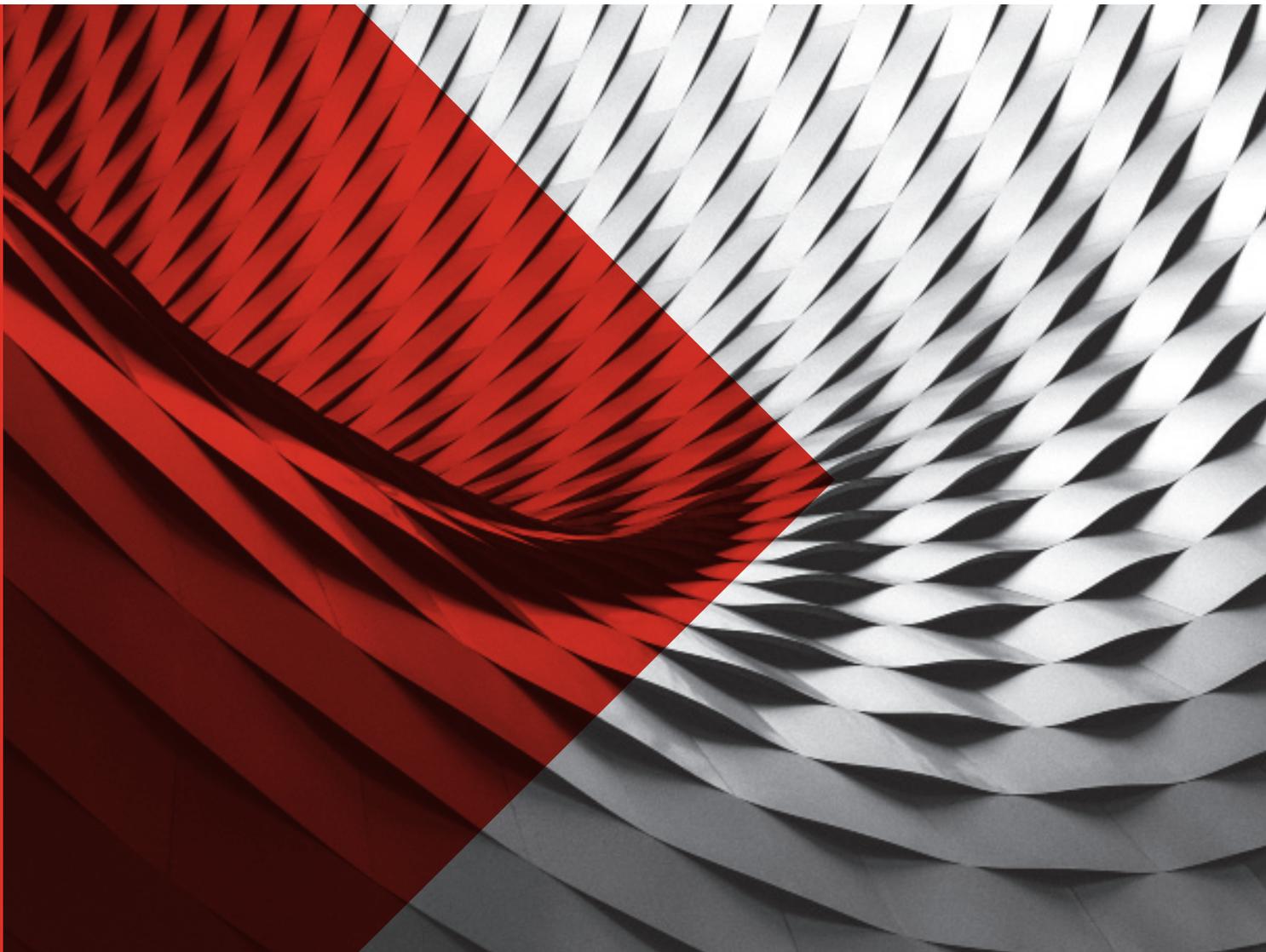


O ÓNUS DA PROVA E A NOVA LEI

PEDRO MACHETE





Professor Doutor Pedro Machete

TEMÁTICA: O ÓNUS DA PROVA E A NOVA LEI

É com muito gosto que estou aqui a participar neste curso sobre o *Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas*. É um curso que tem uma extensão e uma compreensão muito vastas e, por isso, começo por fazer duas observações preliminares.

Primeira: devido ao âmbito do curso e ao carácter transversal do tema que me foi proposto - o ónus da prova e a nova lei - optei por tratar, sobretudo, para não dizer quase exclusivamente, da responsabilidade civil da Administração por facto ilícito. Na verdade, é esse o domínio que suscita ou pode suscitar maiores dúvidas quanto ao próprio perfil da responsabilidade civil com que nos deparamos na lei em análise.

A minha segunda observação pretende chamar a atenção para a importância da teoria da responsabilidade civil no âmbito da teoria geral do direito administrativo. E é na perspectiva desta última que vou abordar o tema: o instituto da responsabilidade civil continua a representar o patamar último e mínimo da garantia do Estado de Direito e é também a essa luz que o regime legal que temos pela frente deve ser entendido.

Passando à introdução, proponho-me abordar o tema do ónus da prova no quadro do regime da responsabilidade civil aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro (“RCEEP”), focando quatro pontos. Em **primeiro lugar**, a referência de algumas vicissitudes da reforma, em particular no que respeita à sua articulação com o direito comunitário. Em **segundo lugar**, a especificidade do exercício da função administrativa por comparação com a autonomia privada e que pode justificar um perfil dogmático da responsabilidade civil da administração distinto (quando falo de Administração quero



referir-me ao Estado-Administração e a outras entidades públicas que, para este efeito, possam ser assimiláveis ao Estado). Em **terceiro lugar**, o sentido e alcance das regras sobre o ónus da prova material. Vai ser esse o objecto da nossa atenção: trata-se de um instituto que se situa numa zona de intersecção entre o direito processual civil e o direito substantivo que rege a actuação das entidades públicas no exercício da função administrativa, ou seja, o direito administrativo material. E, por fim, em **quarto lugar**, vamos analisar e comparar as situações de responsabilidade exclusiva do Estado e demais entidade públicas, prevista no artigo 7.º do RCEEP, e as situações de responsabilidade solidária emergentes de acções ou omissões ilícitas cometidas por titulares de órgãos, funcionários e agentes com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo – artigo 8.º do mesmo diploma.

O objectivo desta exposição é provocar uma discussão sobre se, sob a aparência de se pretender consagrar apenas a orientação jurisprudencial prevalecente em matéria da responsabilidade civil da Administração Pública, o legislador não acabou, afinal, por criar as bases para uma autonomização dogmática da responsabilidade civil da Administração por actos de gestão pública, ou seja, na terminologia da nova lei, pelo exercício da função administrativa assente no conceito de culpa funcional ou de falta funcional, entendido em sentido amplo, à francesa, isto é, como um comportamento lesivo imputável à Administração e contrário aos seus deveres objectivos. Nesse sentido, proponho justificar a necessidade de se discutirem as duas seguintes teses:

- 1) A responsabilidade exclusiva prevista no artigo 7.º do RCEEP tem um carácter objectivo e desempenha uma função essencialmente reparadora;
- 2) A responsabilidade solidária prevista no artigo 8.º do RCEEP tem um carácter subjectivo e desempenha uma função de garantia dos lesados.

Começando, então, pelo **primeiro ponto**, relativamente às vicissitudes da reforma: não vale a pena estar a fazer aqui a história da mesma, ou seja, enumerar os diferentes anteprojectos e as propostas de lei sucessivas que houve relativamente ao



tema objecto do RCEEP. Em todo o caso, quero chamar a atenção para o seguinte: desde o anteprojecto que em 2001 esteve na base da primeira proposta de lei, passando pelo anteprojecto elaborado e proposto no âmbito da Ordem dos Advogados, até à proposta de lei que foi aprovada a final e que está imediatamente na origem do diploma actualmente em vigor – portanto, o RCEEP - verificamos que foi consagrada legalmente a responsabilidade objectiva da Administração pelo funcionamento anormal dos seus serviços. Acresce que na exposição de motivos há uma referência expressa à introdução de um regime de presunção de culpa nos casos em que os danos são causados por actos jurídicos, o que compreende actos administrativos e actos de conteúdo normativo. Bem sei que estamos a falar de um diploma que também abrange o exercício da função legislativa, mas como referi inicialmente, vou concentrar-me na responsabilidade civil da Administração.

A propósito daqueles dois pontos e, especificamente, a propósito do último, portanto da presunção de culpa, o Governo afirmou que com a introdução da mesma visava aproximar, finalmente, o quadro normativo legislado da prática dos nossos tribunais administrativos, em sintonia com a tradição firmada nos países do Sul da Europa - com particular destaque para a França e a influência desta no direito comunitário. Segundo o Governo, os tribunais portugueses já há muito que consideravam a culpa inerente à prática de actos jurídicos ilegais por parte da Administração. Por outro lado, a mesma presunção vinha dar satisfação às exigências impostas pela Directiva n.º 89/665/CEE, de 21 de Dezembro, a que se veio juntar a Directiva 92/13/CEE, de 25 de Fevereiro, as quais, embora no domínio específico das consequências da anulação de actos relativos à formação de certo tipo de contratos, reflectem a aludida orientação, de matriz francesa, que tem inspirado o Tribunal de Justiça das Comunidades no domínio da responsabilidade por actos administrativos ilegais, e que assenta, precisamente, no entendimento de que a culpa se encontra ínsita na ilegalidade cometida, sem carecer, por isso, de demonstração.



Sucedeu que a meio das várias vicissitudes legislativas que antecederam a aprovação do RCEEP, foi movido pela Comissão um processo a Portugal por incumprimento daquelas Directivas que veio a culminar no Acórdão de 14 de Outubro de 2004. Neste a República Portuguesa foi condenada por infringir o direito comunitário devido precisamente à exigência da culpa como pressuposto autónomo da responsabilidade civil da Administração por facto ilícito. Dizia-se nos considerandos desse Acórdão, Considerando 31, "se é certo que a legislação portuguesa prevê a possibilidade de obter indemnizações no caso de violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que o transpõem, não se pode todavia considerar que a mesma constitui um sistema de protecção jurisdicional adequado, na medida em que exige a prova da existência de culpa ou dolo por parte dos agentes de determinada entidade administrativa. Assim, o concorrente lesado por uma decisão ilegal da entidade adjudicante corre o risco de ser privado do direito de exigir o pagamento de uma indemnização em virtude do dano que lhe foi causado com essa decisão, ou, pelo menos, de a obter tardiamente, por não conseguir fazer prova da existência de dolo ou culpa". Deste modo, conclui o mesmo aresto na sua parte decisória, "ao não revogar o Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, que subordina a indemnização das pessoas lesadas em consequência da violação do direito comunitário em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que o transpõem à prova da existência de culpa ou dolo, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos" (n.º 1 da parte decisória).

Terá sido muito provavelmente esta condenação que esteve na origem da autonomização do n.º 2 do artigo 7.º que aparece agora no RCEEP. Com efeito, nas primeiras propostas de lei não surgia assim, mas houve a preocupação de o autonomizar na Proposta de Lei n.º 56/X.



Mas a história, como provavelmente também já saberão, não acabou aqui porque, entretanto, nas diligências adoptadas em vista do cumprimento do Acórdão de 2004, o Governo Português submeteu à Comissão a referida Proposta de Lei n.º 56/X para apreciação. Pretendia-se saber se os termos em que se encontrava estabelecida nessa Proposta a referida presunção de culpa e a autonomização do citado n.º 2 – correspondente à autonomização expressa do actual n.º 2 do artigo 7.º do RCEEP – davam cumprimento às obrigações comunitárias a que se reportava o Acórdão de 2004. A Comissão entendeu que não e, por isso, iniciou junto do Tribunal de Justiça um novo processo contra Portugal que veio a ser decidido pelo Acórdão de 10 de Janeiro de 2008. Foi na sequência deste último que foi aprovada na reunião do Conselho de Ministros de 10 de Abril passado uma nova Proposta de Lei, desta feita a n.º 195/X, visando a modificação do RCEEP em conformidade com as exigências comunitárias. Na respectiva exposição de motivos é expressamente assumido ser provável que a Comissão venha a entender, pelas razões que há pouco referi, que apesar da revogação do Decreto-Lei n.º 48051, a consagração de uma presunção de culpa ilidível, associada à prática de actos jurídicos ilícitos, não afasta, completamente, do novo quadro legal a necessidade de vir a demonstrar a culpa, pelo que se deveria alinhar o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estados e demais entidades públicas no âmbito dos contratos de direito público inseridos nas directivas em questão, com o entendimento da Comissão Europeia nesta matéria, adoptando-se uma redacção idêntica à consagrada na alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º da Directiva n.º 89/665 CEE do Conselho de 21 de Dezembro de 89.

Em vista disso, encontra-se pendente de apreciação e aprovação pela Assembleia da República a seguinte nova redacção a dar ao n.º 2 do Art.7.º do regime da responsabilidade civil extracontratual: “é concedida indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário” *[cfr. A Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho, aprovada em 23 de Maio do mesmo ano].



É discutível a necessidade de autonomização do n.º 2 daquele artigo; mas mais vale prevenir do que remediar. Na leitura que faço do diploma em apreço, essa autonomização, face ao n.º1, resultava já dos elementos de interpretação histórico, literal e sistemático, pelo que o inciso “nos termos da presente lei” valeria, mesmo antes da alteração que se pretende efectuar, não para os pressupostos da obrigação de indemnizar, mas tão-somente para os termos em que se encontra definida a consequência jurídica correspondente nos artigos 3.º a 6.º do regime em questão. A verdade é que, seja como for, esta proposta reforça a necessidade de repensar o perfil dogmático da responsabilidade da Administração por acções e omissões ilícitas praticadas no exercício da função administrativa.

Passando para o **segundo ponto**: a especificidade do exercício da função administrativa por comparação com a autonomia privada e a distribuição do risco de perda de bens. O que está em causa é tentar compreender as diferenças, no plano da partilha de riscos inerente ao instituto da responsabilidade civil, entre quem age com liberdade e quem se encontra obrigado a prosseguir o interesse público.

A responsabilidade civil da Administração começou por ser concebida nos termos das teorias civilísticas da comissão ou do mandato: a Administração, tal como as pessoas colectivas privadas, age através dos titulares dos seus órgãos e dos seus funcionários ou agentes, mas o comportamento destes só é imputável àquela se, e enquanto, os mesmos respeitarem as regras aplicáveis ao exercício das suas funções. Por analogia, valia a lógica do Código Civil.

Sucedem que uma coisa são as manifestações do exercício de uma genérica liberdade de acção que enforma todo o direito privado e tem uma das suas expressões mais significativas no princípio da autonomia privada, e outra as expressões de uma actividade institucionalmente vocacionada para a prossecução do interesse público de acordo com determinados parâmetros. A Administração não age quando e como quer; tem um dada incumbência a cumprir e, ao fazê-lo, os seus órgãos e agentes estão subordinados à Constituição e à lei, devendo a sua actuação ser pautada pelo respeito



dos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé. Isto significa, com referência a qualquer acção ou omissão administrativa, que a mesma pretende constituir um bem para o todo social e que, quando ilícita, a Administração não desempenhou as suas tarefas nos termos em que o devia ter feito.

Tal diferença não pode deixar de se repercutir ao nível da distribuição dos riscos da vida em sociedade. Nas relações jusprivatísticas compreende-se que a imputação extracontratual de danos suportados por alguém só se concretize na hipótese de a causa dos mesmos se ficar a dever a um comportamento reprovável do lesante (princípio da responsabilidade subjectiva). Na ausência de censurabilidade, aquele que beneficia das vantagens de um bem juridicamente tutelado deve também suportar os riscos da sua perda. A culpa exprime precisamente um juízo de censura ou reprovação da conduta do lesante: este, "em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia agir de outro modo".

Já no caso de a lesão ser causada pela Administração, directamente ou através dos seus funcionários e agentes no exercício das suas funções, o interesse público concretamente prosseguido não pode deixar de relevar, uma vez que, sendo possível a imputação do comportamento danoso à Administração, esse mesmo comportamento é adoptado em vista de um benefício para a comunidade. Acresce que, se o facto lesivo também é ilícito, isso significa necessariamente que os serviços administrativos não funcionaram como deviam. Nestas circunstâncias, a aplicação do aludido princípio da responsabilidade subjectiva faria com que o lesado tivesse de suportar riscos não compensados por qualquer vantagem: para a sua concretização, bastaria não conseguir provar a culpa do concreto titular de órgão, funcionário ou agente ou que estes conseguissem ver desculpadas as suas acções ou omissões ilícitas. Simplesmente, tal modo de equacionar o problema deixaria de fora o principal interveniente, ou seja, a Administração – que, é simultaneamente a beneficiária da lesão, na medida em que o mesmo lhe seja imputável a título de prossecução do interesse público; e, devido ao mau funcionamento dos seus serviços, também a principal causadora dos danos. Daí ser



compreensível que no caso da Administração - caracterizada por uma função específica e regendo-se por uma legalidade própria - a questão da culpa tenda a esbater-se ou a objectivar-se.

Com efeito, sem prejuízo da importância de factores subjectivos no âmbito das relações internas (Administração - titular de órgão, funcionário ou agente), nas relações externas (Administração - lesado) não pode deixar de relevar a causa da concretização do risco - o exercício de uma função administrativa -, justificando-se a correspondente reparação (princípio da responsabilidade objectiva ou, numa formulação com laivos subjectivistas a salientar o funcionamento indevido dos serviços, princípio da falta ou da culpa funcional). Em qualquer caso, estamos perante um reforço da tendência para a funcionalização da culpa ao nível da actuação administrativa.

Embora conceptualmente destrincháveis, a ilicitude e a culpa exercem ambas, segundo o ensinamento do Doutor Antunes Varela e de muitos outros ilustres civilistas, uma função reprovadora da conduta do prevaricador ou faltoso: "a ilicitude, no aspecto geral e abstracto considerado pela norma legal; a culpa, no momento subjectivo, em que o julgador, ainda apoiado na lei, aprecia a reprovabilidade da conduta do agente (ou omitente), em face das circunstâncias concretas do caso". Compreende-se, por isso, e continuo a citar o Doutor Antunes Varela, que "nem todos os autores estabeleçam esta distinção entre os dois aspectos da conduta irregular ou faltosa do agente. Na França, principalmente, a tendência geral é no sentido de incluir um e outro na figura genérica da *faute*, que serve de fundamento à obrigação de reparar o dano". De resto, nesse País – precisamente aquele que foi invocado na exposição de motivos das diferentes propostas de lei que estiveram na origem do regime que acabou por ser aprovado e constitui hoje o RCEEP, a tendência geral é no sentido de incluir, quer a ilicitude, quer a culpa numa figura genérica de *faute de service* – numa tradução não literal significa falta funcional – que serve de fundamento à obrigação de reparar o dano.

Estas alterações ao nível dos pressupostos da responsabilidade civil - e com isto passo ao **terceiro ponto** -, uma vez que estamos a tratar do ónus da prova material, não



podem e não deixam de se reflectir no grau de dificuldade dos lesados obterem indemnizações.

Isto ajuda um pouco a explicar e perceber a razão de ser da insistência das instâncias comunitárias na mencionada questão de a culpa continuar a ser perspectivada em termos subjectivos na lei actualmente em vigor, ou seja, ainda antes da alteração da última proposta de lei [- que, como referido, culminou na Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho -], mesmo sem considerar a inversão do ónus da prova nela contemplado. Na verdade, se a culpa constitui um dos pressupostos da responsabilidade civil é, evidente, que se torna muitíssimo mais difícil, nomeadamente por causa do citado ónus, obter as indemnizações que forem devidas. sobretudo no caso de actos ilícitos, que é o que está em causa na Directiva que deu origem àqueles processos, ou seja, a adopção de medidas que sejam, efectivamente, reparadoras. A inversão do ónus da prova atenua as citadas dificuldades, mas não elimina totalmente o problema no que à garantia da efectividade da tutela jurisdicional diz respeito.

No quadro do exercício deste direito-garantia cumpre ter presentes os critérios sobre a repartição do ónus da prova material que vêm complementar a obrigação de julgar ao determinarem qual dos sujeitos processuais deve suportar os riscos inerentes à falta de prova de certo facto, ou seja, que o *non liquet* quanto ao mesmo facto se converta num *liquet*, dando-o como «não provado».

Na vigência dos princípios do inquisitório ou da verdade material e da livre apreciação das provas - em que o que torna um facto provado é a íntima convicção do juiz quanto à sua realidade -, torna-se indispensável, sob pena de denegação de justiça, saber como decidir nos casos em que o julgador não tem a certeza de que certo facto alegado e objecto de actividade instrutória corresponda à realidade. Justifica-se falar em «risco», porquanto a decisão desfavorece quem não veja provados os factos em que assenta a posição por si sustentada no processo. Nesse sentido, alguns Autores salientam que a doutrina do ónus da prova é também "uma doutrina dos efeitos da falta de prova".



A regra geralmente aceite neste domínio é a que consta do artigo 342.º do Código Civil: quem invoca um direito tem o ónus da prova dos respectivos factos constitutivos, cabendo a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do mesmo direito à contraparte. Cada uma das partes tem, assim, de provar os factos que constituem os pressupostos da norma que lhe é favorável, ou seja, os factos, positivos ou negativos, correspondentes à previsão da norma que aproveita à pretensão ou à excepção que alega. Esta regra corresponde ao que, de acordo com a experiência, sucede na maior parte dos casos e reflecte o modo como esse mesmo quadro de normalidade típico se encontra organizado juridicamente. Antunes Varela refere, a este propósito, o critério do "escalonamento normativo sistemático" ou a "teoria das normas" de Rosenberg assente na relação entre regra e excepção.

Porém, como justamente assinala o Doutor Vieira de Andrade, o que está em causa, a propósito da repartição do ónus da prova, é a solução de um problema normativo: a maior facilidade ou dificuldade quanto à defesa de posições jurídicas, pelo que a sua solução não pode abstrair das regras específicas dos domínios da vida em causa nem tão-pouco do tipo de sujeitos ou de actuações concretamente visadas. Aliás, a própria lei civil é a primeira a reconhecê-lo (cfr., por exemplo, o artigo 343.º do Código Civil). No âmbito jusadministrativo, por exemplo, e sob pena de esvaziamento do direito à tutela jurisdicional efectiva, a coberto de uma presunção de legalidade dos actos administrativos, a regra do artigo 342.º do Código Civil não pode ser formalmente aplicada à impugnação contenciosa daqueles: ou seja, deve ser a Administração a suportar a desvantagem de não ter sido feita a prova da verificação dos pressupostos legais que permitem a sua ingerência na esfera de liberdade dos particulares; mas, por outro lado, cabe a estes suportar as desvantagens de o juiz não se convencer que, no uso dos seus poderes discricionários, a mesma Administração violou princípios jurídicos fundamentais. Inversamente, no caso de denegação indevida de actos ou prestações, compete ao particular provar o seu direito a tais actos ou prestações.



Nesse sentido, a doutrina processualista tem vindo a propor distinções em função dos meios processuais ou do carácter positivo ou negativo das actuações em causa e tipologias de situações. Por outro lado, também não deixam de relevar «esferas de responsabilidade» em função de deveres de colaboração: cada parte tem o ónus de provar os factos que lhe dizem directamente respeito ou que ocorrem no seu específico âmbito de actuação. Assim, por exemplo, em caso de funcionamento anormal do serviço nos termos previstos no artigo 7.º, n.º 4, do RCEEP, deve entender-se que a prova dos factos impeditivos, nomeadamente a existência de um comportamento concreto que tenha sido causa do dano e a prova da autoria pessoal do mesmo cabem à Administração, por se situarem na sua esfera de responsabilidade.

Ainda assim, no limite, pode concluir-se com Vieira de Andrade: "a repartição do ónus da prova, para além dos casos em que o legislador opte por regras estritas, constituirá, também ela, um problema normativo, a decidir em última análise pelo juiz, a partir da aplicação das regras processuais básicas, de maneira que pode até representar, afinal, um aspecto diferenciado e motivável no processo de formação da convicção íntima (esclarecida) do juiz".

A inversão do ónus da prova consiste na imposição da demonstração da realidade de um facto à parte que dela estaria desonerada segundo o mencionado critério geral e pode basear-se em várias razões. O artigo 344.º do Código Civil refere expressamente duas das mais importantes quanto ao domínio da responsabilidade civil:

- A sanção, ou seja, a circunstância de a parte contrária tornar culposamente impossível a prova ao onerado (n.º 2);
- A existência de presunção legal (n.º 1).

Nos termos do artigo 349.º do mesmo Código, a presunção consiste na ilação que se tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido: o primeiro é erigido como índice da realidade do segundo, pelo que, provado aquele se tem este último como real e existente. A lei distingue entre as presunções legais e as presunções



naturais, judiciais ou de facto (cfr., respectivamente, os artigos 350.º e 351.º do Código Civil).

Nas primeiras é a própria lei que, verificado certo facto, dá como provado um outro. Em regra, este último admite prova em contrário, isto é, que a contraparte convença o juiz da existência do facto oposto, e a presunção diz-se *iuris tantum* ou ilidível: a mesma apenas faz prova plena do facto presumido; caso a lei proíba que a presunção seja ilidida, então a mesma faz prova pleníssima e diz-se *iuris et de iure* ou inilidível.

As presunções judiciais são, na expressão de Antunes Varela, "aquelas que se fundam nas regras práticas da experiência, nos ensinamentos hauridos através da observação (empírica) dos factos" - é o saber de experiência feito que serve de base à prova bastante do facto presumido; todavia, esta cede perante a contraprova realizada pela parte contrária, ou seja, em face de elementos probatórios que, sem convencer o juiz do facto oposto, criam no seu espírito uma dúvida séria quanto à sua realidade (claro que a parte contrária também pode atacar a presunção natural pondo em causa a realidade do facto indiciário).

Como nota o mesmo Autor, "a presunção assenta sobre uma base (um facto) que tem de ser provada. E a prova deste facto há-de ser feita por qualquer dos procedimentos probatórios regulados na lei processual [...] A presunção não elimina o ónus da prova nem modifica o resultado da sua repartição entre as partes. Apenas altera o facto que ao onerado incumbe provar: em lugar de provar o facto presumido, a parte onerada terá de demonstrar a realidade do facto que serve de base à presunção" - e que, em regra, é mais fácil. Acresce que, com ressalva das presunções inilidíveis, a parte contrária não fica impedida nem de impugnar a realidade do facto indiciário nem de provar o contrário do facto presumido.

Passando ao **quarto** e último **ponto**, cumpre analisar os artigos 7.º e 8.º do RCEEP.



As dificuldades que o primeiro daqueles preceitos suscita decorrem da circunstância de no mesmo se encontrarem previstos três tipos de situações: desde logo, os comportamentos individuais e concretos, activos ou omissivos, mas ilícitos e cometidos com culpa leve (n.º 1); a violação de norma ocorrida no âmbito de determinados procedimentos pré-contratuais (n.º 2), depois; e, finalmente, o funcionamento anormal do serviço (n.º 3). Ora bem, tal diversidade de situações quanto à culpa consignada no artigo 8.º só se encontra prevista a propósito do primeiro tipo (nomeadamente, no respectivo n.º 1). Daí a questão: qual é o alcance exacto da referência à “culpa leve” no n.º 1 do artigo 7.º?

Qualquer uma das situações aí previstas configura uma falta funcional da Administração; por outro lado, a citada culpa leve não parece ser nem pressuposto necessário da obrigação de indemnização por facto ilícito nem constitui um factor relevante na sua graduação ou conformação. Com efeito, a obrigação de indemnização dos danos causados também existe nos outros dois casos em que a culpa leve não se encontra expressamente prevista como pressuposto da responsabilidade e, contrariamente ao que acontece no direito civil, a determinação do montante da indemnização não é atenuado em função do grau de culpabilidade.

A grande diferença entre os dois preceitos, neste particular, parece reconduzir-se ao seguinte: nos casos de culpa leve apenas respondem as entidades públicas ao serviço das quais os agentes culpados agiram; já nos casos em que estes tenham agido com culpa grave ou dolo – precisamente os previstos no artigo 8.º, n.º 1, do RCEEP, as mesmas entidades públicas são solidariamente responsáveis e têm direito de regresso, de exercício obrigatório, sobre os primeiros. Acresce que, do ponto de vista meramente literal, o mesmo tipo de acto jurídico ilícito pode, por si só, ser causa da obrigação de indemnização, ou não, consoante a norma jurídica violada pertença ao universo normativo referido no artigo 7.º, n.º 2 do RCEEP.

A relevância, em tal contexto, das presunções de culpa previstas no artigo 10.º, n.ºs 2 e 4, torna a teleologia e a própria justiça do regime em análise ainda menos



transparente: porquê considerar apenas os "actos jurídicos ilícitos" e não também as omissões de actividade jurídica - por exemplo, a violação do dever de decisão, a violação do dever de executar sentenças dos tribunais administrativos ou a violação do dever de regulamentar as leis? Ou porquê deixar de fora a *culpa in elegendo* ou a *culpa in instruendo* e, bem assim, outras modalidades de culpa? Mais grave ainda: como justificar a responsabilização sem culpa prevista no artigo 7.º, n.º 2, do regime em análise? Ou como justificar que, nos casos de "acto jurídico ilícito" ou de incumprimento de deveres de vigilância", pelo facto de ter havido uma elisão da "culpa leve" do titular de órgão, funcionário ou agente em causa, a Administração fique exonerada do dever de indemnizar, cabendo ao particular lesado suportar o dano? A situação é tanto mais absurda quanto, na hipótese de não ser possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão em falta e de a mesma ser imputável a um "funcionamento anormal do serviço", voltar a não ser relevante o pressuposto da "culpa leve" nem, por conseguinte, a elisão da sua presunção.

Os elementos de interpretação sistemático e teleológico, em especial à luz dos princípios do Estado de Direito e da igualdade, parecem não se compadecer com tais resultados hermenêuticos, impondo, ao invés, uma funcionalização e objectivação do conceito de "culpa leve" mencionado no artigo 7.º, n.º 1, e a correspondente desvalorização relativa das presunções de culpa do artigo 10.º, n.ºs 2 e 3, do RCEEP. A solução preconizada é, deste modo, assumir uma presunção inilidível de «culpa funcional», tanto para as acções ou omissões ilícitas imputáveis a sujeitos concretos no exercício das suas funções administrativas, como para as acções ou omissões ilícitas apenas imputáveis ao serviço administrativo globalmente considerado. Aliás, seria a identidade do grau de exigência quanto às duas situações consideradas que determinaria como «não aceitáveis» - e, por isso mesmo, compensáveis - os comportamentos impessoais ou anónimos de um serviço administrativo nas situações em que "fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos" (cfr. os artigos 7.º, n.º 4, e 9.º, n.º 2, do RCEEP).



A ser assim, as presunções de "culpa leve" referentes à prática de actos jurídicos ilícitos e ao incumprimento de deveres de vigilância perdem muito do seu interesse prático: só são operativas no âmbito de aplicação do artigo 8.º do RCEEP, limitando-se, mesmo aí, a concretizar para uma parte das situações possíveis o critério geral do artigo 342.º do Código Civil. A verdade, porém, é que a alternativa - assumi-las como verdadeiras presunções legais relativas a algumas das situações integradas no âmbito de aplicação do artigo 7.º, n.º 1, do RCEEP, ainda se afigura menos aceitável, sobretudo à luz dos referidos princípios do Estado de Direito e da igualdade, fazendo incorrer o legislador em verdadeiras contradições axiológico-normativas.

Um tal entendimento é ainda confortado pela inclusão, no próprio conceito de culpa, de elementos de carácter objectivo. É o que sucede com a definição legal de culpa constante do artigo 10.º, n.º 1, a qual consagra um elevado padrão de diligência (culpa em abstracto) e aptidão (culpa como conduta deficiente) exigíveis, "em função das circunstâncias de cada caso" a um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor: a simples prática por um titular de órgão, funcionário ou agente da Administração de acções ou omissões ilícitas já implica um juízo de censura relativamente ao seu comportamento funcional.

A situação prevista no artigo 8.º, n.º 1, do RCEEP respeita igualmente a comportamentos individuais e concretos, activos ou omissivos, de carácter ilícito, tal como os previstos no n.º 1 do artigo anterior. A diferença reside na circunstância de tais acções, no primeiro daqueles preceitos, terem sido "cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que [os titulares de órgãos, funcionários e agentes] se encontravam obrigados em razão do cargo".

Os danos causados também têm de ser indemnizados. Simplesmente, agora "o Estado e demais pessoas colectivas de direito público são responsáveis de forma solidária com os respectivos titulares de órgãos, funcionários ou agentes" (n.º 2). Acresce que, no caso de os primeiros satisfazerem qualquer indemnização por força de



tal solidariedade, os mesmos gozam de direito de regresso contra os segundos (n.º 3), o qual, como referido, é de exercício obrigatório (cfr. o artigo 6.º, n.º 1, do RCEEP).

Este regime destina-se: (i) a garantir o pagamento aos lesados das indemnizações que lhes forem devidas; e (ii) a prevenir que a comunidade seja sobrecarregada com as consequências financeiras de actos lesivos praticados intencionalmente ou com uma "culpa grave" por pessoas individuais ao seu serviço.

Do ponto de vista do lesado, este tanto pode demandar apenas a Administração, somente o lesante ou ambos conjuntamente. No primeiro e no último destes três casos, é aplicável o disposto no artigo 8.º, n.º 4, do RCEEP, ao que parece, com referência tanto ao n.º 2 do artigo 10.º, como ao n.º 3. Com efeito, não se vislumbram razões para distinguir entre ambas as situações. Em qualquer dos casos, a procedência da acção de indemnização dependerá da prova, a cargo do lesado, de que as acções ou omissões ilícitas perpetradas em nome ou ao serviço da Administração foram cometidas com dolo ou culpa grave.

Em Conclusão:

Sob a aparência de consagrar apenas a orientação jurisprudencial prevalecente no domínio da responsabilidade civil da Administração, o legislador parece ter criado as bases para uma autonomização dogmática da responsabilidade civil por actos praticados no exercício da função administrativa assente no conceito de culpa ou de falta funcional, entendido como comportamento lesivo imputável à Administração e contrário aos seus deveres objectivos. Num tal pressuposto, importará distinguir, quanto à responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas por danos resultantes do exercício da função administrativa as duas seguintes situações:

- 1) A responsabilidade exclusiva prevista no artigo 7.º do RCEEP com um carácter objectivo e uma função exclusivamente reparadora;
- 2) A responsabilidade solidária prevista no artigo 8.º do RCEEP com um carácter subjectivo e uma função exclusivamente garantística dos lesados.