiros sobre o veículo automóvel com o propósito de obrigar o seu condutor a parar (em resultado do que este foi atingido e veio a falecer)”, considerou ser “razoável concluir por uma repartição igualitária de culpas entre o agente da GNR e a vítima” (cf. www.dgsi.pt).

e) Do mesmo modo, a culpa do lesado também pode ser (e já foi) aplicada a situações de culpa in vigilando, como sucedeu no caso da “avó de um menor de 5 anos, no momento a seu cuidado, [que] o deix[ou] ir para as proximidades de uma linha férrea de alta velocidade, vindo o menor a ser colhido ali por uma composição” (cf. o recente Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 18 de Novembro de 2016, processo n.º 02430/09.3BEPRT, www.dgsi.pt).

f) Caso particular foi também o decidido, ainda ao abrigo do anterior regime, pelo Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 27 de Outubro de 2004, processo n.º 01214/02. Nesse Acórdão, o Supremo Tribunal Administrativo considerou existir “culpa do lesado na prática de um acto administrativo ilegal, se ele foi praticado na sequência de requerimentos que ele apresentou, com conhecimento da ilegalidade da sua pretensão”, qualificando ainda como “uma situação de abuso de direito, por ser reprovável e contrária ao princípio da boa fé que deve impregnar as relações recíprocas da Administração e dos administrados (...), a do administrado que apresentou àquela repetidamente uma pretensão ilegal, com conhecimento da sua ilegalidade, (...) e que vem pedir uma indemnização à Administração pelos prejuízos provocados pelo acto administrativo que lhe foi favorável, se ele for anulado com fundamento naquela ilegalidade” (www.dgsi.pt).

De acordo com esta decisão, o conhecimento, pelo interessado, da ilegalidade da pretensão por si formulada deve repercutir-se no cálculo do montante da indemnização que eventualmente lhe seja devida pela posterior anulação do acto de deferimento do seu pedido – conclusão que, além do seu respaldo no artigo 4.º do RRCEEP, hoje encontra ainda pleno acolhimento no novo Código do Procedimento Administrativo, que pura e simplesmente exclui a indemnização dos beneficiários de actos constitutivos de direitos, em caso de anulação administrativa destes actos, quando estes conhecessem ou devessem conhecer a ilegalidade que conduziu à anulação. Neste sentido, dispõe o artigo 168.º, n.º 5 deste Código que “[a] anulação administrativa de atos constitutivos de direitos constitui os beneficiários que desconhecem sem culpa a existência da invalidade e tenham auferido, tirado partido ou feito uso da posição de vantagem em que o ato os colocava, no direito de serem indemnizados pelos danos anormais que sofram em consequência da anulação” (destaque acrescentado)⁷².

⁷² O mesmo regime é, aliás, replicado em sede de revogação de actos administrativos, prevendo o artigo 167.º, n.º 5 do Código do Procedimento Administrativo que “os beneficiários de boa-fé do ato revogado têm direito a ser indemnizados” pelos danos sofridos em caso de revogação do acto constitutivo de direitos, com “fundamento na superveniência de conhecimentos técnicos e científicos ou em alteração objetiva das circunstâncias de facto, em face das quais, num ou noutro caso, não poderiam ter sido praticados”, mas ressalvando o n.º 6 do mesmo preceito, logo de seguida, que só se consideram de boa-fé, para este efeito, “os beneficiários que, à data da prática do ato revogado, desconheciam sem culpa a existência de fundamentos passíveis de determinar a revogação do ato”.

No entanto, como já tem sido notado pela doutrina, esta solução não deixa de suscitar alguma perplexidade, na medida em que, estando-se perante acontecimentos futuros que determinam a impossibilidade de subsistência do acto (a “superveniência de conhecimentos técnicos e científicos” ou a “alteração objetiva das circunstâncias de facto”), não se vê como exigir que o respectivo beneficiário os “desconhecesse sem culpa”: sobre este ponto, para mais desenvolvimentos, cf. CARLA AMADO GOMES, “A “revogação” do acto administrativo no novo CPA: uma noção pequena”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 141, Janeiro/Março de 2015, páginas 92 e 93 (também republicado em AA.VV., *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, Volume II, 3.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2016, páginas 443 a 470), bem como ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, TIAGO SERRÃO, MARCO CALDEIRA e JOSÉ DUARTE COIMBRA, *Questões Fundamentais para a Aplicação do CPA*, Almedina, Coimbra, 2016, páginas 262 a 264.

23. Noutro plano, a “conduta” do lesado – além de não ser apenas processual, mas também (e desde logo) substantiva –, não deve limitar-se a uma reacção contra *actos jurídicos* lesivos, devendo, idealmente, abranger toda e qualquer conduta lesiva, revista ou não a forma de “acto jurídico” praticado pela Administração.

É neste sentido que se compreende o lamento da doutrina quanto à redacção do artigo 4.º do RRCEEP, o qual “*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)*”⁷³.

De notar, todavia, que a jurisprudência tem sido restritiva na aplicação da culpa do lesado em casos de omissão administrativa: como se decidiu no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 16 de Novembro de 2004, processo n.º 048197, www.dgsi.pt, “[e]m regra, não se verifica negligência do lesado assente na não impugnação de omissões na prática de actos administrativos ou na não impugnação de actos de conteúdo negativo”, postura restritiva que é acompanhada por alguma doutrina⁷⁴. Outros Autores, contudo, contestam essa posição, considerando que, “*se a questão é a da não censurabilidade da conduta omissiva do lesado, essa só poderia ser explicada com a inexistência do ónus de reacção processual contra a omissão administrativa*”, sendo que não se vislumbra “*razão para o não reconhecimento de ónus similar e, nessa medida, para a alegada irrelevância da conduta omissiva do agente nesses casos*”⁷⁵.

⁷³ Cf. CARLA AMADO GOMES, “A culpa (ou a conduta?) do lesado...”, cit., página 13 (já anteriormente, CARLA AMADO GOMES e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Topicamente...”, cit., página 19).

⁷⁴ Cf. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime...*, cit., páginas 115 e 116.

⁷⁵ Cf. FILIPA CALVÃO, “Artigo 4.º”, cit., página 110.

Também JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE admite a necessidade de o lesado reagir contra omissões administrativas: cf. “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*, Ano 137, n.º 3951, Julho/Agosto de 2008, página 368.

§11. Questões processuais

§11.1. Qualificação

24. Na medida em que a respectiva verificação implica (ou pode implicar) a redução ou exclusão da indemnização a atribuir ao lesado – conduzindo, portanto, à “*absolvição total ou parcial do pedido*” –, a culpa do lesado assenta em “*factos que impedem, modificam ou extinguem o efeito jurídico dos factos articulados pelo autor*”, constituindo, por isso, processualmente, uma *excepção peremptória* (cf., hoje, o artigo 89.º, n.º 3 do CPTA).

É uma excepção peremptória, note-se, de conhecimento officioso, porque “*a lei não faz depender a sua invocação da vontade do interessado*” (cf. mesmo artigo 89.º, n.º 3 do CPTA): pelo contrário, o artigo 572.º, *in fine*, do Código Civil dispõe expressamente que o Tribunal deve conhecer da culpa do lesado, “*ainda que não seja alegada*”⁷⁶.

§11.2. Ónus da prova

25. Sem prejuízo da inexistência legal de um *ónus de alegação* dos factos que consubstanciam a imputação de uma conduta culposa ao lesado, o *ónus da prova* de tais factos compete, nos termos gerais, à Administração Pública, enquanto parte demandada na acção indemnizatória, por força do disposto na primeira parte do artigo 572.º do Código Civil (“*Aquele que alega a culpa do lesado incumbe a prova da sua verificação*”)⁷⁷ – sendo que, mesmo na ausência desta previsão específica, sempre seria

⁷⁶ No sentido de que “[a] exclusão de indemnização com fundamento em abuso de direito ou culpa do lesado, nos termos dos arts. 334.º e 570.º do Código Civil, é de conhecimento officioso”, cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 27 de Outubro de 2004, processo n.º 01214/02, já acima citado.

⁷⁷ Já neste sentido, cf. JOSÉ LUIS MOREIRA DA SILVA, “Da responsabilidade civil...”, cit., página 163, nota 50, bem como CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime...*, cit., página 114.

de chegar à mesma conclusão, através do artigo 342.º, n.º 2 do Código Civil, segundo o qual “[a] *prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita*”.

Por esse motivo, e em aplicação da regra geral prevista no artigo 414.º do Código de Processo Civil para a resolução de impasses em casos de *non liquet* – “[a] *dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita*” –, se a parte demandada não consegue fazer prova dos factos que poderiam fazer concluir pela existência de um comportamento censurável por parte do autor, é essa excepção peremptória julgada improcedente, não podendo o Tribunal excluir ou sequer reduzir o montante da indemnização a atribuir com fundamento na culpa do lesado⁷⁸.

Situação paradigmática e ilustrativa do incumprimento do ónus da prova da culpa do lesado por parte da Administração foi a decidida pelo Tribunal Central Administrativo Sul no seu Acórdão de 21 de Abril de 2016, processo n.º 08639/12, no qual, depois de concluir ter sido estabelecido um “nexo de causalidade entre o facto e o dano quando se apurou factualmente que o desequilíbrio da Autora e conseqüente queda se deveu à existência de pedras soltas na calçada”, aquele Tribunal considerou que, “[n]ão sendo apurados factos que permitam concluir que o lesado contribuiu para a produção ou agravamento dos danos e mostrando-se preenchidos os demais pressupostos do dever de indemnizar com fundamento em responsabilidade civil extracontratual devem ser indemnizados os danos patrimoniais e não patrimoniais causados à A. pela omissão ilícita do dever de conservação da calçada” (www.dgsi.pt).

⁷⁸ Era já este, de resto, o entendimento da jurisprudência administrativa à luz do artigo 7.º do Decreto-Lei 48051. Neste sentido, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 27 de Fevereiro de 1996, processo n.º 023058, acima citado, no qual se decidiu que, “[p]ara que se limite o direito à reparação torna-se mister que se prove – ónus que impende sobre o ente administrativo demandado – que, com uma conduta pré-processual ou endo-processual diligente, o particular poderia ter evitado ou minorado o dano”.

§11.3. Relação com as presunções legais de culpa do lesante

26. Questão conexas com a do ónus da prova é a da relação entre a culpa do lesado e a presunção de culpa por parte do lesante, já que, nos termos da lei, a verificação da primeira afasta a segunda.

Assim, perante uma responsabilidade baseada apenas numa mera presunção legal de culpa⁷⁹, a Administração tem, essencialmente, duas vias (cumulativas ou alternativas) de defesa: o afastamento dessa presunção e/ou a prova da existência de culpa do lesado.

Quanto à primeira via, recorda-se que, em princípio, as presunções legais são ilidíveis (cf. artigo 350.º, n.º 1 do Código Civil), pelo que “[a] *presunção de culpa pode ser ilidida se, não obstante a realidade da base de presunção, a culpa não existe*”⁸⁰. Para tanto, deverá a Administração lograr provar em juízo “*que não teve qualquer culpa no acidente gerador de danos, mas e também (...) que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias, adequadas a evitar o acidente*”⁸¹. Caso contrário, “[n]ão resultando da prova produzida que o lesado concorreu para a produção do facto danoso, também não resulta provada a existência de evento constitutivo de causa jurídica interruptiva do nexo de causalidade adequada entre o facto ilícito e o dano”⁸².

Quanto à segunda via, dispõe o artigo 570.º, n.º 2 do Código Civil, a este propósito, que, “[s]e a responsabilidade se basear numa simples presunção de culpa, a culpa do lesado, na falta de disposição em contrário, exclui o dever de indemnizar”⁸³.

⁷⁹ Como serão, nomeadamente, as previstas nos números 2 e 3 do artigo 10.º do RRCEEP.

⁸⁰ Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 20 de Maio de 2016, processo n.º 00318/11.7BECBR, www.dgsi.pt.

⁸¹ Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 20 de Maio de 2016, processo n.º 00318/11.7BECBR, acima citado.

⁸² Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15 de Dezembro de 2010, processo n.º 05125/09, www.dgsi.pt.

⁸³ Neste mesmo sentido se pronunciou o Supremo Tribunal Administrativo, no seu Acórdão de 15 de Maio de 2014, processo n.º 01504/13, www.dgsi.pt: “[h]avendo culpa do lesado (...) a obrigação de indemnizar não pode fundar-se na culpa presumida (artigo 570.º, 2 do CC)”.

Como se adiantou, estas duas vias são alternativas, pelo que qualquer uma delas, isoladamente, se mostra (*em tese*) apta a excluir a responsabilidade da Administração.

Naturalmente que a possibilidade de recurso a ambas as vias em simultâneo reforça sobremaneira a defesa da Administração: se conseguir demonstrar que não teve culpa (apesar da presunção) e que o lesado agiu (ou se absteve de agir) de forma censurável, *por maioria de razão* a sua responsabilidade deve ser afastada. Como afirmou o Supremo Tribunal Administrativo no seu Acórdão de 11 de Março de 2010, processo n.º 083/10, “[s]e, ocorrendo culpa do lesado, a mera culpa presumida do lesante exclui o dever de indemnizar, a ausência de culpa exclui esse dever com muito maior força” (www.dgsi.pt).

Não obstante, dito isto, há duas ressalvas que têm de ser feitas.

A primeira é a de que a existência de culpa do lesado não exclui toda e qualquer responsabilidade extracontratual administrativa: em princípio (e sem prejuízo do que se dirá de seguida), a culpa do lesado excluirá a responsabilidade assente numa mera presunção legal de culpa por parte da Administração; mas já não a responsabilidade que se baseie na sua culpa efectiva⁸⁴.

Estava em causa, nesse processo, a eventual responsabilidade (por culpa *in vigilando*) dos professores e funcionários de uma escola pela morte de um estudante que, contra as instruções daqueles, se afastou do local onde se encontrava com os demais colegas e veio a cair num poço de uma mina abandonada.

Já anteriormente, no seu Acórdão de 4 de Abril de 2004, proferido no processo n.º 0444/03 (acima citado), o mesmo Supremo Tribunal decidira que, “[s]endo a culpa do Município baseada na presunção estabelecida no art.º 493.º n.º 1 do CC, a culpa do lesado, derivada da velocidade excessiva, exclui o dever de indemnizar (art.º 570.º n.º 2 do CC)”.

No sentido de que “[a] responsabilidade do lesante é automaticamente excluída sempre que resultasse da presunção da sua culpa”, cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, cit., página 500.

⁸⁴ Neste sentido, cf. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 23 de Setembro de 2015, processo n.º 01141/10.1BEBRG, www.dgsi.pt: “sendo de afirmar culpa do lesado, o regime decorrente do art.º 493.º, n.º 1, do CC, fica afastado; ainda assim, não posterga um dever de indemnizar, mas já assente em culpa efectiva”.

A segunda é a de que, de acordo com jurisprudência recente, a culpa do lesado só afasta a responsabilidade administrativa fundada em presunção de culpa quando o lesado for *totalmente* responsável pela verificação dos danos; se, todavia, ele apenas concorreu em parte para a sua verificação e a Administração não tiver conseguido ilidir a presunção de culpa que sobre si recaía, então também ela deverá ser co-responsabilizada. Por conseguinte, à luz desta jurisprudência, só a culpa *exclusiva* do lesado pode afastar a culpa administrativa presumida. Neste sentido se pronunciou o Tribunal Central Administrativo Norte no seu Acórdão de 20 de Maio de 2016 (processo n.º 00318/11.7BECBR), já acima citado, e nos termos do qual “[o] artigo 570.º, n.º 2, do Código Civil não impede, sem mais, o concurso de culpa efectiva com a culpa presumida, pois apenas quando os danos se devem totalmente a culpa do lesado, porque o seu acto foi a causa adequada, suficiente e única do evento, não restando qualquer possibilidade de imputação dele também ao réu, é que a responsabilidade baseada numa simples presunção de culpa exclui o dever de indemnizar” (www.dgsi.pt).

Situação de *culpa exclusiva do lesado* foi a que foi apreciada pelo mesmo Tribunal Central Administrativo Norte no seu Acórdão (também já citado) de 23 de Setembro de 2015, processo n.º 01141/10.1BEBRG, no qual se decidiu que, “[s]e o condutor invade via de trânsito que lhe estava vedada, seguindo em sentido contrário e indo colidir contra separador de faixa “BUS”, uma alegada falta de sinalética delimitando e afectando essa via reservada não tem relação de causalidade adequada para com o sucedido; em que só o condutor teve culpa”.

§12. Novos eventuais campos de aplicação da figura

§12.1. A responsabilidade administrativa por facto lícito

27. Tradicionalmente, a jurisprudência tem considerado que a culpa do lesado só opera no âmbito da responsabilidade civil extracontratual por actos ilícitos: já quando se trate de responsabilidade por actos lícitos, esta figura não será aplicável.

Trata-se de um entendimento que, apesar de não ser afirmado num grande número de decisões, já vem sendo defendido desde o regime anterior ao RRCEEP: assim, em 2005 o Supremo Tribunal Administrativo teve oportunidade de ressaltar que o disposto no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48051 “*não releva no domínio da responsabilidade civil extra-contratual do Estado por actos lícitos*”⁸⁵. Posição que, mais recentemente, foi reiterada pelo Tribunal Central Administrativo Norte, que, pronunciando-se sobre a indemnizabilidade dos “*prejuízos especiais e anormais*” a que se refere o artigo 9.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 48051, em caso de culpa do lesado, decidiu taxativamente que, em tais circunstâncias, “*o dano especial (e anormal) deve ser integralmente indemnizável nos termos gerais, mesmo que a conduta do lesado e as demais circunstâncias do concreto imponham a conclusão de que, se não fosse a conduta objetivamente ilegal do lesado, o Estado não teria de agir licitamente com lesão do património do lesado*”⁸⁶.

No entanto, esta unanimidade não deixou de ser posta em causa pelo Supremo Tribunal Administrativo quando, no seu Acórdão de 11 de Março de 2010, proferido no processo n.º 083/10 (já acima citado), e no contexto da eventual responsabilidade civil do Estado pelo abate de todos os animais existentes numa exploração pecuária, por suspeitas de contaminação com brucelose suína, atribuiu relevância ao erro do médico veterinário dessa exploração, que permitiu a introdução de um animal doente na mesma, contaminando os restantes animais – numa decisão que a doutrina aponta como pioneira na aplicação da culpa do lesado mesmo a situações nas quais a actuação administrativa não é ilícita⁸⁷.

⁸⁵ Cf. Acórdão de 3 de Novembro de 2005, processo n.º 01028/04, já citado.

⁸⁶ Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 19 de Maio de 2016, processo n.º 12705/15, www.dgsi.pt.

⁸⁷ Cf. CARLA AMADO GOMES, “A culpa (ou a conduta?) do lesado...”, cit., página 28.

Com efeito, nesse Acórdão afirma-se, lapidarmente, que, “*se a culpa do lesado para a eclosão do dano, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito, sempre seria relevante para efeitos de exclusão ou diminuição da indemnização devida é óbvio que sempre teria de ter consequências, também, no contexto da responsabilidade por facto lícito*”.

§12.2. A responsabilidade administrativa pelo risco

28. Por último, uma derradeira nota para assinalar que já tem sido igualmente suscitada a questão de saber se a culpa do lesado também releva (e em que termos) no âmbito da responsabilidade administrativa pelo risco (cf. artigo 11.º, n.º 2 do RRCEEP).

Embora não se trate de tema ainda muito explorado, a doutrina tem respondido à questão de forma afirmativa⁸⁸, considerando que o artigo 11.º, n.ºs 1 e 2 do RRCEEP acolhe o princípio do *concurso do risco com a culpa do lesado*, em termos duplamente inovadores, seja face ao anterior regime da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública (que não previa tal princípio, nem, em rigor, tal forma de responsabilidade), seja face ao estabelecido no artigo 505.º do Código Civil relativamente aos acidentes de viação, uma vez que, enquanto esta última norma parece pura e simplesmente excluir a responsabilidade do lesante em caso de culpa do lesado, já o RRCEEP, por seu turno, “*permite que o juiz pondere o grau de culpa do lesado na produção do dano, podendo ainda assim responsabilizar objectivamente o lesante mesmo que detecte uma mera culpa leve do lesado, uma circunstância excludente da culpa ou uma causa de inimputabilidade relativamente ao lesado*”⁸⁹.

Também a jurisprudência administrativa veio recentemente decidir pelo afastamento da responsabilidade administrativa pelo risco, num caso em que se verificou culpa do lesado (e de um terceiro) e em que a Administração tomou todas as providências para tentar impedir o dano. Assim, considerou-se no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 18 de Novembro de

⁸⁸ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, cit., página 507, bem como CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime...*, cit., páginas 117 e 118, e CARLA AMADO GOMES, “A culpa (ou a conduta?) do lesado...”, cit., páginas 23 e 24.

⁸⁹ Cf., para mais desenvolvimentos e com referência a jurisprudência mais arrojada do Supremo Tribunal de Justiça, CARLA AMADO GOMES, “A culpa (ou a conduta?) do lesado...”, cit., páginas 21 a 23, IDEM, “*Riscando a culpa do mapa da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas?*”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Almedina, Coimbra, 2015, páginas 156 a 158.

2016, processo n.º 02430/09.3BEPRT, já acima citado, que “[a] concorrência de culpas da avó do menor e da REFER afastam a responsabilidade fundada no risco, prevista no artigo 505º do Código Civil, por parte da CP, se, no caso, o condutor do combóio fez todos os esforços para evitar o embate, accionando o freio de emergência quando se apercebeu da presença de crianças a cerca de 100 metros, ao desfazer uma curva, e activou os sinais sonoros que o menor não ouviu por estar a tapar os ouvidos”.

§13. Questões dogmáticas

§13.1. O significado da consagração da figura: dever jurídico do lesado?

29. A consagração legal da figura da culpa do lesado levanta a questão de saber se recai sobre o lesado um dever de protecção da sua própria esfera jurídica.

Na doutrina, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS afirmam-no peremptoriamente⁹⁰; já FILIPA CALVÃO, por seu turno, parece apenas aceitar tal ónus como eventual decorrência do princípio geral da boa fé⁹¹. A posição desta última Autora é assumidamente influenciada por MARGARIDA CORTEZ, que igualmente reconduz o “dever” de evitar os danos ao princípio da boa fé, o qual, “*enquanto regra de conduta[,] contém um padrão objectivo de comportamento, que neste contexto se traduz não só na exigência de que o lesado se abstenha de contribuir para o agravamento das consequências do facto do responsável, mas também que adopte comportamentos activos capazes de evitar o dano ou o seu agravamento*”⁹². De notar, no entanto, que esta última Autora rejeita expressamente que exista “*um dever jurídico – ao qual corresponda um direito do responsável – de cooperar no não agravamento dos danos*”, existindo tão-só “*um encargo que o lesado tem de observar, sob pena*

⁹⁰ Asseverando que ao lesado “*incumbe um ónus de protecção diligente da sua esfera jurídica*” (cf. *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, cit., página 500).

⁹¹ Cf. Anotação ao artigo 4.º, cit., página 108.

⁹² Cf. *Responsabilidade Civil...*, cit., página 150.

de ver reduzido, ou mesmo excluído, o seu direito à indemnização pelos danos sofridos”⁹³.

Já na jurisprudência – que se tem pronunciado sobre o tema ao esclarecer o alcance da conotação da “culpa”, para este efeito –, o entendimento é claramente negativo, tendo os Tribunais administrativos o cuidado de ressaltar que a expressão comportamento “culposo” do lesado “*não é usada em sentido próprio, pois não está em causa a transgressão de qualquer dever jurídico, dado que não existe um dever de evitar a ocorrência de danos para si próprio, significando a culpa simplesmente que o prejudicado omitiu a diligência com que poderia ter impedido o dano*”⁹⁴.

⁹³ Cf. MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade Civil...*, cit., página 152.

Também MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, cit., página 256, nota 212, afirmam que “[a] culpa do lesado não é aqui utilizada em sentido rigoroso, como reportada à prática de um facto ilícito. Pretende antes exprimir a ideia de reprovação pela imprudência ou falta de cuidado na defesa dos próprios interesses. O acto do lesado é assim causador do prejuízo, ainda que não tenha carácter ilícito, nem represente a violação de um dever”.

⁹⁴ Cf. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 2 de Junho de 2016, processo n.º 08408/12, já acima citado.

Também o Tribunal Central Administrativo Norte, no seu Acórdão de 18 de Março de 2016, processo n.º 01960/09.1BEPRT (igualmente já citado) parece perfilhar a mesma orientação, ao louvar-se na posição de RODRIGUES BASTOS, no sentido de que “*a culpa não é considerada aqui em sentido técnico, uma vez que nesse sentido a culpa é o elemento subjectivo de uma transgressão jurídica e a lei não formula, em parte alguma, o dever de cada um se precaver contra os danos que pode causar a si mesmo*”.

No âmbito do Direito Civil, cf. também SARA GERALDES, que, salientando que a alteridade é um pressuposto do Direito, conclui não ser “*configurável a existência de culpa perante nós próprios*”, sendo impensável “*encontrar um dever jurídico que pendesse sobre cada um no sentido de devermos acautelar-nos contra os danos que possamos causar a nós próprios*”: cf. “A culpa...”, cit., páginas 341 e 342.

§13.2. O problema da culpa do lesado face à alternatividade na escolha dos meios processuais

30. Um outro problema que a figura da culpa do lesado levanta – e que desde há muito tem vindo a ser denunciado por CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA⁹⁵, sendo posteriormente retomado por outros Autores, como CARLA AMADO GOMES e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO⁹⁶, bem como por FILIPA CALVÃO⁹⁷ – é o de saber se a sua consagração não contrasta com o princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa, no sentido em que a culpa do lesado parece implicar uma subalternização (ou relação de subsidiariedade, de dependência) da acção de responsabilidade civil perante a acção impugnatória, isto quando deveria entender-se que é ao autor que cabe a escolha do meio processual mais adequado à defesa dos seus interesses. No fundo, se o lesado livremente escolheu não recorrer a um meio impugnatório (por exemplo, para a anulação de uma decisão de aplicação da sanção disciplinar de demissão) mas é confrontado com a figura da *culpa do lesado* quando peticiona uma indemnização pelos danos sofridos em virtude dessa demissão, parece forçoso concluir que tal “escolha”, afinal, não é inteiramente livre, sendo o particular penalizado por uma opção que, nos termos da lei, estava habilitado a tomar, esvaziando, em grande medida, o disposto no artigo 38.º, n.º 2 do CPTA⁹⁸. Por isso,

⁹⁵ Cf. “Responsabilidade da Administração Pública”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 86, Abril/Junho de 2001, páginas 18 e seguintes, IDEM, “Regime geral...”, cit., páginas 25 e 26, IDEM, “O novo regime...”, cit., página 249, IDEM, *Regime...*, cit., páginas 112 e 113.

⁹⁶ Cf. “Topicamente...”, cit., páginas 18 e 19.

Vide ainda, da primeira Autora, “A culpa (ou a conduta?) do lesado...”, cit., páginas 15 e 16.

⁹⁷ Cf. “Artigo 4.º”, cit., páginas 110 e 111.

⁹⁸ Em sentido frontalmente contrário, entendendo que “em nada contende com a efectivação daquela garantia o dever do autor adoptar em cada caso uma forma de processo obrigatória em função da verificação, no litígio concreto, dos factores que presidiram à delimitação normativa de tal meio processual”, cf. SÉRVULO CORREIA, “A efectivação...”, cit., página 289.

Para o Autor, os pedidos anulatório e indemnizatório “são completamente distintos: não há, entre eles, sequer zonas de sobreposição”, já que a sentença anulatória se limita a “apagar os efeitos ilegais” produzidos pelo acto anulado – efeitos esses que “não se confundem com os danos que, aliás, nalguns casos subsistirão e, noutros, nunca terão

considera-se que “o princípio da tutela jurisdicional efectiva justifica que se caminhe para a plena autonomia da acção indemnizatória, com a consequente eliminação de causas de redução ou exclusão do quantum indemnizatur com base em motivos de natureza estritamente processual”⁹⁹.

De todo o modo, deve ter-se presente que (o artigo 38.º, n.º 2 do CPTA e) o artigo 4.º do RRCEEP só opera(m) quando exista uma *identidade* de efeitos, isto é, quando os efeitos que o autor visa obter com a acção de responsabilidade civil são os mesmos que tipicamente se produziriam em caso de procedência do pedido de invalidação do acto, formulado num processo impugnatório. Quando as pretensões são distintas, é dizer, quando se procura alcançar outros efeitos, não há por que coarctar os poderes de cognição e decisão do Tribunal.

Por esse motivo, como decidiu o Tribunal Administrativo Sul no seu Acórdão de 24 de Fevereiro de 2016, processo n.º 10865/14, “[n]ão se verifica negligência do lesado assente na falta de utilização da “via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo” (cf. artigo 4.º da Lei n.º 67/2007), se o mesmo não pretende o restabelecimento da situação jurídica anterior, mas antes obter o pagamento de uma indemnização com vista a ser ressarcido dos danos patrimoniais que a conduta ilícita e culposa da Administração lhe causou” (www.dgsi.pt).

Similarmente, também não haverá culpa do lesado, segundo se crê, quando o adjudicatário num procedimento pré-contratual, face à demora da entidade adjudicante na outorga do contrato público em causa, não se socorra da possibilidade prevista no artigo 105.º, n.º 4 do Código dos Contratos Públicos, lançando directamente mão de uma acção de responsabilidade civil para ressarcimento dos danos sofridos em virtude da não celebração do contrato¹⁰⁰.

existido” –, enquanto a sentença condenatória no pagamento de uma indemnização não elimina o acto nem os seus efeitos, “limitando-se a determinar a reparação do dano” (cf. ob. cit., página 297).

⁹⁹ Cf. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “Regime geral...”, cit., página 26.

¹⁰⁰ Cf. MARCO CALDEIRA, “Adjudicação e Exigibilidade Judicial da Celebração do Contrato Administrativo”, in *O Direito*, Ano 140.º, III, Almedina, Coimbra, 2008, páginas 725 a 727.

No fundo, em cada caso, caberá ao Tribunal redobrar a sua prudência, “quer na sua apreciação antes de qualificar como culposa a conduta processual do lesado, quer antes de valorar a mesma, sob pena de violação do (...) direito fundamental do particular, à reparação dos danos causados ilícita e culposamente pelo Estado ou demais entidades públicas”¹⁰¹.

§13.3. O cálculo da indemnização: a culpa do lesado como problema de causalidade ou imputação de danos

31. Por fim, uma derradeira nota para assinalar que os critérios pelos quais deve o Tribunal nortear-se ao determinar a proporção da eventual redução (ou decidir pela exclusão total) do montante da indemnização a atribuir ao lesado, em função da sua concorrência culposa para o dano por si mesmo sofrido, se encontram plasmados no artigo 570.º, n.º 1 do Código Civil, consistindo nos dois seguintes parâmetros:

- (i) Por um lado, a *gravidade das respectivas culpas*, ou seja, deve-se ter em conta o grau de culpabilidade de ambas as partes, o qual pode ir desde o dolo directo à culpa leve;
- (ii) Por outro lado, as *consequências de cada facto*, isto é, devem ser tidas em conta as repercussões causais de cada comportamento, sendo certo que tal critério será mais adequado para utilizar nas situações em que o comportamento do lesado contribua para o agravamento do dano¹⁰².

Em bom rigor, porém, parece que o caminho argumentativo em causa deverá ser percorrido no sentido inverso, isto é: *primeiro*, haverá que indagar se o lesado, por acção ou omissão, esteve na origem do dano verificado ou contribuiu, de algum modo, para a sua subsistência ou até

¹⁰¹ Cf. MANUEL DA SILVA GOMES, “Diligência Processual...”, cit., página 91.

¹⁰² Cf., neste sentido, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 2 de Junho de 2016, processo n.º 08408/12, já acima citado.

agravamento¹⁰³ – o que deve ser feito à luz da teoria da *causalidade adequada*, a exemplo do que sucede na relação entre a conduta do *lesante* e o dano¹⁰⁴; e só *depois*, apurada a existência de um comportamento causal, será pertinente aferir da respectiva culpa, é dizer, saber se ao lesado era exigível, no caso concreto, a adopção de um comportamento distinto daquele que efectivamente adoptou, em termos que permitam formular um juízo de censura e que justifiquem sancioná-lo com a redução ou exclusão da indemnização que, de outro modo, lhe seria totalmente devida. Sendo certo que, como a jurisprudência tem enfatizado, a culpa do lesado “tanto pode reportar-se ao facto ilícito causador dos danos, como directamente aos danos provenientes desse facto”¹⁰⁵.

¹⁰³ Na verdade, como notou o Supremo Tribunal Administrativo, “[a] *presumível culpa por parte do lesado suscita sempre um problema de causalidade, podendo ganhar relevância quer como causa exclusiva, quer como causa concorrencial do dano*” (cf. Acórdão de 16 de Maio de 2006, processo n.º 01176/05, já acima citado).

¹⁰⁴ Cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 27 de Outubro de 2004, processo n.º 01214/02, já acima citado: “[a] *exclusão ou redução de indemnização por existência de culpa do lesado depende da existência de um nexo de causalidade adequada entre a sua actuação e o dano, a apreciar nos mesmos termos em que é feita a apreciação desse nexo entre a actuação do lesante e do dano*” (também no mesmo sentido da aplicação da teoria da causalidade adequada, cf., mais recentemente, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 2 de Junho de 2016, processo n.º 08408/12, já acima citado).

Assim, tem “o Tribunal que proceder a uma apreciação concreta e rigorosa dos factos alegados pelas partes, a fim de estabelecer, caso a caso, se a interposição de recurso e uma diligente conduta processual, nela se incluindo a utilização dos demais meios processuais, os evitaria, ou seja, a existência de um nexo de causalidade entre a falta de interposição de recurso e a ocorrência dos danos alegados” (cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 15 de Dezembro de 2004, processo n.º 0992/04, já acima citado). Ou, noutra formulação, é “*necessária a ocorrência duma conduta negligente do lesado, por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo, na medida em que esse comportamento culposos possa ter contribuído ou concorrido para a produção dos danos ou o seu agravamento*” (cf. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 14 de Dezembro de 2011, processo n.º 07175/11, já acima citado).

¹⁰⁵ Cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 27 de Outubro de 2004, processo n.º 01214/02, já acima citado.

Mais do que um problema de concurso de culpas¹⁰⁶, a denominada “culpa do lesado” parece representar (sobretudo ou também) uma causa de *interrupção do nexo de causalidade* entre o facto e o dano¹⁰⁷, um critério de exoneração ou de reparação de responsabilidades¹⁰⁸. Não haverá que proceder à aferição da culpa do lesado, portanto, quando a produção ou o agravamento dos danos não se devem a qualquer conduta sua, activa ou omissiva¹⁰⁹.

Assim, a morte de duas crianças, que entraram (e se afogaram) numas piscinas municipais em dia em que as mesmas estavam encerradas ao público, é exclusivamente imputável ao Município que não tomou todas as diligências razoavelmente exigíveis para impedir o acesso àquela infra-estrutura durante esse período, não configurando culpa do lesado “*o consentimento por parte do pai de uma menor de 11 anos de idade (que levou consigo outra, sua prima) para frequentar aquelas piscinas, de que era frequentadora assídua, na convicção de que se encontravam abertas ao público*”¹¹⁰.

Do mesmo modo, também não há conduta culposa do lesado, “*assente na falta de pedido de anulação da venda em conformidade com o disposto no artigo 908.º do CPC, quando, face à natureza dos danos sofridos (derivados do valor da arrematação do imóvel em hasta pública no âmbito de um processo de execução, pagamento de sisa e despesas com os registos do prédio), os mesmos se filiaram na conduta ilícita e culposa da Conservatória, (...) sem que o autor haja contribuído com culpa para a sua produção*”¹¹¹.

Marco Caldeira

Advogado

Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

¹⁰⁶ Ou de *conculpabilidade*, como o apelida CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “O novo regime...”, cit., página 249, IDEM, *Regime...*, cit., página 110.

¹⁰⁷ Cf. PAULO OTERO, “Causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por facto ilícito”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010, páginas 981 e 982.

¹⁰⁸ Cf. CARLA AMADO GOMES, “A culpa (ou a conduta?) do lesado...”, cit., páginas 10 e 28.

No Direito Civil, cf. SARA GERALDES, “A culpa...”, cit., em especial páginas 346 e seguintes.

¹⁰⁹ Neste sentido, cf. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime...*, cit., página 113: em primeiro lugar, a culpa do lesado “*apenas opera quando se puder considerar que o acto do lesado constitui uma causa do dano*”; e, em segundo lugar, “*torna-se necessário verificar se esse comportamento, nas circunstâncias do caso, é imputável ao lesado a título de culpa, o que pressupõe a exigibilidade de uma outra conduta*” (cf., já anteriormente, “O novo regime...”, cit., página 250).

Vide ainda FILIPA CALVÃO, “Artigo 4.º”, cit., páginas 108 e 109.

¹¹⁰ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 27 de Fevereiro de 2007, processo n.º 0969/06, www.dgsi.pt.

¹¹¹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 16 de Dezembro de 2009, processo n.º 0228/09, já acima citado.