

A responsabilidade civil do Estado, a Constituição e a Lei nº 67/2007 (Portugal)

Jorge Miranda*

1. Evolução constitucional e legislativa

I – As nossas Constituições do século XIX consagraram quer a responsabilidade dos empregados públicos por “erros de ofício e abusos de poder” (arts. 14º e 17º da Constituição de 1822), “abusos e omissões que praticarem no exercício das suas funções” (art. 145º, §§ 27º e 28º, da Carta) ou “abuso ou omissão pessoal” (arts. 15º e 26º da Constituição de 1838), quer mesmo a dos juizes por “abusos de poder e erros” (art. 196º da Constituição de 1822) ou “abuso de poder e prevaricações” e “suborno, peita, peculato e concussão” (arts. 123º e 124º da Carta)¹. Não se tratava, porém, propriamente, de responsabilidade do Estado enquanto tal.

Com a excepção notável da responsabilidade por erro judiciário (art. 2403º do Código Civil de 1867)², só tardiamente, tal como noutros países, viria a responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas a surgir, acompanhando os progressos da doutrina, da jurisprudência e das leis³. Surgiria, primeiro, com a reforma do Código Civil feita em 1930 (donde, o novo art. 2399º) e com o Código Administrativo de 1936 (arts. 366º e 367º). E viria a ter uma expressão regulamentadora *ex professo*, quanto à Administração pública, no Decreto-Lei nº 48 051, de 21 de Novembro de 1967, ao mesmo tempo que o Código Civil deste ano reiteraria a responsabilidade por actos de gestão privada (art. 501º).

* Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

1 V. ainda art. 30, nº 30, da Constituição de 1911.

2 Cfr. JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Anotado*, 2ª ed., IV, Coimbra, 1905, págs. 308 e 309; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Lisboa, 1997, págs. 23 e segs.

3 Para uma visão histórico-comparativa, v., por exemplo, GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra, 1974, págs. 27 e segs.; GEORGES VEDEL e PIERRE DELVOLVÉ, *Droit Administratif*, 10ª ed., Paris, 1988, págs. 446 e segs.; GARCIA DE ENTERRÍA e TOMAS-RAMÓN FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4ª ed., Madrid, 1993, págs. 357 e segs.; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *A responsabilidade...*, cit., págs. 10 e segs.; MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, 1998, págs. 35 e segs.; LUÍS GUILHERME CATARINO, *A responsabilidade do Estado pela administração da justiça*, Coimbra, 1999, págs. 33 e segs.

A Constituição de 1933 contemplava, entre os direitos dos cidadãos, o “de reparação de toda a lesão efectiva conforme dispuser a lei” (art. 8º, nº 17), mas, sempre ou quase sempre, ele foi tomado – ao contrário do direito a indenização em caso de revisão de sentença criminal injusta (art. 8º, nº 20) – como dirigindo-se contra os particulares, e não contra o Estado⁴.

Seria com a Constituição de 1976 que o princípio coneguiria ser estabelecido com toda a amplitude⁵. Mas o Decreto-Lei nº 48 051 iria vigorar – embora não sem levantar alguns problemas de inconstitucionalidade superveniente⁶ – até à recentíssima Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro⁷.

2. O art. 22º da Constituição

I – O art. 22º é o art. 21º, inicial, e apesar das dúvidas que tem suscitado, ele tem permanecido sem alterações até agora^{8 9}. Eis como pode ser analisado:

4 Cfr. GOMES CANOTILHO, *O problema...*, cit., págs. 139-140.

5 V. *Diário da Assembleia Constituinte*, nºs 36 e 42, de 23 de Agosto e de 4 de Setembro de 1975, págs. 980 e 1196 e segs. Cfr. o nosso *Um projecto de Constituição*, Braga, 1975, art. 23º; e os projectos de Constituição do Centro Democrático Social, art. 13º, nº 31, e do Partido Comunista Português, art. 60º, nº 1.

6 Cfr., por exemplo, o acórdão nº 154/2007 do Tribunal Constitucional, de 2 de Março, in *Diário da República*, 2ª série, de 4 de Maio de 2007.

7 Entretanto, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei nº 13/2002, de 19 de Fevereiro, iria atribuir aos tribunais de jurisdição administrativa a apreciação dos litígios respeitantes à responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas públicas, incluindo por danos decorrentes do exercício de função política e legislativa e de função jurisdicional, e sem distinguir, quanto à Administração, entre gestão pública e gestão privada [art. 4º, alíneas g) e h)]. Cfr., anteriormente, por, no caso, se tratar de gestão privada, recusando aplicar o art. 22º e, ao invés, a norma sobre protecção dos consumidores, acórdão nº 153/90, de 3 de Maio, in *Diário da República*, 2ª série, de 7 de Setembro de 1990.

8 Nos projectos de revisão constitucional nº 2/V e nºs 2, 3 e 4/VII propuseram-se – sem êxito – adiamentos, embora não alterações. V., quanto à revisão de 1989, *Diário da Assembleia da República*, V legislatura, 2ª sessão legislativa, 1ª série, nº 66, reunião de 19 de Abril de 1989, págs. 2303 e segs.

9 Sobre o art. 22º, v. CASTRO MENDES, Direitos, liberdades e garantias – alguns aspectos gerais, in Estudos sobre a Constituição, obra colectiva, I, Lisboa, 1979, pág. 111; JORGE MIRANDA, O regime dos direitos, liberdades e garantias, ibidem, III pág. 65; MARCELO REBELO DE SOUSA, O princípio da legalidade administrativa na Constituição de 1976, in Democracia e liberdade, nº 13, Janeiro de 1980, págs. 15-16, e Responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde: culpa do agente ou culpa da organização?, in Direito da Saúde e Bioética, obra colectiva, Lisboa, 1996, pág. 162; DIMAS DE LACERDA, Responsabilidade civil extracontratual do Estado – Alguns aspectos, in Contencioso Administrativo, obra colectiva, Braga, 1986, págs. 254 e segs.; BARBOSA DE MELO, Responsabilidade civil extracontratual – não cobrança de derrama pelo Estado, in Colectânea de Jurisprudência, ano XI, tomo 4, 1986, pág. 36; FAUSTO DE QUADROS, Omissões legislativas sobre direitos fundamentais, in Nos Dez Anos da Constituição, obra colectiva, págs. 60-61; GOMES CANOTILHO, anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9 de Outubro de 1990, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, nº 3804, Julho de

a) Conforme decorre do seu lugar sistemático, do confronto com as fórmulas precursoras das Constituições anteriores e com as raras fórmulas paralelas de Constituições de outros países¹⁰, bem como da conexão íntima com outros artigos, ele incorpora um princípio geral. Não apenas todos os direitos devem receber tutela jurisdicional como, se lesados por qualquer modo, à actuação do Estado há-de corresponder uma contrapartida de responsabilidade civil¹¹.

b) E são quaisquer direitos, e não apenas os direitos, liberdades e garantias. E não somente direitos, mas também interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

c) Os danos tanto podem ser danos patrimoniais como não patrimoniais, tanto danos presentes como futuros e tanto danos emergentes como lucros cessantes.

d) Tem-se em vista todas as funções do Estado – a administrativa, a jurisdicional, a legislativa e a política *stricto sensu* ou governativa¹².

1991, págs. 84 e segs.; RUI MEDEIROS, Ensaio sobre a responsabilidade do Estado por actos da função legislativa, Coimbra, 1992, págs. 83 e segs. e anotação ao art. 22º em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, Constituição Portuguesa Anotada, I, Coimbra, 2005, págs. 210 e segs., e III, 2007, págs.; VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, 3ª ed., Coimbra, 2004, pág. 379 e segs.; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, Da responsabilidade civil extracontratual da Administração pública no ordenamento jurídico constitucional vigente, in Responsabilidade civil extracontratual da Administração pública, obra colectiva, Coimbra, 1995, págs. 101 e segs.; MANUEL AFONSO VAZ, A responsabilidade civil do Estado – Considerações breves sobre o seu estatuto constitucional, Porto, 1995; MARIA LUÍSA DUARTE, O artigo 22º da Constituição Portuguesa e a necessária concretização dos pressupostos da responsabilidade extracontratual do legislador, in Legislação, nº 17, Out.-Dez. de 1996, págs. 16 e 17; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, A responsabilidade..., cit., págs. 53 e segs.; MARIA LÚCIA AMARAL, Responsabilidade do Estado..., cit., págs. 397 e segs.; JOSÉ GABRIEL QUEIRÓ, La responsabilité de l'État par violation de l'article 30 du Traité de Rome, en droit portugais, in Direito e Justiça, 1998, nº 2, págs. 97 e 98; LUÍS GUILHERME CATARINO, op. cit., págs. 151 e segs.; JOÃO CAUPERS, Os malefícios do tabaco (notação ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 23/04), in Cadernos de Justiça Administrativa, nº 46, págs. 16 e segs.; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 4ª ed., I, Coimbra, 2007, págs. 425 e segs.

10 Art. 17º da Constituição japonesa; art. 20º da Constituição equatoriana; art. 48º da Constituição romena; art. 26º da Constituição eslovena; art. 15º da Constituição cabo-verdiana; art. 77º, nº 1, da Constituição polaca. Já não, por mais restritos, art. 28º da Constituição italiana e art. 34º da Constituição alemã.

11 Como se sabe, o art. 22º foi elaborado pela comissão da Assembleia Constituinte que se ocupou dos títulos I e II da parte I, e daí mencionarem-se somente os direitos, liberdades e garantias.

12 Nem isso é infirmado por, na reserva de competência legislativa da Assembleia da República, se falar em responsabilidade civil da Administração [art. 165º, nº 1, alínea s)].

Deve, de resto, entender-se, por maioria de razão e por o direito consagrado no art. 22º beneficiar de todo o regime dos direitos, liberdades e garantias, que aquela reserva de competência abrange também a responsabilidade por actos da função jurisdicional, da legislativa e da governativa ou política *stricto sensu*.

e) Tem-se em vista quer o Estado quer qualquer outra entidade pública, assim como qualquer entidade privada enquanto participante no exercício da função administrativa, por qualquer forma.

f) Afloramentos particularmente sensíveis vêm a ser o art. 27º, nº 5, sobre privação da liberdade pessoal contra o disposto na Constituição e na lei; o art. 29º, nº 6, sobre condenação penal injusta; e o art. 52º, nº 3, sobre danos contra a saúde pública e o ambiente, quando provenientes de entidades públicas.

g) O princípio pode estender-se ainda às relações entre entidades públicas, não sendo de excluir, por exemplo, responsabilidade do Estado perante municípios ou universidades públicas¹³.

h) O princípio não deixa de se projectar outrossim no domínio da responsabilidade emergente de contratos.

i) O art. 22º é complementado pelo art. 117º, nº 1, sobre responsabilidade dos titulares de cargos políticos, pelos arts. 216º, nº 2 e 222º, nº 5, sobre responsabilidade dos juizes e pelo art. 271º, sobre responsabilidade dos funcionários e agentes da Administração¹⁴

j) O art. 22º tem ainda de ser conjugado com os princípios do Direito das Gentes quanto à responsabilidade do Estado por acções ou omissões relevantes jurídico-internacionalmente praticadas antes ou depois da entrada em vigor da Constituição de 1976¹⁵ e com os princípios de Direito comunitário de responsabilidade da União por acções ou omissões dos seus órgãos e de responsabilidade dos Estados membros por violação do Direito da União (art. 288º do Tratado e jurisprudência do Tribunal de Justiça¹⁶.

13 Assim, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op.cit.*, I, pág. 426.

14 Não, porém, pelo art. 214º, nº 1, alínea c), sobre responsabilidade financeira, a qual se traduz especificamente na obrigação de reintegrar fundos, valores e dinheiros públicos.

15 Sobre responsabilidade internacional do Estado, v., por todos, GIOVANNI PAU, *Responsabilità internazionale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, 1988, págs. 1432 e segs.; SILVA CUNHA, *Direito Internacional Público – Relações internacionais*, Lisboa, 1990, págs. 93 e segs.; JEAN COMBACAU e SERGE SUR, *Droit International Public*, Paris, 1993, págs. 518 e segs.; ou JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 3ª ed., S. João do Estoril, 2006, págs. 327 e segs.

16 Cfr., por todos, MARIA LUÍSA DUARTE, *O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição*, in *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, obra colectiva, Lisboa, 1993, págs. 674, nota; JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Contencioso comunitário*, Lisboa, 2002, págs. 459 e segs.; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União Europeia: um princípio com futuro* (anotação), in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 60, Novembro-Dezembro de 2006, págs. 60 e segs. e FAUSTO DE QUADROS e ANA MARIA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, 2ª ed., Coimbra, 2007, págs. 266 e segs.

II – Se ninguém contesta a responsabilidade da Administração¹⁷ e se se aceita em maior ou menor medida, a responsabilidade do Estado pelo exercício da função jurisdicional¹⁸, algumas reservas têm persistido acerca do alcance razoável da responsabilidade pelo exercício da função legislativa e sobre o modo de a concretizar.

As transformações da lei¹⁹ – num duplo sentido de alargamento e complexificação dos seus modos de intervenção, por um lado, e, por outro lado (até por causa disso) de sujeição a formas crescentes de limitação – não podem deixar de se reflectir no domínio da responsabilidade. Assim como se vai afirmando cada vez mais o controlo jurisdicional da constitucionalidade, também se vai colocando, embora em termos longe de pacíficos, o problema da responsabilidade do Estado por actos da função legislativa²⁰.

17 Cfr., por todos, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II, cit., 1972, págs. 1195 e segs.; FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, III, Lisboa, 1989, págs. 471 e segs.; VIEIRA DE ANDRADE, *Panorama geral do direito da responsabilidade "civil" da Administração Pública em Portugal*, in *La Responsabilidad patrimonial de los poderes publicos*, obra colectiva, Madrid, 1999, págs. 39 e segs.; RUI MEDEIROS, *Brevísimos tópicos para uma reforma do contencioso da responsabilidade civil*, in *Justiça Administrativa*, nº 16, Julho-Agosto de 1999, págs. 33 e segs.; *Responsabilidade civil extracontratual da Administração pública*, obra colectiva (coord. de Fausto de Quadros), 2ª ed., Coimbra, 2004; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, III, Lisboa, 2007, págs. 408 e segs.

18 Cfr., entre tantos, GOMES CANOTILHO, *O problema...*, cit., págs. 209 e segs. e *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2004, págs. 608-509; ALESSANDRO GIULIANI e NICOLA PICARDI, *I modelli stranieri della responsabilità del giudice*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, obra colectiva, I, Milão, 1979, págs. 527 e segs.; J. M. REYES MONTERREAL, *La responsabilidad del Estado por error y anormal funcionamiento de la administración de la justicia*, Madrid, 1987; MAURO CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?*, Milão, 1988; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Orgânica judicial...*, cit., págs. 19 e segs.; RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., págs. 123 e segs.; FLÁVIO DE QUEIROZ CAVALCANTI, *Responsabilidade do Estado pelo mau funcionamento da justiça*, in *Revista de Informação Legislativa*, nº 116, Out.-Dezembro de 1992, págs. 107 e segs.; PAULO OTERO, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, Lisboa, 1993, págs. 133 e segs.; A. B. COTRIM NETO, *Da responsabilidade do Estado por acto do juiz em face da Constituição de 1988*, in *Revista Trimestral de Direito Público* (São Paulo), 1993, págs. 31 e segs.; FERNÃO FERNANDES THOMAZ, *Da irresponsabilidade à responsabilização dos juizes*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1994, págs. 489 e segs.; DANIEL LUDET, *Quelle responsabilité des magistrats?*, in *Pouvoirs*, 1995, págs. 119 e segs.; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *A responsabilidade...*, cit., págs. 54 e segs.; VERA LÚCIA JUCOWSKY, *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional*, São Paulo, 1999; LUÍS GUILHERME CATARINO, *op. cit.*, maxime págs. 233 e segs.; PAULA RIBEIRO DE FARIA, anotação in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, III, págs. 180 e segs.

19 Cfr. *Manual...*, V, 3ª ed., Coimbra, 2004, págs. 130 e segs., e autores citados.

20 Cfr., na doutrina portuguesa, SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, *Manual do Cidadão em um governo representativo*, 1834, reimpressão, Brasília, 1998, pág. 174; MARTINHO NOBRE DE MELO, *Teoria geral da responsabilidade do Estado*, Lisboa, 1914, pág. 114; FÉZAS VITAL, *Da responsabilidade do Estado no exercício da função legislativa*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano II, 1916, págs. 267 e 513 e segs.; AFONSO QUEIRÓ, *Teoria dos Actos do Governo*, Coimbra, 1948, págs. 217-218, nota; MANUEL DE ANDRADE, *Capacidade das pessoas colectivas*, in

A generalidade da lei não obsta à subjectivação de eventuais prejuízos; e, desde que a Administração é obrigada a executar normas inconstitucionais, a obrigação de indemnizar recai unicamente sobre o Estado legislador²¹. Subordinados à Constituição, os actos legislativos também podem envolver responsabilidade quando a infrinjam ou quando, mesmo não a infringindo, afectem direitos constitucionalmente garantidos.

O que se diz acerca da lei vale, por maioria de razão, para os regulamentos susceptíveis igualmente de determinarem responsabilidade – ainda da Administração.

Nem é de excluir responsabilidade por actos políticos *stricto sensu*: assim, por declaração de estado de sítio ou de emergência (se se optar por a qualificar nessa categoria) e, no limite, com ofensa de direitos insusceptíveis de suspensão (art. 19º, nº 6); ou por inquéritos parlamentares ou por convenções internacionais que atinjam direitos fundamentais²².

Finalmente, poderá haver responsabilidade do Estado por causa de leis de revisão constitucional?

Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 83, pág. 259, nota; GOMES CANOTILHO, *O problema...*, cit., págs. 143 e segs.; *Direito...*, cit., pág. 510 e *Responsabilidade do Estado por danos decorrentes do não exercício culposo da função legislativa*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nºs 3927 e 3928, Out.-Novembro de 2001, págs. 202 e segs.; RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., e *A responsabilidade civil pelo ilícito legislativo no quadro da reforma do Decreto-Lei nº 48 051*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 27, Maio-Junho de 2001, págs. 20 e segs.; MARIA LUÍSA DUARTE, *A cidadania da União e a responsabilidade do Estado por violação do Direito comunitário*, Lisboa, 1994, págs. 75 e segs., e *O artigo 22º...*, cit., *loc. cit.*, págs. 5 e segs.; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *A responsabilidade...*, cit., págs. 62 e segs.; MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade...*, cit., e *Dever de legislar e dever de indemnizar. A propósito do caso "Aquaparque do Restelo"*, in *Themis*, ano I, 2000, nº 2, págs. 67 e segs.; JOÃO CAUPERS, *Responsabilidade do Estado por actos legislativos e judiciais*, in *La Responsabilidade patrimonial...*, obra colectiva, págs. 79 e segs.

Na doutrina de outros países, cfr. JUAN ALFONSO SANTAMARIA PASTOR, *La teoría de la responsabilidad del Estado legislador*, in *Revista de Administración Pública*, 1972, págs. 57 e segs.; GARCIA DE ENTERRÍA e TOMAS-RAMÓN FERNANDEZ, *op. cit.*, II, págs. 212 e segs. e 380 e segs.; RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, I, 7ª ed., Paris, 1993, págs. 1091 e segs.; ALMIRO DO Couto e SILVA, *A responsabilidade extracontratual do Estado no Direito brasileiro*, in *Revista de Direito Administrativo*, Out.-Dez. de 1995, págs. 36 e segs.; MARISA HELENA D'ARBO ALVES DE FREITAS, *O Estado legislador responsável*, in *Revista de Informação Legislativa*, nº 128, Out.-Dez. de 1995, págs. 85 e segs.; EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA, *El principio de la "responsabilidad de los poderes públicos" según el art. 9-3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 67, Janeiro-Abril de 2003, págs. 15 e segs.; ALESSANDRO PIZZORUSSO, *La responsabilité de l'État du fait des actes législatifs en Italie*, in *Mouvement du droit public – Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, obra colectiva, Paris, 2004, págs. 913 e segs.

21 RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., pág. 201.

22 Coisa diferente vem a ser a responsabilidade internacional do Estado por desrespeito de convenções a que esteja vinculado.

Poderá haver por preterição de limites materiais [art. 288º, alíneas d) e e)], mormente em caso de derrogação^{23 24}.

III – *Prima facie* dir-se-ia estar só considerada no art. 22º a responsabilidade por factos ilícitos, em virtude de, expressamente, se consignar a solidariedade de titulares de órgãos, funcionários e agentes, a qual só faz sentido, evidentemente, quanto a factos ilícitos.

Não é de arredar, jentretanto, a responsabilidade por factos lícitos e objectiva, por força dos princípios do Estado de Direito, para se conferir ao art. 22º o máximo efeito útil e porque, a par dos direitos patrimoniais salvaguardados pelos arts. 62º, nº 2, 83º e 94º, nº 1, pode haver direitos de outra natureza passíveis de ser afectados por acções lícitas do Estado (v. g. em estado de sítio ou de emergência, em estado de necessidade administrativa ou em caso de inexecução lícita de sentença de tribunal administrativo) e relativamente aos quais não menos se justifica um dever de indemnizar²⁵.

Nem se compreenderia que um princípio geral sito na Constituição de 1976 fosse menos abrangente que o regime do Decreto-Lei nº 48 051, nascido ainda no tempo da Constituição de 1933 – o qual contemplava responsabilidade por factos ilícitos culposos (arts. 2º e 3º) e, em moldes de princípio geral, responsabilidade pelo risco ou por factos casuais (art. 8º) e responsabilidade por actos lícitos da Administração que provocassem danos especiais e anormais (art. 9º).

Embora de bem menor importância, algum suporte literal acha-se no próprio art. 22º, com base na distinção entre *violação* e *prejuízo* – com a referência a *violação* (de direitos, liberdades e garantias ou, como se diz no art. 271º, nº 1, de “direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos”) está-se contemplando a responsabilidade por factos ilícitos; com a referência a *prejuízo* a responsabilidade por factos lícitos²⁶.

23 V. *Manual...*, II, cit., págs. 166 e segs.

24 Cfr. FRANÇOIS CHARLES BOUSQUET, *La responsabilité de l'État du fait des disposition constitutionnelles*, in *Revue du droit public*, 2007, págs. 937 e segs.

25 Neste sentido, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Da responsabilidade...*, cit., *loc. cit.*, págs. 111 e 112 (chamando também à colação o art. 266º, nº 1, 2. parte, que obriga a Administração a respeitar os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos); ou GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, I, cit., págs. 431 e 432.

26 Cfr., diferentemente, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Responsabilidade dos estabelecimentos...*, cit., *loc. cit.*, pág. 162: a expressão “prejuízo para outrem” visa englobar todos os casos de ilicitude que não se reconduzam a violação de direitos, liberdades e garantias – violação de outros direitos e interesses legalmente protegidos.

Ou, em termos menos plausíveis, RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., págs. 110 e segs.: verificando-se violação de direitos, liberdades e garantias haveria lugar a indemnização tanto de danos patrimoniais como de danos morais, ao passo que, relativamente a outros direitos e interesses, só estaria garantida a indemnização por danos patrimoniais.

IV – O art. 271º especifica o princípio em relação aos funcionários e agentes da Administração pública, nestes termos:

a) Não dependência da acção ou do procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica²⁷;

b) Exclusão de responsabilidade de funcionário ou agente no caso de cumprimento de ordens ou instruções do superior hierárquico e em matérias de serviço, se, previamente, tiver delas reclamado ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito;

c) Cessação do dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime.

V – Por outro lado, o subprincípio de solidariedade – aplicável também aos titulares de órgãos – deve ser tomado numa perspectiva global da Constituição e a par de outros subprincípios ou princípios e de outras regras:

– Irresponsabilidade dos Deputados pelos votos e opiniões no exercício das suas funções (art. 157º, nº 1)²⁸;

– Carácter de excepção da responsabilidade dos juízes (art. 216º, nº 2);

– Preservação da eficácia da Administração (art. 267º, nº 2) e, em geral, dos demais poderes públicos, valorando a maior ou menor diligência e o maior ou menor zelo postos pelos titulares dos órgãos, funcionários e agentes no exercício das suas funções;

– Princípio do acesso democrático aos cargos públicos (art. 50º) e à função pública (art. 47º, nº 2), garantindo aos titulares dos órgãos e aos funcionários e agentes de segurança e tranquilidade económica para a livre tomada de decisões e de prática de actos²⁹.

Por outro lado, como salientava já a Comissão Constitucional, não é absolutamente necessário ver aí a adopção do estrito esquema das “obrigações solidárias” do Direito civil, antes será porventura possível entender que a responsabilidade, sem deixar de ser solidária, pode depender de diferentes pressu-

27 Quer dizer: inexistência de garantia administrativa, abolida em 1974.

28 V. JORGE MIRANDA, *Direito Constitucional III – Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*, Lisboa, 2003, págs. 252 e segs.

29 Assim, JORGE MIRANDA, *Artigo 22º da Constituição e demandas contra titulares de órgãos, funcionários e agentes*, in *O Direito*, 2001, págs. 1003 e segs.; JOÃO CAUPERS, *op.cit.*, *loc.cit.*, pág. 20.

Nesta linha, a despeito das suas insuficiências e deficiências, vai o Decreto-Lei nº 148/2000, de 19 de Julho, sobre dispensa de custas e apoio judiciário.

postos, consoante ela se afira em relação ao Estado ou aos seus agentes³⁰. Ou, como disse o Tribunal Constitucional, o legislador pode modular as condições de responsabilidade dos funcionários e agentes³¹.

3. A dimensão subjectiva

A partir do sentido institucional, objectivo e organizatório, avulta no art. 22º, à semelhança do que sucede no art. 20º, a dimensão subjectiva:

a) Os cidadãos (e, por extensão, os estrangeiros e as pessoas colectivas) têm um verdadeiro e próprio direito à reparação dos danos causados pelas actividades do Estado e das demais entidades públicas³²;

b) É, para efeito do art. 17º, um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias do título I desta parte I da Constituição;

c) E, enquanto tal, directamente aplicável, ainda que, devido a ele corresponder a um princípio, caiba ao legislador uma tarefa de determinação ou densificação, quer quanto ao seu regime substantivo, quer quanto à acção de responsabilidade³³.

4. A responsabilidade por actos legislativos em especial

I – Comportamento ilícito do legislador – seja por acção, seja por omissão – é aquele que se traduz na contradição com normas a que esteja sujeito (normas constitucionais, internacionais, comunitárias ou de lei de valor reforçado) ou com decisão referendária (arts. 115º e 240º), da qual resulte ofensa de direitos dos cidadãos.

O conceito de culpa, tal como consta do art. 487º do Código Civil e constava do art. 2º do Decreto-Lei nº 48 051, não parece que possa aplicar-se em termos gerais, por mal se conjugar com a liberdade de conformação inerente à função política³⁴ e com o contraditório inerente ao pluralismo parlamentar. A falar-se em culpa, terá de ser, numa acepção objectivada³⁵ e imbricada com

30 Parecer nº 22/79, de 7 de Agosto, in *Pareceres*, IX, pág. 52.

31 Acórdão nº 5/2005, de 5 de Janeiro, in *Diário da República*, 2ª série, nº 75, de 18 de Abril de 2005.

32 No sentido somente de garantia institucional, MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade ...*, cit., págs. 422 e segs.; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, cit., pág. 144.

33 RUI MEDEIROS, anotação, *loc.cit.*, pág. 213. Cfr. também, por exemplo, o acórdão nº 45/99, do Tribunal Constitucional, de 19 de Janeiro, in *Diário da República*, 2ª série, nº 72, de 26 de Março de 1999.

34 Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade...*, cit., págs. 16 e segs.

35 A tendência, aliás, mesmo em Direito civil, vai no sentido de certa objectivação da culpa.

o princípio da responsabilidade política (que tem um duplo alcance, pessoal e institucional)³⁶.

Culpa grave ou dolo³⁷ registrar-se-á, sim, em certas hipóteses: reaprovação de norma declarada inconstitucional ou ilegal com força obrigatória geral pelo Tribunal Constitucional (art. 282º), sem que haja sido mudada a norma parâmetro; aprovação de acto legislativo contrário ao resultado do referendo sobre questão a ele concernente (art. 115º), decreto-lei ou decreto legislativo regional publicado na mesma sessão legislativa em que a sua cessação de vigência tenha sido aprovada pela Assembleia da República (art. 169º, nº 4), persistência de omissão legislativa a despeito de o Tribunal Constitucional ter verificado a inconstitucionalidade e de ter feito ciente dela o órgão legislativo (art. 283º, nº 2).

II – Actos legislativos lícitos (conformes ao Direito) e até por vezes impostos por normas constitucionais, que provoquem responsabilidade podem vir a ser leis de nacionalizações ou de apropriação colectiva (ou, inversamente, de privatização), declarações de estado de sítio ou de estado de emergência ou leis-medida que lesem direitos ou interesses legalmente protegidos³⁸.

III – Maria Lúcia Amaral sustentava, na sua dissertação de doutoramento, a inexistência de responsabilidade civil do Estado por prejuízos causados por actos da função legislativa, lícitos ou ilícitos³⁹.

O problema só se colocaria face a danos sofridos por particulares por efeito da vigência de leis inconstitucionais lesivas de direitos fundamentais, e ocorridos durante o período de tempo compreendido entre o momento da entrada em vigor da lei e o momento da declaração da inconstitucionalidade. No estado actual de desenvolvimento do direito constitucional português, tais prejuízos não seriam indemnizáveis, porque a inconstitucionalidade se não configuraria ainda e por si só como uma forma de ilicitude civil.

Em contrapartida, existiria entre nós um dever de indemnizar do legislador, que se constituirá à margem de todos os mecanismos da responsabilidade

36 Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, VII, págs. 78 e segs.

37 Cfr. o conceito de culpa do legislador em RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., págs. 188 e segs.; há culpa do legislador quando ele podia e devia evitar a aprovação de lei inconstitucional.

38 Por exemplo, a extinção de empresa pública sem se acautelarem os interesses dos trabalhadores. Cfr. BERNARDO XAVIER e ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Um caso especial de caducidade de empresa pública. Indemnização aos trabalhadores*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1992, págs. 81 e segs., maxime 86 e 104 e segs.

39 *Responsabilidade...*, cit. V. a crítica que lhe fazemos a respeito dos actos ilícitos na 3ª ed. deste tomo, págs. 298 e 299.

civil, e que se formaria na esfera jurídica estadual no momento mesmo em que os poderes públicos decidissem impor ao património dos privados, por intermédio de lei, sacrifícios graves e especiais em nome da prossecução do bem comum. As leis que impusessem tais sacrifícios, ou que autorizassem a sua imposição, seriam leis expropriatórias que só se tornariam conformes à Constituição se incluíssem uma cláusula indemnizatória conjunta destinada a compensar o sacrifício imposto.

Nos termos do art. 62º, nº 2, em leitura conjugada com os princípios dos arts. 2º, 13º, 18º e 266º, nº 2, seriam inconstitucionais as leis expropriatórias que omitissem a cláusula de concessão conjunta de indemnização, ou que previrem nela compensação insuficiente. No momento da formulação do juízo relativo à inconstitucionalidade de tais leis, o Tribunal Constitucional poderá ainda vir a arbitrar o pagamento de compensações indemnizatórias aos particulares afectados apenas em dois casos: (i) na hipótese de impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade da lei, pelo facto de a omissão ou insuficiência da “Junktim-Klausel” se ter ficado a dever a erro de prognose do legislador; (ii) na hipótese de a declaração de inconstitucionalidade, embora fundamentada, se não mostrar capaz de assegurar, só por intermédio dos seus efeitos, a eliminação de todo o sacrifício que tivesse sido efectivamente imposto ao património privado em consequência da vigência da lei inconstitucional. Os fundamentos desta competência do Tribunal Constitucional encontrar-se-iam consagrados nos arts. 221º e 282º, 4, da Constituição⁴⁰.

Por outro lado, a inconstitucionalidade da lei não se configuraria como expressão de um ilícito civil, capaz de fazer nascer na esfera jurídica estadual uma obrigação de ressarcir que decorressem do facto da contrariedade do acto legislativo à norma fundamental⁴¹. Prevalceria uma orientação objectiva do princípio da constitucionalidade, porque a vinculação do legislador aos direitos fundamentais não acarretaria a degradação da função legislativa em actividade de mera execução⁴²; e a Constituição de 1976 recusaria o princípio do acesso directo dos cidadãos ao controlo⁴³.

Quanto a nós, admitimos (sem conceder) o entendimento – também sufragado, na doutrina portuguesa, por Manuel Afonso Vaz⁴⁴ – relativo às leis

40 *Ibidem*, págs. 709-710.

41 *Ibidem*, pág. 689.

42 *Ibidem*, pág. 699.

43 *Ibidem*, pág. 700.

44 *Ibidem*, págs. 12 e 13: a indemnização não é uma consequência da ilicitude, mas um pressuposto da admissibilidade constitucional da restrição de um direito.

expropriatórias. *A priori* o art. 62º, nº 2, tanto pode ser encarado em conexão com o art. 22º (conforme propendemos a crer) como tomado à sua margem – como também faz Rui Medeiros⁴⁵. E, por certo, são diferentes as ideias de justiça subjacentes: de justiça comutativa na responsabilidade por factos ilícitos e de justiça distributiva na responsabilidade por factos lícitos⁴⁶.

Apesar de tudo, entretanto, há que distinguir. Se a lei expropriatória negar ou vedar a indemnização ou se se mostrar discriminatória, evidentemente, dar-se-á inconstitucionalidade por acção. Porém, se a não previr, deverá aplicar-se directamente o art. 22º (ou, no caso de direitos patrimoniais, o art. 62º, nº 2, ou o art. 94º, nº 1⁴⁷⁴⁸, cabendo à Administração ou aos tribunais determinar o seu montante e evitando-se afectar soluções materiais não necessariamente inconstitucionais⁴⁹.

IV – Será aplicável a norma da solidariedade à responsabilidade por actos legislativos ilícitos?

Como ela se acha afastada quanto aos Deputados à Assembleia da República (citado art. 157º, nº 1) e, por analogia, quanto aos Deputados à Assembleias Legislativas regionais, afigura-se difícil sujeitar-lhe os membros do Governo, o outro órgão legislativo. Mas o problema requereria alguma mais detida reflexão.

V – Outro problema difícil provém da faculdade do Tribunal Constitucional de restringir os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com fundamento em segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo (art. 282º, nº 4)⁵⁰.

Pode admitir-se uma correlativa e consequente redução da indemnização, mas não tal ou tanto que vulnere o conteúdo essencial do direito constante do art. 22º.

45 Embora este Autor considere que a responsabilidade do Estado constitucionalmente prevista abrange quer actos ilícitos quer actos lícitos, só funda aquela no art. 22º (*Ensaio...*, cit., págs. 92 e segs.); a segunda funda-se na garantia da propriedade privada ou, para além disso, nos princípios do Estado de Direito (págs. 235 e segs.).

46 Assim, MARIA LÚCIA AMARAL, *op. cit.*, pág. 414.

47 Cfr. acórdão nº 254/99 do Tribunal Constitucional, de 4 de Maio, in *Diário da República*, 2ª série, nº 137, de 15 de Junho de 1999.

48 No caso do art. 83º (que alude a “critérios de indemnização”), a situação será diferente: será de inconstitucionalidade por omissão, implicando a ineficácia (não a invalidade) da lei.

49 Defender a inconstitucionalidade por acção neste caso seria tão radical como defendê-la a propósito da preterição do princípio da igualdade.

50 Cfr. RUI MEDEIROS, *Ensaio...*, cit., págs. 156 e segs., *maxime* 160; MANUEL AFONSO VAZ, *A responsabilidade...*, cit., págs. 15-16.

5. A Lei nº 67/2007

I – Os pontos principais da Lei nº 67/2007 são os seguintes:

a) Especificação da responsabilidade por acções ou omissões no exercício não apenas da função administrativa mas também da função jurisdicional e da função legislativa embora, naturalmente, com regimes diferenciados (arts. 1º, 7º e segs., 12º e segs. e 15º e segs.);

b) Consagração da responsabilidade pelo risco (art. 11º) e por encargos ou danos especiais ou anormais (art. 16º), sendo especiais os que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito (art. 2º);

c) Responsabilidade por danos patrimoniais e não patrimoniais, assim como por danos produzidos e danos futuros (art. 3º, nº 3).

d) Especificação da solidariedade relativamente à função administrativa e à jurisdicional, na base da distinção entre culpa leve e dolo ou culpa grave (arts. 8º e 14º);

e) No plano textual, transcrições parciais de artigos do Código Civil perturbadoras de uma correcta interpretação do regime jurídico.

II – No tocante à função administrativa, registem-se:

a) Não distinção, para efeito de efectivação de responsabilidade entre as tradicionais gestão pública e gestão privada;

b) Aplicação à responsabilidade civil das pessoas colectivas de direito privado por acções ou omissões no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por normas de direito administrativo (art. 1º, nº 5);

c) Consideração como ilicitude também a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resultantes do funcionamento anormal do serviço (arts. 7º, nº 3 e 9º, nº 2).

III – No tocante à função jurisdicional:

a) Previsão como causas de responsabilidade, para lá dos casos de sentença condenatória injusta e da privação injustificada de liberdade (prevista, como já se viu, desde logo nos arts. 27º, nº 5 e 29º, nº 6 da Constituição), *designadamente* de violação de direito a uma decisão judicial em prazo razoável (art. 12º) e do erro judiciário (art. 13º);

b) Consideração como erro judiciário das decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificados por erro grosseiro na

apreciação dos respectivos pressupostos de facto, só podendo o pedido de indemnização fundar-se na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente (art. 13º, nºs 1 e 2);

c) Dependência do exercício de direito de regresso sobre os magistrados de decisão de órgãos competentes para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça (art. 14º, nº 2) – portanto, do Conselho Superior da Magistratura e do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (art. 217º da Constituição).

IV – No tocante à função legislativa:

a) Responsabilidade ligada à desconformidade com a Constituição, o Direito internacional, o Direito comunitário ou normas legislativas de valor reforçado (art. 15º, nº 1);

b) Responsabilidade, porém, apenas por danos *anormais* (art. 15º, nº 1);

c) Existência e extensão da responsabilidade determinadas atendendo às circunstâncias concretas de cada caso e, designadamente, ao grau de clareza e precisão de norma violada, ao tipo de inconstitucionalidade e ao facto de terem sido adoptadas ou omitidas diligências susceptíveis de evitar a situação de ilicitude (art. 15º, nº 4);

d) Fixação de indemnização equitativamente em montante inferior ao que corresponderia à reparação integral dos danos causados, quando os lesados forem em tal número que, por razões de interesse público de excepcional relevo, se justifique a limitação do âmbito da obrigação de indemnização (art. 15º, nº 6) – o que é lugar paralelo da há pouco referida restrição dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral.

V – Como se vê, os pressupostos de efectivação de responsabilidade pelo exercício da função legislativa são mais restritivos do que relativamente às outras funções e, por outro lado, pode notar-se que são também mais restritivos os atinentes à inconstitucionalidade por omissão do que os atinentes à inconstitucionalidade por acção.

A decisão do tribunal sobre a inconstitucionalidade, a ilegalidade ou a desconformidade da norma jurídica com convenção internacional ou Direito comunitário equivale a decisão de recusa de aplicação ou a decisão de aplicação da mesma norma cuja inconstitucionalidade, ilegalidade ou desconformidade haja sido suscitada durante o processo (art. 15, nº 2).

Já a constituição em responsabilidade fundada na omissão de normas legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais depen-

de de prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional (art. 15º, nº 5).

Assim, a efectivação da responsabilidade conexa com inconstitucionalidade por omissão realiza-se no âmbito da fiscalização difusa, concreta e incidental, sem nenhum requisito externo para a propositura de acção. Pode ser promovida em qualquer tribunal, porque qualquer tribunal é competente para julgar a inconstitucionalidade (art. 204º da Constituição). Tudo se passa com se essa acção se convolvesse em acção de responsabilidade, mas não se trata de nada que não caiba no sistema constitucional, porquanto fiscalização incidental não se reduz a fiscalização por via de excepção⁵¹. E, naturalmente, depois poderá ou deverá haver recurso para o Tribunal Constitucional (art. 280º).

Já a efectivação de responsabilidade conexa com a inconstitucionalidade por omissão fica com um alcance prático muito reduzido, até por serem raríssimos os pedidos de fiscalização. No entanto, dificilmente poderia ser de outra maneira, por a fiscalização difusa estar concebida para a inconstitucionalidade por acção (art. 204º)⁵². Importaria, pois, para ultrapassar a dificuldade e reforçar os direitos dos cidadãos, criar, em futura revisão constitucional, mecanismos de fiscalização concreta com subida ao Tribunal Constitucional⁵³; mas mesmo que tal se considerasse dispensável e que se entendesse possível aproveitar a faculdade dada pelo art. 223º, nº 3 ao legislador, lei adequada para o efeito teria de ser a lei orgânica do próprio Tribunal, e não esta lei.

Onde a Lei nº 67/2007 aqui falha é no não tratamento da responsabilidade por actos de função política *stricto sensu*⁵⁴, da responsabilidade por preterição de decisão referendária, de responsabilidade por acções e omissões do Ministério Público (a não ser que entenda inserida na responsabilidade da Administração) e da responsabilidade por omissões legislativas para além de inconstitucionalidade por omissão, como sejam, omissões de normas de protecção de direitos fundamentais e omissões de normas de transposição de directivas comunitárias.

51 Cfr. *Manual ...*, VI, 2ª ed., Coimbra, 2005, pág. 56.

52 Diferentemente, o Tribunal Constitucional já considerou que a lei não poderia exigir a prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão, pois, doutra forma, retiraria ao interessado a possibilidade de aceder aos tribunais para defesa da sua pretensão (acórdão nº 238/97, de 12 de Março, in *Diário da República*, 2ª série, nº 111, de 14 de Maio de 1997). Admitindo também fiscalização concreta de inconstitucionalidade por omissão, cfr. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, 2003, págs. 181 e segs.

53 Como temos vindo a preconizar: v. *Manual ...*, VI, cit., pág. 318.

54 Apesar de no art. 15º se falar em *função político-legislativa*.