

DA SEDE DO REGIME DE RESPONSABILIDADE OBJECTIVA POR DANOS CAUSADOS POR NORMAS EMITIDAS NO DESEMPENHO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Pelo Prof. Doutor Sérvulo Correia

SUMÁRIO:

I. A razão do tema. II. Base legislativa ou base directamente constitucional para a responsabilidade por facto de regulamento? A responsabilidade por facto de regulamento entre a responsabilidade por acto legislativo e a responsabilidade por acto administrativo. III. O âmbito de incidência objectiva do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48.051. III.1. A gestão pública como critério material de extensão do Decreto-Lei n.º 48 051. III.2. A interpretação do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051 à luz de elementos de ordem literal e teleológica. III.3. O contexto intertextual do Decreto-Lei n.º 48 051 em 1967. III.4. O contexto intertextual do Decreto-Lei n.º 48 051 na actualidade. IV. O âmbito de incidência subjectiva do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051: a aplicação às autarquias locais.

I. A razão do tema

1. Não tem sido considerada líquida, à face do ordenamento jurídico português, a questão do regime jurídico aplicável à relação entre a Administração e um particular lesado por normas emitidas no desempenho da função administrativa. E é assim em particular no que toca à responsabilidade objectiva, ou seja, quando a conformidade de tais normas com o Direito não mereça ser posta em causa não obstante o seu efeito danoso. A dúvida nasce da redac-

ção do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, que, ao fixar o princípio da responsabilidade objectiva da Administração pela prática de actos lícitos, se refere apenas aos *actos administrativos legais* e aos actos materiais lícitos. O entendimento literal estrito da primeira destas expressões deixa de fora os actos normativos da Administração e, entre eles, os actos regulamentares. No entanto — como adiante se verá — existem argumentos de natureza finalística e sistemática para proceder a uma interpretação declarativa lata do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051 de modo a compreender os actos normativos da Administração na expressão *actos administrativos* tal como usada naquele preceito.

MARCELLO CAETANO nunca assumiu uma posição clara sobre a questão ⁽¹⁾. E algum clima de incerteza continua a pairar na obra,

(1) Na 9.ª e última edição do Tomo II do *Manual de Direito Administrativo* (LISBOA: Coimbra Editora, 1972), observa o fundador da Escola de Direito Público de Lisboa que, a partir de 1949-50, se apercebeu, no decurso de um seminário, que o artigo 2397.º do Código Civil de Seabra traduzia o *princípio geral da responsabilidade da Administração pelos danos causados por factos lícitos*. Parece pois que, à luz deste entendimento, também estariam abrangidos os regulamentos administrativos legais, que cabem, naturalmente, no conceito de *factos lícitos*. Por outro lado, MARCELLO CAETANO sublinhava também que o texto do referido artigo 2397.º preceituava que, se o dano fosse ordenado pela autoridade pública, no exercício das suas atribuições, seria indemnizado pela colectividade em benefício da qual houvesse sido determinado, fazendo-se a distribuição do encargo pelos membros da colectividade *na conformidade dos regulamentos administrativos*. Muito embora seja de presumir que o papel apontado aos regulamentos administrativos pelo artigo 2397.º fosse o de estabelecer o critério de distribuição do encargo indemnizatório, não se compreenderia que os regulamentos pudessem (e devessem) dispor sobre esta matéria mas que os danos causados através deles em proveito da colectividade não fossem eles próprios indemnizáveis. O mais natural seria que, pelo contrário, o regulamento dispusesse sobre a repartição do encargo correspondente a danos emergentes da sua incidência especial. MARCELLO CAETANO não aborda explicitamente este aspecto da questão mas seria difícil que o não tivesse feito se encontrasse razões para prevenir quanto à indemnizabilidade dos danos causados por esta via. Fica-se por tudo isto sem saber bem se, quando escreve, algumas linhas mais adiante, que o «sacrifício deve resultar de um acto administrativo *legal* ou de uma operação material *lícita*», o ilustre administrativista se limita a repetir a expressão do artigo 9.º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 48051 sem entrar na dilucidação do seu conteúdo binário (actos concretos e actos normativos de direito administrativo) ou se usa *actos administrativos* em sentido estrito (*Ob.cit.*, págs. 1215 a 1217).

Note-se que MARCELLO CAETANO usa, ao longo do *Manual*, a expressão *acto administrativo* em sentido estrito, como acto que produz efeitos jurídicos num caso concreto. Mas nem por isso deixa de reconhecer que actos administrativos e actos que aprovam regulamentos ou posturas caem na categoria comum de *decisão e deliberação* que, à época, por

a tantos títulos inovadora, que, em 1974, GOMES CANOTILHO dedicou à responsabilidade do Estado por actos lícitos ⁽²⁾. De então até hoje, nenhum autor português dedicou (que saibamos) atenção a este tema ⁽³⁾.

corresponder à nomenclatura usada no Código Administrativo, ocupava uma posição central na teoria geral do Direito Administrativo (Cfr. *Manual de Direito Administrativo 10*, I, Lisboa: Coimbra Editora, 1973, p. 443).

⁽²⁾ Sustentando a irrelevância, para a questão da responsabilidade subjectiva, da inimpugnabilidade — à época — dos regulamentos sob a forma de decreto, GOMES CANOTILHO escrevia que «nada impede...» o particular de invocar e reclamar a indemnização dos prejuízos eventualmente resultantes de regulamentos ilegais». Cfr. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra: Almedina, 1974, p. 197. No tocante à admissibilidade da responsabilidade objectiva por danos causados por regulamentos não acusados de ilegalidade, era menos definida a posição do ilustre Mestre de Coimbra. GOMES CANOTILHO não se pronuncia expressa e directamente sobre a questão nem em sentido afirmativo nem em sentido negativo. Sustenta porém, pronunciando-se em geral sobre o cabimento da responsabilidade por facto de regulamento no quadro do Decreto-Lei n.º 48051, que a circunstância de, neste diploma, se falar apenas em *actos administrativos* não deve levar a excluir do seu âmbito o problema da lesão de situação subjectivas causada por actos regulamentares. Segundo ele, não se vêem bases seguras para esse entendimento limitativo dado que o regulamento deve ser incluído na função executiva. Ob. cit., pág. 195. Embora o Autor não aprofundasse este postulado no que concerne à responsabilidade objectiva por facto de regulamento, parece que ele deveria conduzir a uma interpretação lata do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48051.

⁽³⁾ FREITAS DO AMARAL não o trata no seu *Direito Administrativo III* (Lisboa: polic., págs. 519 a 521), não incluindo a responsabilidade por regulamento na lista exemplificativa que adianta de situações de responsabilidade objectiva por acto lícito.

Também MARIA DA GLÓRIA GARCIA não analisou o tema no seu ensaio *Responsabilidade Civil do Estado e Demais Pessoas Colectivas Públicas*, Lisboa: Conselho Económico e Social, Série «Estudos e Documentos», 1997. Igualmente, não foi incluído na programação do III Colóquio Hispano-Luso de Direito Administrativo, em Valladolid, em 1997, nem aí referido por qualquer dos oradores portugueses (ou espanhóis): Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ/CALONGE VELÁSQUEZ (Coords), *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*, Madrid: Marcial Pons, 1999. E apesar do paralelismo com o tema da responsabilidade por acto legislativo, também o não analisaram aí, sequer a título incidental, os autores das duas monografias respeitantes à responsabilidade por essa outra função do Estado: RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra: Almedina, 1992; MARIA LÚCIA AMARAL PINTO CORREIA, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998. Estudando a responsabilidade do legislador pela inobservância de normas e princípios comunitários, faz-lhe uma fugaz referência MARIA LUÍSA DUARTE, que afirma que os regulamentos são actos de gestão pública, pelo que cabe aos tribunais administrativos a apreciação, no quadro do Decreto-Lei n.º 48051, dos prejuízos resultantes de regulamentos ou da inércia regulamentar na execução do Direito Comunitário. A Autora não esconde, porém, a sua perplexidade perante a letra do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051 ao observar que «o artigo 9.º até parece fornecer um argumento no sentido de

A este vazio na doutrina corresponde a inexistência de decisões do Supremo Tribunal Administrativo em matéria de responsabilidade objectiva por facto de regulamento. Dir-se-ia que se gira em círculo vicioso: a ausência de orientação doutrinária inibe os particulares de invocar em tribunal esta causa de pedir e, na falta de matéria prima jurisprudencial, a doutrina administrativista, dela sempre tão dependente, retrai-se.

Apesar da pendência perante a Assembleia da República da Proposta de Lei n.º 95/VIII sobre a responsabilidade civil extra-contratual do Estado, que, uma vez entronizada, alterará significativamente os dados da questão, não nos parece que seja tarde demais para tentar reparar este vazio, ainda que de forma incipiente. É certo que, caso se venha a firmar de acordo com os termos da iniciativa governamental, a lei proposta estabelece uma ampla figura de *indemnização pelo sacrifício*, objecto de um dever do Estado e das demais pessoas colectivas de direito pública, sempre que, por razões de interesse público, estes imponham encargos ou causem danos especiais e anormais (artigo 16.º). Esta fórmula cobrirá sem margem para dúvidas a responsabilidade objectiva por actos normativos legais da Administração. Mas nem por isso perde todo o interesse a averiguação do actual estado da ordem jurídica nesse domínio. A aprovação da proposta de lei depende de avatares nos planos da duração da legislatura, da fixação da ordem do dia para os trabalhos parlamentares e da reunião dos votos necessários. Oxalá que os ultrapasse. Mas, ainda que a tenhamos no Diário da República no decurso dos próximos meses, ela destina-se a entrar em vigor um ano após a sua publicação (artigo 5.º do articulado preambular). E, em princípio, não virá cobrir a responsabilidade por efeitos danosos já ocorridos por facto de regulamento (Código Civil, artigo 12.º). Por fim, a aplicação do novo diploma — que tornará o regime da responsabilidade objectiva por facto regulamentar mais claro quanto ao seu fundamento mas não alterará a sua substância — sempre lucrará com o melhor entendi-

considerar apenas (como actos de gestão pública) os actos administrativos e os actos materiais». Cfr. *O Artigo 22.º da Constituição Portuguesa e a Necessária Concretização dos Pressupostos da Responsabilidade Extracontratual do Legislador — Ecos da Jurisprudência Comunitária Recente*, in *Legislação*, n.º 17 Outubro/Dezembro 1966, pág. 20.

mento da evolução do ordenamento de que constituirá uma nova etapa.

Cremos pois que se justifica proceder ao exame do fundamento jurídico, no ordenamento vigente, da responsabilidade objectiva por danos causados por normas legalmente emitidas no desempenho da função administrativa.

II. Base legislativa ou base directamente constitucional para a responsabilidade por facto de regulamento? A responsabilidade por facto de regulamento entre a responsabilidade por acto legislativo e a responsabilidade por acto administrativo

2. Embora seja sobre a sede da responsabilidade *objectiva* por facto regulamentar que nos propomos discorrer, não pode naturalmente esta questão, que tem contornos específicos, desprender-se por completo da das raízes da responsabilidade *subjectiva* por facto de regulamento⁽⁴⁾. Há alguma coisa de comum na situação destas duas categorias: a circunstância de o Decreto-Lei n.º 48 051 só referir as normas regulamentares como parâmetros de licitude dos actos jurídicos (artigo 6.º) e nunca, expressamente, como actos geradores de responsabilidade administrativa. Podia pois — em face do teor literal do diploma — suscitar-se a questão de saber se o seu escopo relegou para outra instância de regulação, ou para nenhuma, o enquadramento normativo de todos os efeitos danosos decorrentes da actividade regulamentar da Administração.

A verdade, porém, é que são desiguais em grau as dificuldades colocadas pelo texto quando se pretender reconduzir à estatuição do Decreto-Lei n.º 48 051 as formas de responsabilidade sub-

(4) Usaremos com frequência expressões como *responsabilidade por facto de regulamento*, ou *regulamento*, *normas regulamentares* ou outras congêneres. Cumpre no entanto ter presente que a questão da responsabilidade se põe em iguais termos para os danos causados por todas as normas emitidas no desempenho da função administrativa, ainda que se não trate de verdadeiros regulamentos por regerem substância alheia ao Direito Administrativo. O que conta são as consequências danosas do exercício de um poder normativo, ou seja, da emissão de normas ao abrigo do Direito Administrativo, independentemente do ramo de direito a que pertencerem as situações disciplinadas.

jectiva e objectiva. Da conjugação entre os artigos 1.º, 2.º e 6.º, resulta que se encontram submetidos ao regime de *responsabilidade subjectiva* constante do Decreto-Lei os *actos jurídicos* culposamente praticados no âmbito da gestão pública que violem normas legais e regulamentares ou os princípios gerais aplicáveis. Cabem sem sombra de dúvida neste conceito os regulamentos que, verificada culpa nos termos dos artigos 487.º e 497.º do Código Civil, contrariem o disposto por normas, incluindo outras normas regulamentares, que possuam eficácia superior. Com efeito, o regulamento representa uma forma típica de *acto jurídico* da Administração no âmbito da gestão pública.

Já no tocante à *responsabilidade objectiva* são maiores as dificuldades visto que o artigo 9.º, n.º 1, apenas refere como seus possíveis causadores os *actos administrativos* legais e os *actos materiais* lícitos.

3. A subtracção da responsabilidade (incluindo a própria responsabilidade subjectiva) por facto de regulamento à incidência do Decreto-Lei n.º 48 051, ou seja, ao regime geral da responsabilidade administrativa extracontratual por acto de gestão pública, só poderia encontrar uma justificação na preferência de a fazer alinhar com o regime de responsabilidade do Estado e das regiões autónomas por acto legislativo. Optar-se-ia dessa forma por juntar toda a responsabilidade por actos normativos, fossem eles legislativos ou regulamentares, separando-a de um outro instituto jurídico circunscrito à responsabilidade da Administração por actos de gestão pública concretos, de natureza jurídica ou material. Valeria aqui, numa perspectiva funcional, a proximidade entre o regulamento e a lei, a pertença do regulamento ao conceito de *lei em sentido material*. Sublinhar-se-ia desse modo o carácter de regra abstracta e geral da norma regulamentar, que a separa dos outros actos jurídicos próprios da função executiva.

Não vale a pena estar a lembrar aqui matéria por demais conhecida, ou seja, as razões de ordem institucional e histórica inerentes à emergência, na Prússia da segunda metade do Século XIX, da dicotomia *lei material* e *lei formal* como artifício dogmático destinado a justificar simultaneamente a manutenção de poderes

normativos autónomos pelo monarca e a subtracção ao parlamento de competências de aprovação orçamental exercidas sob a forma de lei ⁽⁵⁾. A verdade é que, em Portugal e naquela mesma época, como observa BLANCO DE MORAIS, nunca se abriu «espaço para a concretização de uma reserva material de carácter regulamentar, ou mesmo de eixos de concorrência entre regulamentos independentes e «leis formais» em certos domínios, tal como existia na Alemanha e na Itália» ⁽⁶⁾. E, de qualquer modo, hoje, sem prejuízo da existência na nossa Ordem Jurídica de órgãos com dupla competência legislativa e regulamentar (o Governo e as assembleias legislativas regionais), a colocação constitucional desses dois modos de normação situa as regras por eles geradas em dois planos distintos. Estes não se materializam apenas pela diferente força hierárquica (como igualmente sucede entre norma regulamentar e acto administrativo concreto) mas também por acentuadas diferenças de regime quanto ao procedimento de feitura, quanto ao grau de autonomia conformativa e quanto ao controlo de juridicidade. Embora, porventura, não com a mesma veemência que se justificava na Itália parlamentarista dos anos sessenta do Século XX, também se aplica aqui o dito de CARLASSARE segundo o qual é particularmente perigosa a doutrina que, reconduzindo indiferentemente normas regulamentares e normas legislativas à noção única de *lei material*, induz necessariamente a considerá-las como expressão de uma única função ⁽⁷⁾.

A analogia da norma regulamentar em relação à norma legislativa prende-se com o aspecto formal da estrutura lógica da proposição prescritiva no tocante aos âmbitos de incidência subjectiva e objectiva ⁽⁸⁾. Mas o traço comum da estrutura não apaga uma muito mais relevante desigualdade intrínseca no tocante à instrumentalização dos preceitos a diferentes funções do Estado. Não obstante a parcial simultaneidade da autoria orgânica, a diferenciação dos planos funcionais suscita a extracção, a partir do princípio

⁽⁵⁾ Veja-se, a título de exemplo, BLANCO DE MORAIS, *As Leis Reforçadas*, Coimbra: Coimbra Editora, págs. 47 e seguintes.

⁽⁶⁾ *Idem*, p. 61.

⁽⁷⁾ Cfr. LORENZA CARLASSARE, *Regolamenti dell'Esecutivo e Principio di Legalità*, Pádua: CEDAM, 1966, págs. 81 e 82.

⁽⁸⁾ *Idem*, p. 31.

da separação de poderes, de ilações muito diferentes no tocante ao regime dos preceitos legislativos e dos preceitos regulamentares. Para além de aspectos já meteoricamente referidos (procedimento, autonomia de conformação e controlo) aponta-se a circunstância de o poder regulamentar se confinar, em relação a cada pessoa colectiva pública cujos órgãos dele dispõem, à esfera das respectivas atribuições. É certo que a competência regulamentar e a competência para a prática de actos administrativos podem não coincidir no tocante à sua distribuição pelos órgãos da pessoa colectiva ou no tocante à destrição entre as matérias que esta pode conformar de maneira geral e abstracta ou de maneira concreta. Assim, por exemplo, certos institutos públicos apenas podem praticar actos administrativos; os regulamentos que eventualmente, a par da lei, disciplinem o conteúdo de tais actos competem nesse caso ao Governo. Mas o regulamento é um meio para permitir o exercício das suas atribuições à pessoa colectiva pública dotada de órgãos com competência normativa. As atribuições representam deste modo um quadro comum para o exercício de competências tanto normativas como concretas que não baliza, em contrapartida, a feitura das leis pelos órgãos de soberania ⁽⁹⁾.

4. Em suma, localizada entre a norma legislativa e o acto administrativo, a norma administrativa situa-se mais próxima do último do que da primeira no quadro sinóptico dos actos jurídicos

⁽⁹⁾ Já a actividade legislativa das assembleias regionais tem de se enquadrar no âmbito das matérias de interesse específico para as regiões autónomas. É o compromisso possível quando se reconhecem poderes legislativos a entidades desprovidas de soberania. O poder legislativo das assembleias regionais materializa uma autonomia política mas respeitante a uma população de um espaço infra-estadual. Automaticamente, surge a necessidade de destrição dos interesses públicos — ou seja, as atribuições — em função do respectivo âmbito geográfico. Mas, no domínio dos interesses específicos da região autónoma não comprimido pela reserva de legislação nacional, o legislador regional pode prosseguir uma plenitude de fins que a delimitação de atribuições entre a região autónoma, as pessoas colectivas da administração regional indirecta e as autarquias locais do território não consente a nenhum dos órgãos com poder regulamentar de qualquer destes entes. O âmbito dos poderes de normação administrativa corresponde sempre, apenas, ao das atribuições da pessoa colectiva pública em causa. E, para o efeito da função administrativa, as atribuições da região autónoma não correspondem a todo o âmbito dos interesses específicos da região visto que estes também são prosseguidos pela administração indirecta e pelas autarquias locais.

públicos. A função regulamentar é administrativa e não legislativa. O regulamento compartilha com o acto administrativo o carácter não inicial ou não primário. Muitas vezes, assumem até a mesma forma típica (decreto, portaria, despacho, deliberação de assembleia municipal...). E, embora não vejamos na discricionariedade administrativa o fundamento do poder regulamentar, não há dúvida quanto ao papel do regulamento como veículo de discricionariedade⁽¹⁰⁾ e como instrumento de auto-vinculação dos poderes discricionários susceptíveis de serem exercidos através da prática de actos administrativos⁽¹¹⁾. Isso significa, como argutamente nota LORENZA CARLASSARE, que, ao emitir tais normas, a Administração disciplina o seu próprio comportamento em relações jurídicas em que é parte e não apenas comportamentos de outros sujeitos, como em regra faz o legislador⁽¹²⁾. Também sob este ângulo a norma administrativa se revela próxima do acto administrativo e distante do acto legislativo.

A tradição portuguesa é a do tratamento da responsabilidade pública com atenção separada às diferentes funções do Estado em que se inscrevem os actos danosos. Mesmo a proposta de lei pendente na Assembleia da República, ainda que conjugue num só diploma o tratamento dessa responsabilidade e defira todas as suas manifestações à cognição da ordem jurisdicional administrativa, organiza em capítulos separados a disciplina da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função política e legislativa, da função jurisdicional e da função administrativa.

Não vemos pois razões de ordem funcional (muito pelo contrário!) para separar a responsabilidade por danos causados por

⁽¹⁰⁾ Cfr. RHINOW, *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, in BULLINGER (org.) *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, Baden-Baden: Nomos, 1986, p. 62.

⁽¹¹⁾ Cfr. BULL, *Allgemeines Verwaltungsrecht* 6, Heidelberg: C.F.Müller, 2000, págs. 146 e 147; RODRIGUES QUEIRÓ, *Comentário de Jurisprudência*, RLJ, n.º 3664, 1-15 Agosto 1980, p. 104.

⁽¹²⁾ Mesmo quando, através da emissão de leis de bases ou de leis de autorização legislativa, o legislador condiciona o sucessivo exercício da função legislativa, exerce mediatamente uma acção conformativa de relações jurídicas entre terceiros. Note-se, porém, que a observação de CARLASSARE se não aplica às normas não regulamentares emitidas no desempenho da função administrativa, ou seja, normas destinadas a regular relações não administrativas. Cf. *Regolamenti dell'Esecutivo ...*, cit., p. 86.

regulamentos da responsabilidade por actos administrativos. O carácter geral e abstracto dos comandos regulamentares não acarreta por si só a respectiva submissão, por analogia, ao regime da responsabilidade por danos decorrentes de acto legislativo. Se este último tem de se ir buscar em directas decorrências de princípios constitucionais, nomeadamente o da garantia da propriedade privada, o regime da responsabilidade por actos regulamentares há-de enquadrar-se na lei sobre responsabilidade civil extracontratual da Administração por actos de gestão pública pois que a *gestão pública* é a área em que se inscreve a actividade normativa da Administração. Há no entanto que averiguar se a hermenêutica impõe alguma distorção à lógica do sistema, ou seja, se, ainda que se tratasse de má política legislativa, o Decreto-Lei n.º 48 051 terá, a título excepcional, afastado do seu âmbito de incidência a responsabilidade objectiva por facto de acto normativo da Administração.

III. O âmbito de incidência objectiva do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051.

III.1. A gestão pública como critério material da extensão do Decreto-Lei n.º 48 051

5. No tocante ao *sentido* e *extensão* do Decreto-Lei n.º 48 051, de 21/11/1967 (como sucede sempre que se cura de compreender o sistema do Direito Administrativo geral vigente no nosso País, nas décadas centrais do Século XX), é muito frutuosa a leitura do *Manual* de MARCELLO CAETANO.

Como lembra o distinto Mestre, a entrada em vigor do Código Civil de 1966 abriu uma lacuna importante, visto que veio contemplar apenas a produção de danos no exercício de actividade de gestão privada, ao passo que o Código Civil de Seabra constituía assento de todo o regime de responsabilidade extracontratual da Administração. Ora foi todo o espaço que ficara em aberto que o Decreto-Lei n.º 48 051 se propôs cobrir regulando de um modo genérico — «em tudo que não esteja previsto em leis especiais» — a responsabilidade extracontratual do Estado e demais pessoas

colectivas de direito público «no domínio dos actos de gestão pública» (artigo 1.º). Dado porém que o Decreto-Lei n.º 48 051 também deu nova forma a dois artigos do Código Administrativo sobre responsabilidade das autarquias locais, o diploma passou, salvo o disposto em leis especiais, a cobrir, com a sua disciplina autónoma da do Código Administrativo, todos os casos de responsabilidade extracontratual da Administração no domínio dos actos de gestão pública que não consistissem em factos ilícitos culposos praticados pelos órgãos ou agentes da Administração local. Era esta a lição de MARCELLO CAETANO (13).

6. Importa assim reter que o Decreto-Lei n.º 48 051 obedece à directiva finalística de constituir o assento legal de um regime geral de responsabilidade da Administração, tomando como matriz do âmbito material dessa normaçoão, por um lado, a figura dos *actos de gestão pública*, como prototipo do *facto causador do dano*, e, pelo outro, no tocante aos *requisitos ou pressupostos do dever de indemnizar*, as modalidades da responsabilidade subjectiva e da responsabilidade objectiva, esta última nas suas subespécies da responsabilidade pelo risco e da responsabilidade pela prática de actos lícitos.

A ilação a colher destes elementos paramétricos é a de que a estrutura regulativa adoptada pelo legislador para a responsabilidade de direito administrativo não tomou como base dogmática a figura do *acto administrativo*, em sentido estrito ou amplo. Esta figura interessa sobretudo como pivô de um regime destinado a tutelar os interesses particulares e o interesse público mediante a substituição de uma decisão ilegal por outra legal ou, pelo menos, graças à eliminação da decisão desconforme com o Direito. E por isso corresponde, no plano processual, a meios fundamentalmente cassatórios, embora crescentemente complementados pela outorga de poderes injuntivos ao juiz administrativo. Pelo contrário, o regime de responsabilidade de direito administrativo aponta para uma reposição da esfera do lesado através de uma reparação, geralmente pecuniária e excepcionalmente por reconstituição natu-

(13) Cfr. *Manual de Direito Administrativo* 9, II, Lisboa: Coimbra Editora, 1972, p. 1196 e 1197.

ral ⁽¹⁴⁾. Respeita por isso a uma relação jurídica cujo elemento fulcral é a *pretensão a uma prestação* e não o *tipo de conduta em relação causal com o dano* que justifica o dever e o direito a essa prestação.

Sublinhamos pois que choca com a lógica interna do Decreto-Lei n.º 48 051, assente na ideia de garantia da reparação dos danos causados pela Administração quando actua na área da *gestão pública*, uma interpretação restrita da expressão *actos administrativos* tal como utilizada no n.º 1 do respectivo artigo 9.º. Uma tal leitura introduz uma mutilação da área própria da *gestão pública* que o diploma se auto-fixa como âmbito material, ou seja, como sua *extensão*.

7. Como escreve FREITAS DO AMARAL, baseando-se na jurisprudência do Tribunal dos Conflitos, são *actos de gestão pública* «os que se compreendem no exercício de um poder público, integrando eles mesmos a realização de uma função pública da pessoa colectiva, independentemente de envolverem ou não o exercício de meios de coacção, e independentemente ainda das regras, técnicas ou de outra natureza, que na prática dos actos devam ser observados». Ou, por outras palavras do mesmo Autor, *gestão pública* é «a actividade da Administração desenvolvida sob a égide do Direito Administrativo» ⁽¹⁵⁾. Empregando agora os nossos próprios termos, que não diferem na substância, a *gestão pública* é a área da função administrativa regida pelo Direito Administrativo como Direito estatutário da Administração. Ora, é tão evidente que dispensa qualquer demonstração que a actividade regulamentar da Administração se insere na *gestão pública*. O poder de editar normas regulamentares deriva directamente da Constituição (artigos 199.º, c), 227.º, n.º 1, d) e 241.º, designadamente) e é regulado

⁽¹⁴⁾ O artigo 3.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, constante da Proposta de Lei n.º 95/VIII (Diário da Assembleia da República, II Série-A, 76, de 18.07.2001), inverte em teoria a regra e a excepção. Mas não será isso que sucederá na prática jurídica, visto que sempre predominarão as situações em que a reconstituição natural não seja possível ou não repare integralmente os danos.

⁽¹⁵⁾ Cfr. *Curso de Direito Administrativo* 2, I, Coimbra: Almedina, 1994, pág. 138 e 139.

em termos gerais pelo Código do Procedimento Administrativo (artigos 114.º a 119.º).

A *gestão pública* conhece fundamentalmente quatro formas típicas de actuação: o acto administrativo (em sentido estrito), o acto regulamentar, o contrato administrativo e o acto material⁽¹⁶⁾. A responsabilidade contratual é matéria de outra disciplina que não a do Decreto-Lei n.º 48 051, o qual, no seu artigo 1.º, se propõe dispor apenas sobre *responsabilidade extracontratual* por actos de gestão pública. No âmbito da regulação normativa pelo Decreto-Lei n.º 48 051 — tal como estatuído no artigo 1.º — restam pois os actos administrativos (em sentido estrito), os actos regulamentares e os actos materiais cuja prática e efeitos sejam regidos por normas de Direito Administrativo. À luz do *sentido* do Decreto-lei n.º 48 051 (reger a responsabilidade civil extracontratual da Administração por actos de gestão pública, tutelando os particulares em face dos prejuízos individualizados dela decorrentes), a *extensão* do diploma, demarcada pelo super-conceito de *gestão pública*, é pois concretizável em torno daquelas três formas típicas de conduta administrativa.

III.2. A interpretação do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051 à luz de elementos de ordem literal e teleológica

8. Se bem que, no presente estudo, nos debrucemos sobre a *responsabilidade objectiva por facto regulamentar*, convém não esquecer que o problema assim delimitado não faria sentido se o Decreto-Lei n.º 48 051 deixasse de fora do âmbito da sua estatui-

(16) O Direito Administrativo pós-moderno tem vindo a desenvolver outras formas típicas de actuação que, no entanto, são em princípio reconduzíveis às quatro formas «clássicas». Assim é com os *planos* que, não obstante tenderem a adquirir natureza *sui generis*, são ainda, no essencial, uma combinação de normas administrativas, actos de definição imperativa de situações jurídicas administrativas concretas e actos materiais (cfr. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra: Almedina, 1989, pág. 235 e seguintes). Assim é igualmente com as *declarações negociais* emitidas pela Administração em sede de execução dos contratos administrativos que, dando lugar a um contencioso de plena jurisdição, se integram no instituto do contrato administrativo a propósito do seu (in)cumprimento e geram responsabilidade contratual, exterior, portanto, ao âmbito do Decreto-Lei n.º 48051.

ção *toda* a responsabilidade por facto regulamentar. Parece-nos no entanto que a inclusão da responsabilidade por facto regulamentar inválido, ou seja, da *responsabilidade subjectiva por facto de regulamento*, não sofre grandes dúvidas.

Se, em 1967, o legislador tivesse querido deixar de fora toda a responsabilidade por facto de regulamento, teria tido de explicitar essa exclusão visto que a definição geral de âmbito centrada no conceito de *gestão pública* manifestamente cobre aquela responsabilidade. Mas não o fez. Ao dispor sobre responsabilidade subjectiva, assentou-a no conceito de *acto ilícito culposo* (artigo 2.º). Este conceito é depois melhor explicitado no artigo 6.º, que o desdobra em *actos jurídicos* e *actos materiais*. Ora os regulamentos são *actos jurídicos*. E eles não ficam excluídos da previsão do artigo 6.º devido à circunstância de este preceito se referir às *normas regulamentares*, a par das normas legais e dos princípios gerais, como sendo os parâmetros em relação aos quais a desconformidade dita a ilicitude dos *actos jurídicos*. Por outras palavras, não seria correcto considerar que, na economia do preceito, a expressão *actos jurídicos* não abrange *actos regulamentares* só porque os segundos são diferenciados dos primeiros a título de constituírem medida da sua validade. Pelo contrário, é perfeitamente lógica a presença, no tecido do artigo 6.º, dos *actos regulamentares* sob a dupla capa de *actos jurídicos* (parametrizados) e de (paramétricas) *normas regulamentares*. Assim é, desde logo, porquanto a expressão *actos jurídicos* abarca os *actos administrativos* (em sentido estrito), que têm nas *normas regulamentares* um dos padrões de validade. E convém não esquecer, por outro lado, que há regulamentos de diferente força hierárquica, os quais se relacionam em termos de critério de valor jurídico e de realidade avaliada (veja-se, por exemplo, o disposto no artigo 241.º da Constituição) (17).

Não parece assim legítimo extrair da estrutura do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48 051 a ilação de que os *actos jurídicos* susceptíveis de gerar responsabilidade subjectiva da Administração no âmbito da *gestão pública* não abarcam os *actos regulamentares*.

(17) No mesmo sentido, observam em França VEDEL/DELVOLVÉ que «...*les règlements ne constituent pas eux-mêmes un bloc. Il existe entre eux une hiérarchie qui est liée à la hiérarchie de leur auteur et de leur procédure d'élaboration*». Cfr. *Le système français de protection des administrés contre l'administration*; Paris: Syrey, 1991, p. 90.

Feita a verificação de que o Decreto-Lei n.º 48 051 cobre a responsabilidade por danos emergentes de regulamento ilegal, ou seja, a responsabilidade subjectiva por facto de regulamento, podemos agora concentrar-nos na questão da sujeição a esse diploma da responsabilidade por facto de regulamento lícito, ou seja, da *responsabilidade objectiva por facto de regulamento*.

9. São fundamentalmente de três ordens os argumentos que se poderiam utilizar em apoio da exclusão da responsabilidade por facto de regulamento lícito do âmbito de incidência objectiva do Decreto-Lei n.º 48 051 (tal como definido por referência à *gestão pública*).

O primeiro argumento, firmado na letra do n.º 1 do artigo 9.º, acentuaria que este preceito refere os *actos administrativos* mas não os *regulamentos*.

O segundo argumento consistiria na demonstração de que a finalidade do Decreto-Lei n.º 48 051 seria alheia à tutela dos particulares contra danos sofridos em consequência directa da sua sujeição à estatuição de uma norma regulamentar válida.

Finalmente, o terceiro argumento repousaria em razões de ordem sistemática intratextual ou contextual que ditariam o afastamento da responsabilidade objectiva por facto de regulamento em benefício da coerência do regime jurídico da responsabilidade do Estado tal como definido no Decreto-Lei n.º 48 051 ou como construído, em termos mais amplos, conjugadamente neste e noutros diplomas integrantes de uma ordem jurídica que se pretende unitária.

A nosso ver, estas três ordens de análise hermenêutica conduzem precisamente à conclusão inversa, ou seja, à de que o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051 se entende também ele por referência à ideia de cobertura omnicompreensiva da responsabilidade extracontratual da Administração por danos decorrentes da *gestão pública*.

10. Em primeiro lugar, aquela cobertura omnicompreensiva não é afastada por qualquer barreira intransponível levantada pela letra do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051. Na verdade, a locução *actos administrativos* ali usada comporta uma *interpretação declarativa lata* que compreenda os *actos regulamentares*.

Acto administrativo (em sentido estrito) e regulamento são duas formas de conduta típicas da Administração quando esta age no quadro do Direito Administrativo. Uma das mais antigas partes da teoria geral do direito administrativo respeita precisamente às formas jurídicas de conduta. Mas estas formas não podem ser absolutizadas. Elas valem na medida em que lhes devam ser ligados efeitos jurídicos específicos, de ordem substantiva, procedimental ou processual. Para além desse primeiro plano diferenciador, que releva enquanto justifica a submissão a regimes distintos, as formas jurídicas servem para, no que à construção jurídica concerne, elevar as situações a que respeitam a uma visão de conjunto que torna mais presente a comunicação entre os princípios ordenadores e as soluções⁽¹⁸⁾. Quer-se significar com isto que há algo de comum entre regulamento e acto administrativo em sentido estrito: são sempre e só conduta da Administração para desempenho da função executiva no quadro do Direito Público. E pretende-se lembrar igualmente que, encontrando-se no seu conjunto a conduta da Administração regida por princípios idênticos, a distinção de regimes atinentes às formas que cristalizam tais comportamentos só faz sentido na medida em que, sem tal diferenciação, as formas perdessem a sua adequação funcional⁽¹⁹⁾.

Compreende-se à luz das ideias assim expressas que, no Direito Administrativo português (como em outros, como, por exemplo, o francês), nunca tenha sido absoluta a separação entre as figuras do *acto regulamentar* e do *acto administrativo* em sentido estrito, isto é, acto de definição imperativa de uma situação jurídica administrativa desprovida de generalidade e ou de abstracção.

Não nos parece, por esta razão, que o emprego desgarrado pelo legislador da expressão *actos administrativos* deva constituir um *non plus ultra* que agarre imperiosamente o intérprete a um entendimento sintonizado com a acepção técnica mais precisa. No Direito, há muitas expressões de geometria variável. É o que sucede, por exemplo, no ordenamento jurídico francês com expressões como *décision exécutoire* que tanto abrange a definição con-

(18) Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Berlin: Springer, 1998, p. 251.

(19) Sobre o papel central do valor da adequação na teoria das formas jurídicas, ver também SCHMIDT-ASSMANN, *ob.cit.*, p. 253.

creta como a normativa de situações jurídicas administrativas desde que com elas a Administração vise modificar o ordenamento jurídico ou opor-se a uma pretensão de modificação ⁽²⁰⁾. Mas a *décision exécutoire* (ela própria com acepções mais ou menos amplas) integra-se numa categoria de âmbito mais vasto (por incluir todas as decisões susceptíveis de recurso por excesso de poder mesmo que não passíveis de suspensão jurisdicional de eficácia), que é a de *acte administratif*. Ora, no que toca a este, ele tanto abarca também actos concretos como actos normativos de natureza regulamentar ⁽²¹⁾. Embora, pois, a doutrina francesa reconheça a diferença entre *décision individuelle* e *décision réglementaire*, nem por isso deixa de considerar que constituem um conjunto homogêneo visto que o poder regulamentar não passa de uma das manifestações do poder da Administração de tomar decisões unilaterais ⁽²²⁾. Daí a unidade do seu regime de impugnação contenciosa.

11. Na génese do Direito Administrativo português, tão influenciada pelo modelo francês, reinou também, por largo tempo, uma acentuada indiferenciação entre os regimes dos actos da administração de natureza concreta ou normativa. Cumpre lembrar que a figura de acto administrativo foi elaborada ao longo do Século XIX, nos planos jurisprudencial e doutrinário, com o objectivo de encontrar um elo de ligação típico entre as condutas da Administração e a sua sindicância contenciosa. Ora — como lembra MARCELLO CAETANO — «pelo que toca às posturas e aos regulamentos locais, sempre se admitiu o recurso directo de anulação: sob a forma de acção pública perante os tribunais judiciais no Código (Administrativo) de 1836 (art. 82.º, § 27.º, n.º 1) e nos termos gerais do contencioso administrativo a partir do Código de 1842 (art. 208.º, n.º 1)» ⁽²³⁾. No tocante à impugnação dos regulamentos da Admi-

⁽²⁰⁾ Cfr. CHAPUS, *Droit du Contentieux Administratif* 7, Paris: Montchrestien, 1998, p. 455.

⁽²¹⁾ Cfr. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Paris: Sirey, 1983, p. 11, 12, 22 e 25.

⁽²²⁾ Cfr. LAVIALLE, *L'Evolution de la Conception de la Décision Exécutoire en Droit Administratif Français*, Paris: LGDJ, 1974, p.33.

⁽²³⁾ Cfr. *Manual de Direito Administrativo* 9, II, Lisboa: Coimbra Editora, 1972, p. 1324.

nistração Central, o percurso jurisprudencial e legislativo não foi homogéneo. Em todo o caso, a partir de 1917, o Supremo Tribunal Administrativo recebeu recursos directos de normas regulamentares quando privassem desde logo os particulares de algum direito subjectivo fundado em lei anterior. Esta orientação foi confirmada a partir de 1934 também por jurisprudência do Tribunal dos Conflitos. Só em 1956, a nova Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo (LOSTA) veio considerar insusceptíveis de recurso os decretos regulamentares. No silêncio da lei quanto aos outros regulamentos da Administração central — ou seja, os regulamentos sem a forma de decreto —, não se gerou consenso. Vozes autorizadas como a de AFONSO QUEIRÓ sustentaram a impugnabilidade por recurso contencioso de anulação das suas próprias disposições genéricas quando a sua aplicação se convertesse em ofensa efectiva das situações subjectivas dos destinatários ⁽²⁴⁾.

De todo o modo, nunca se levantaram dificuldades quanto à sujeição dos regulamentos e posturas locais ao recurso contencioso de anulação. E importa ter bem presente que a razão porque assim sucedeu foi a de que o artigo 820.º do Código Administrativo previa universalmente o recurso contencioso para as auditorias administrativas (actualmente, tribunais administrativos de círculo) das decisões e deliberações dos órgãos da Administração local, sem fazer acepção entre actos concretos e normativos. Como notava MARCELLO CAETANO, os regulamentos ficavam abrangidos por também serem objecto de decisão ou de deliberação de um órgão local ⁽²⁵⁾.

Este artigo 820.º do Código Administrativo vigorava quando, em 1967, entrou por seu turno em vigor o Decreto-Lei n.º 48 051, cujo artigo 9.º, n.º 1, estabelecia a responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas públicas pelos prejuízos especiais e anormais causados por *actos administrativos* legais. Uma tal relação contextual leva-nos pois a concluir que não repugna ler a expressão *actos administrativos* em sentido amplo, em termos de abranger também, pelo menos, os actos normativos da Administração local e os da Administração central cuja impugnação se não

⁽²⁴⁾ Revista de Legislação e Jurisprudência, 97.º, p. 300.

⁽²⁵⁾ *Ob.cit.*, p. 1326.

encontrasse vedada (em atenção ao emprego da forma de decreto). Era precisamente a expressões sinónimas de *actos administrativos* (*decisões e deliberações*) que se referia o artigo 820.º do Código Administrativo. Isto mostra que o legislador da época empregava as locuções em causa também numa acepção ampla que abrangia as normas regulamentares.

12. Também não existe a nosso ver qualquer razão de carácter finalístico para circunscrever o âmbito da responsabilidade por acto lícito aos *actos administrativos* que definem situações jurídicas administrativas concretas. É aliás patente que o legislador não pretendeu fazê-lo, visto que também estatuiu, no mesmo artigo 9.º, a responsabilidade por *actos materiais* lícitos. Como observa MARCELLO CAETANO, o propósito foi o de formular o princípio geral da responsabilidade da Administração por *factos lícitos*. E não se tratava sequer de uma inovação legislativa, visto que o artigo 2397.º do Código Civil de 1867 já consagrava, em termos genéricos, o princípio de que o sacrifício especialmente imposto a um património para o benefício da colectividade deve ser por esta indemnizado pelo modo mais adequadamente estabelecido na lei ⁽²⁶⁾.

Em suma, o propósito do Decreto-Lei n.º 48 051 era o de cobrir toda a responsabilidade incorrida pela Administração no exercício da gestão pública extracontratual. Em sintonia com este, o propósito do artigo 9.º daquele diploma era o de formular o princípio geral da responsabilidade da Administração por factos lícitos próprios da gestão pública extracontratual. Não se encontra nem na finalidade nem na economia estrutural do Decreto-Lei n.º 48 051 qualquer motivo evidente para excepcionar deste programa universal para a área da gestão pública extracontratual a responsabilidade por danos especiais e anormais directamente causados por normas regulamentares.

13. De um ponto de vista abstracto, pode ainda colocar-se a questão de saber se a finalidade prosseguida pelo Decreto-Lei n.º 48 051 é compatível com a sua extensão aos actos normativos da Administração. A argumentação em sentido contrário fundar-

(26) Cfr. *Manual de Direito Administrativo* 9, II, cit., p. 1216.

-se-ia na pretensa insusceptibilidade de um acto genérico e abstracto causar danos individualizados.

A ser pertinente, este argumento teria aliás a virtualidade de afastar também a responsabilidade da Administração por danos causados por acto normativo inválido.

Para efeito da incidência do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051, o encargo ou prejuízo imposto pelo acto legal necessita de ser não apenas anormal mas também *especial*. A questão reside pois em saber qual a medida em que esta especialidade se pode conjugar com a generalidade e abstracção próprias de um comando normativo. É que o dano *especial* é aquele que incida particularmente sobre certos sujeitos de direito, ou seja, que os coloque em situação desigual em relação à generalidade das pessoas. Como escreve PAILLET, «um cidadão-administrado pode prevalecer-se de um tratamento especialmente desfavorável que lhe tenha imposto sacrifícios particulares» para efeito de invocar a quebra da igualdade perante os encargos públicos (27). Mas — como também observa este professor francês — ao passo que se não levantam dificuldades quando a medida que se encontra na base da alegada ruptura da igualdade incide sobre um único sujeito de direito, as coisas complicam-se quando se trata de uma providência de alcance geral como, por exemplo, um regulamento administrativo (28). Há algumas décadas atrás, na doutrina germânica, chegou até a definir-se uma corrente — a *teoria do acto individual (Einzelakttheorie)* para a qual a especialidade do prejuízo corresponderia à individualidade formal do acto que o causa (29).

Mas, como nota GOMES CANOTILHO, a impraticabilidade e a inidoneidade deste critério, quando pretendido como único, cedo se revelou. Impraticabilidade porquanto, entre a generalidade e a individualidade pura do acto, se desenvolve uma série vasta de graduações. E inidoneidade visto que, não obstante a sua generalidade e abstracção, os actos normativos podem incidir sobre um ou outro grupo restrito de sujeitos de direito (30). Esta é também a posição

(27) Cfr. *La responsabilité administrative*, Paris: Dalloz, 1996, p. 165.

(28) *Idem, ibidem*.

(29) Cfr. GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, cit., p. 273.

(30) *Idem*, págs. 274 e 275.

da jurisprudência administrativa francesa, que se não revela, em princípio, hostil à indemnizabilidade dos danos causados por acto regulamentar. Apesar de o acto regulamentar afectar uma pluralidade de pessoas, o dano será considerado especial para aquelas cuja situação seja particularmente afectada. É o caso de um Acórdão da Cour Administrative d'Appel de Nancy, de 8 de Outubro de 1992, que, embora o encerramento de um porto tivesse afectado numerosas empresas, considerou especial o dano para uma siderurgia que apenas podia ser abastecida por mar ⁽³¹⁾.

O mesmo sucederá se, por exemplo, um regulamento municipal vem proibir a circulação de veículos pesados no centro da localidade. Naturalmente que a proibição de trânsito de pesados afectará uma pluralidade mais ou menos indefinida de empresas abastecidas por viaturas que aí circulavam ou que através delas enviam as suas mercadorias. O dano é, porém, claramente individualizado para uma empresa que deixe de poder colocar em veículos pesados, indispensáveis ao respectivo transporte, as mercadorias que armazena ou ensila, depois de as receber por via férrea, em instalação que possui naquele local ⁽³²⁾.

A *generalidade e abstracção* de uma norma não impedem absolutamente as respectivas *operatividade e lesividade*.

Uma norma é *operativa* (imediatamente operativa) quando, não obstante a sua generalidade e abstracção, a sua volição incide directamente (e não apenas mediante a emissão de actos de aplicação) sobre a esfera jurídica de destinatários, ou seja, sobre relações jurídicas de particulares entre eles ou de particulares com a Administração. A circunstância de a norma se dirigir a uma pluralidade indeterminada de destinatários e de ser idónea para regular uma pluralidade indeterminada de *fattispecie* no decurso do tempo não

⁽³¹⁾ Cfr. PAILLET, *La responsabilité administrative*, cit., p. 166.

⁽³²⁾ Embora se trate de dano causado por acto material lícito e não acto regulamentar, merece ser citado o Acórdão do STA, 1.ª Secção, de 25.05.2000, proferido no processo n.º 41420, que respeita a uma situação com fortíssima semelhança à imaginada. Sucedeu que a Câmara Municipal de Barcelos realizou obras de beneficiação numa rua e o abaixamento do respectivo leito modificou as condições de acesso de um prédio destinado a uso industrial, impedindo o estacionamento e acesso de veículos ao interior do edifício. O Supremo Tribunal Administrativo considerou haver prejuízo especial e anormal para o efeito do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051, incorrendo o município em responsabilidade por acto lícito.

quer dizer que ela não possa ir produzindo efeitos jurídicos directos e respectivas consequências de facto sobre *fattispecie* reais, ou seja, sobre situações reais da vida⁽³³⁾. É o que acontece, nomeadamente, quando, ao incidir sobre uma situação real da vida, a norma impõe desde logo uma conduta ou uma sujeição⁽³⁴⁾.

Mas *operatividade* não se confunde necessariamente com *lesividade*. A *operatividade* até pode ser ampliativa da esfera jurídica do destinatário da norma. E, quando a *operatividade* for lesiva, também nem por isso o dano é forçosamente especial: a *lesividade especial* ou *especialidade do dano* dependem das circunstâncias próprias de cada situação real de vida sobre a qual a norma incide restritivamente. Conhecem de forma lesiva a *operatividade* de uma norma regulamentar que proíbe a circulação automóvel em determinada via todos aqueles que por ali transitavam habitualmente por conveniência própria. Ficam, porém, colocados em situação desigual e, portanto, sujeitos a dano especial aqueles que não apenas terão de procurar um percurso alternativo, ainda que menos cómodo, mas antes ficam impedidos de exercer uma certa actividade económica em prédio a que deixam de ter acesso em horário compatível as viaturas de transporte de mercadorias.

Em suma, a abstracção e generalidade do acto normativo não obstam à sua *operatividade lesiva*. E esta *lesividade* directa da norma pode revelar-se especial (e também anormal) à luz das circunstâncias concretas de vida de um certo destinatário.

A existência de normas com virtualidade para causar lesão directa é hoje reconhecida pela própria Constituição quando, no artigo 268.º, n.º 5, garante o direito de impugnação das normas administrativas com eficácia externa *lesivas de direitos ou interesses legalmente protegidos*. A referência à *lesividade* só faz sentido neste preceito se se entender que se pode tratar também de um efeito directo da própria norma: é da impugnação desta que se trata visto que a impugnação dos actos de aplicação é versada no n.º 4. Por outro lado, também o artigo 63.º da LPTA estabelece como requisito de legitimidade uma *lesividade* directa ainda que não

⁽³³⁾ Cfr. CARLASSARE, *Regolamenti dell'Esecutivo...*, cit., p. 33.

⁽³⁴⁾ Cfr. SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht* 6, Heidelberg: C.F. Müller, 1998, p. 277.

necessariamente imediata: pode impugnar a norma aquele que seja prejudicado pela sua aplicação ou venha a sê-lo, previsivelmente, em momento próximo. Pelo menos o primeiro termo deste diedro pressupõe uma operatividade directa da norma.

Não há pois dúvidas quanto à possibilidade, em abstracto, da existência de normas administrativas com *operatividade lesiva*. O problema dessa operatividade lesiva reconduz-se, no fundo, ao apuramento da existência de um dano e de um nexó de causalidade que ligue o dano, como efeito, à simples vigência da norma (35). Na prática, a questão pode complicar-se porém devido à necessidade de que, para efeito do direito a indemnização por dano gerado por norma administrativa legal, se trate não de uma lesividade comum e sim de uma *lesividade especial e anormal*.

14. Rejeitado o valor dos argumentos literal e teleológico contrários à abrangência do Decreto-Lei n.º 48 051 quanto à responsabilidade objectiva por facto de regulamento, resta-nos ponderar a força da argumentação de carácter sistemático. Já nos foi dado verificar que a lógica intrasistemática, ou seja, a decorrência das linhas estruturantes do diploma, aponta precisamente no sentido inverso sob pena de uma mutilação arbitrária do campo de regulação definido no artigo 1.º. Cabe agora proceder ao exame das directivas que poderão extrair-se do contexto intertextual. É o que faremos nas duas secções seguintes, sucessivamente dedicadas ao contexto intertextual do Decreto-Lei n.º 48 051 em 1967 — o ano de sua entrada em vigor — e na actualidade.

III.3. O contexto intertextual do Decreto-Lei n.º 48 051 em 1967

15. Em nosso juízo, poderia haver uma única razão de coerência externa, isto é, de compatibilização entre um artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48 051 — lido de forma estrita quanto ao alcance da expressão *actos administrativos* — e outros estratos do

(35) Cfr. LEROY (MICHEL), *Les Règlements et leur Juges*, Bruxelas: Bruylant, 1987, p. 183; RASCHAUER (BERHARD), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena: Springer, 1998, págs. 368 e 369.

ordenamento jurídico exteriores ao âmbito deste diploma ⁽³⁶⁾. Essa razão localizar-se-ia no regime de inimpugnabilidade contenciosa, em 1967, dos regulamentos administrativos sob a forma de decreto. Tal inimpugnabilidade (que veio contrariar uma anterior e longa orientação jurisprudencial no tocante também aos regulamentos da Administração central imediatamente ofensivos de direitos) foi estabelecida pelo hoje revogado artigo 16.º, n.º 1, da Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo. Esta norma nivelou os decretos regulamentares com as leis e resoluções da Assembleia Nacional e os decretos-leis para efeito da insusceptibilidade de recurso contencioso. A inovação prendia-se claramente com a natureza autoritária do regime político e resolveu a favor da Escola de Coimbra uma longa querela entre esta e a Escola de Lisboa. Com efeito, ao passo que autores como FEZAS VITAL, CARLOS MOREIRA e AFONSO QUEIRÓ reconduziam a ilegalidade do decreto regulamentar a inconstitucionalidades orgânicas ou formais, MARCELLO CAETANO, mais tarde acompanhado por JORGE MIRANDA e RUI MACHETE, sustentava a autonomia dos vícios da ilegalidade de tais decretos ⁽³⁷⁾. A questão tinha considerável interesse prático visto que o artigo 123.º da Constituição de 1933 retirava aos tribunais o controlo da inconstitucionalidade orgânica e formal das regras de direito constantes de diplomas promulgados pelo Presi-

⁽³⁶⁾ A *coerência externa* como critério de técnica interpretativa permite proceder a uma interpretação teleológica num quadro sistémico. Haverá *coerência externa* na medida em que se mostre possível uma conjugação entre o ou os valores prosseguido(s) pela norma interpretanda e o ou os valores prosseguidos por outras normas do ordenamento. Os critérios de coerência entre uma norma e outras normas ou as próprias linhas sistémicas da ordem jurídica podem ser de ordem absoluta ou relativa. O critério de *coerência absoluta* contraindica, entre vários sentidos à partida possíveis, aquele ou aqueles que possam envolver uma opção valorativa (*Wertentscheidung*) em contradição com a que subjaza a normas de categoria hierárquica superior. Emprega-se, em contrapartida, um critério de *coerência relativa* quando se trata de preferir como opção valorativa subjacente à norma interpretanda aquela que seja conjugável com opções valorativas na raiz de outras normas do mesmo nível hierárquico, à luz de postulados como o da unidade e da natureza não contraditória da ordem jurídica. Cfr. LOOSCHELDERS/ROTH, *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung*, Berlim: Duncker & Humblot, 1996, págs. 160 e segts., em especial 176 e 177.

⁽³⁷⁾ Cfr. MOREIRA DA SILVA, *Da Impugnação Contenciosa de Regulamentos Administrativos*, Tese de Mestrado, polic., Faculdade de Direito de Lisboa, 1992, p. 176.

dente da República e que entre estes se contavam precisamente os decretos regulamentares (artigos 81.º, n.º 9).

Nos nossos dias, a questão encontra-se duplamente ultrapassada.

Desde logo, parece hoje claro, de um ponto de vista doutrinário, que o facto de um regulamento contrariar norma legislativa não envolve inconstitucionalidade orgânica ou formal e sim ilegalidade. A hierarquia das fontes de direito resulta da Constituição. Mas o efeito desse comando constitucional esgota-se na cominação de uma relação de prevalência entre normas. O preceito constitucional permite concluir que a norma de valor hierárquico superior é violada pela de valor hierárquico inferior que a contraria. Mas, quando isso sucede, não é o preceito constitucional que é posto em causa mas sim a norma cuja definição do Direito prevalece. A norma constitucional só seria violada por uma norma inferior que se propusesse estabelecer uma diferente escala hierárquica entre fontes de direito. Só pelo facto de contrariar uma lei, um regulamento não se propõe erigir uma hierarquia de fontes oposta à constitucional. Entra, isso sim, numa situação de invalidade por efeito da aplicação do preceito constitucional parametrizador das eficácias relativas. Não se pode pois sustentar que um regulamento sofra de inconstitucionalidade orgânica só porque contraria uma lei. Ao dispor-se contra esta, não há a pretensão do exercício indevido de função legislativa mas tão só a violação do princípio da legalidade administrativa. Por isso mesmo, também se não pode concluir que ocorra inconstitucionalidade formal: se não há exercício da função legislativa, não é sustentável que tenha havido preterição da forma própria desta.

Mas o contexto em que nasceu o Decreto-Lei n.º 48 051 encontra-se hoje relegado para o passado por uma segunda e ainda mais evidente razão: a da revogação do artigo 16.º da LOSTA e a sua substituição por um sistema de impugnabilidade de todas as normas administrativas lesivas fundado na garantia do n.º 5 do artigo 268.º da Constituição.

16. Antes, porém, de mergulhar plenamente na actualidade, cabe perguntar ainda se, enquanto vigorou, o artigo 16.º da LOSTA representou um contexto a cuja luz devesse o artigo 9.º, n.º 1, do

Decreto-Lei n.º 48 051 ser objecto de uma interpretação restrita que afastasse do âmbito do diploma as situações de dano causadas por acto regulamentar legal. Poderia pensar-se à primeira vista que, se o legislador impedia a impugnação contenciosa com fundamento em ilegalidade, não faria sentido consentir na apreciação da ilegalidade para efeito de reparação de danos causados por regulamento ilegal.

Tal argumento, porém, não alcança a responsabilidade por dano causado por regulamento legal. Desde logo, ele nem seria sequer invocável em relação a todos os casos de regulamentos ilegais: a LOSTA apenas impedia a impugnação dos regulamentos sob a forma de decreto. E se, quanto aos restantes regulamentos da Administração central, se gerou incerteza após a LOSTA, nunca houve dúvidas quanto à recorribilidade dos actos normativos emanados da Administração local quando imediatamente lesivos.

De todo o modo, não pode esquecer-se que o artigo 16.º da LOSTA jamais constituiu um contexto apropriado para efeito da interpretação sistemática do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051. Uma vez que este último versa a responsabilidade por acto lícito, a questão da inimpugnabilidade de certos regulamentos é-lhe completamente alheia. As opções de valor subjacentes à responsabilidade subjectiva e à responsabilidade objectiva por acto lícito situam-se em planos distintos. Na primeira, parte-se do princípio de que um comportamento merecedor de um juízo valorativo negativo não deve repercutir os seus efeitos danosos sobre terceiros alheios à causa do dano. Na segunda, prevalece o princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos. Se, no tocante à responsabilidade subjectiva, a limitação constitucional dos poderes de cognição da legalidade pelo juiz poderia impossibilitar a efectivação da responsabilidade por certa categoria formal de regulamentos, não haveria razões de ordem teleológica e sistémica para estender a irresponsabilização a outros regulamentos cuja validade podia ser conhecida pelo juiz. E, por maioria de razão, desaparecia qualquer base de valoração analógica quando aquilo que o juiz teria de apreciar não era, em primeiro ou outro lugar, a invalidade do regulamento mas tão só a existência de um seu efeito danoso individualizado, especial e anormal. Em suma, no domínio da responsabilidade objectiva, não existia certamente qualquer colisão

entre o valor da igualdade e o valor da separação de poderes (entendido de modo muito peculiar, ou seja, por forma a beneficiar um parlamento semântico em detrimento de um juiz com algum grau de independência).

A conclusão é pois a de que, mesmo em 1967, quando da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 48 051, não seria de boa hermenêutica invocar a inimpugnabilidade dos regulamentos sob a forma de decreto para daí extraír a inaplicabilidade da responsabilidade por acto administrativo lícito aos regulamentos, entendidos como uma das subespécies de um superconceito de *acto administrativo* ⁽³⁸⁾.

III.4. O contexto intertextual do Decreto-Lei n.º 48 051 na actualidade

17. No momento presente, todo o contexto sistemático do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051 evoluiu de modo claro em termos que tornam ainda mais manifesta a necessidade de ler aquele preceito no sentido de prever também a responsabilidade por actos regulamentares legais.

Vimos que a ausência de controlo jurisdicional da legalidade de (certos) regulamentos não constituía motivo para considerar excluída a responsabilidade por danos directamente causados por regulamentos legais. O apuramento desta não passava pela decisão de uma controvérsia sobre a legalidade. E as diferentes opções valorativas subjacentes à responsabilidade subjectiva e à responsabilidade objectiva por acto lícito tornavam injustificável a pretensão de fazer depender a admissibilidade de um desses institutos da paralela admissibilidade do outro. Compreende-se assim que, ape-

⁽³⁸⁾ A título de pura exemplificação da identidade essencial do acto regulamentar e do acto administrativo em sentido estrito como manifestações de vontade da Administração aptas à definição imperativa de situações jurídicas administrativas, leia-se a seguinte passagem de VEDEL/DELVOLVÉ: «*Les actes administratifs n'ont pas tous la même portée: on distingue les actes réglementaires, qui établissent une norme générale et impersonnelle, et les actes non réglementaires, parmi lesquel notamment les actes individuels*». Cfr. *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Paris: Sirey, 1991, p. 251.

sar de escrever ainda sob a vigência da Constituição de 1933 e do artigo 16.º da LOSTA, GOMES CANOTILHO não visse «bases seguras» para o entendimento que fundasse no emprego da expressão *actos administrativos* no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051 a exclusão do âmbito deste diploma do problema da lesão de situações subjectivas causadas por actos normativos da Administração. Como sublinhava o ilustre Constitucionalista, citando MARCELLO CAETANO, acto administrativo (em sentido restrito) e regulamento incluem-se na função executiva, ou seja, constituem actividade de execução de leis ⁽³⁹⁾.

Ora, se, mesmo no contexto da Constituição de 1933 e do artigo 16.º da LOSTA, era possível concluir pela inclusão da responsabilidade por acto regulamentar legal no âmbito do Decreto-Lei n.º 48 051 e, em particular do seu artigo 9.º, não se vê como se poderia agora retroceder para um estágio muito menos compatível com a Constituição vigente. O texto constitucional estabelece hoje as traves mestras de um sistema coerente e omni-compreensivo de tutela jurisdicional administrativa dos direitos e interesses legalmente protegidos. Ainda que essa garantia possua uma natureza predominantemente processual, ela não pode deixar de ter, por vezes, prolongamentos de ordem substantiva, como precisamente sucede no domínio da responsabilidade administrativa ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ Cfr. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, cit., p. 195. GOMES CANOTILHO afirmava, pouco mais adiante, que «quanto aos regulamentos e posturas locais cremos não subsistirem grandes problemas. O art. 828.º, § único, do Cód. Administrativo admite a interposição de um recurso contencioso directo contra posturas e regulamentos policiais, cuja legalidade pode ser impugnada a todo o tempo. O particular pode fazer realçar a lesão dos seus direitos em consequência da emanção de um regulamento local ilegal e provar, portanto, ser vítima de lesão causada por facto da administração ou seus agentes (cfr. art. 824.º Cód. Adm.). *Idem*, pág. 197.

⁽⁴⁰⁾ Sobre a ligação - no quadro de um conceito amplo de processo - entre o Direito substantivo e o processo através do «espectro contínuo do tecido jurídico», ver GOERLICH, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, Baden-Baden: Nomos, 1981, p. 209. O Autor refere-se à vertente dos direitos fundamentais substantivos como garantias processuais mas afigura-se-nos que o raciocínio pode ser invertido, extraindo da garantia fundamental à tutela jurisdicional efectiva o direito substantivo à indemnização quando seja a condenação judicial na mesma a forma adequada de reposição jurisdicional dos direitos ou interesses legalmente protegidos lesados pela actuação administrativa.

A garantia respeita a direitos e interesses legalmente protegidos e qualifica-se como *efectiva*. Esta efectividade significa, designadamente, que há que assegurar uma indemnização quando a ofensa causada não possa desaparecer inteiramente graças à eliminação do acto jurídico que a provoca visto ser ele legal. A garantia seria meramente formal se se consubstanciasse apenas no acesso do lesado ao tribunal: ela passa pela existência, a par de outros, de um meio processual capaz de albergar um tipo de decisão jurisdicional correspondente à pretensão indemnizatória. Por outras palavras, uma tutela jurisdicional efectiva tem de ser omnicompreensiva, isto é, de compreender o leque de meios bastantes para que toda a concebível lesão de direitos e interesses legalmente protegidos possa ser integralmente reposta. Portanto, a efectividade da tutela passa também pela possibilidade de obter do tribunal uma condenação da Administração na indemnização pelo efeito danoso da ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos quando não seja possível eliminar essa ofensa pela mera reformulação do ordenamento jurídico normativo ou concreto.

Essa impossibilidade de reformulação por iniciativa processual do particular existe precisamente no caso em que o acto regulamentar danoso seja legal. O n.º 5 do artigo 268.º de Constituição constroi a garantia dos particulares perante as normas administrativas lesivas em torno da figura da impugnação, o que pressupõe a ilegalidade da norma. Mas este preceito não pode ser considerado de forma isolada e antes à luz da sua íntima conexão com n.º 4 do mesmo artigo 268.º, e, também, com os artigos 20.º, n.º 1, e 22.º da Constituição. O sistema delineado neste conjunto de preceitos visa a protecção jurisdicional contra a lesão de direitos e interesses legalmente protegidos, quer esta lesão seja ilegal ou legal. E a reposição de tal lesão não passa sempre e necessariamente pela eliminação do acto que a causou, que pode ser um acto jurídico legal ou um acto material consumado e irreversível.

Assim sendo, a protecção dos cidadãos contra a eficácia externa lesiva das normas administrativas não se esgota pela impugnação garantida pelo n.º 5 do artigo 268.º, passando também, quando apropriado, por um meio processual inserível na cláusula geral da primeira parte do n.º 4. É esse o caso da acção de responsabilidade civil extracontratual dos entes públicos por pre-

juízos decorrentes de actos de gestão pública, incluindo os regulamentos legais dotados de operatividade imediata e dessa forma causadores de prejuízo especial e anormal.

18. Com as considerações que antecedem apenas queremos sublinhar que o contexto constitucional presente vem reforçar substancialmente as razões que já existiam antes dele para uma interpretação declarativa lata do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051.

Nos termos do artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil, a interpretação deve reconstituir, a partir dos textos, o pensamento legislativo tendo em conta não apenas as circunstâncias em que a lei foi elaborada mas também a unidade do sistema jurídico e as condições específicas do tempo em que é aplicada. Como ensina OLIVEIRA ASCENSÃO, a referência às *condições específicas do tempo em que é aplicada* «é totalmente incompreensível fora de um entendimento actualista». E acrescenta que «a fórmula em que a lei se consubstancia está fixada; mas o seu sentido dessa fórmula pode variar, consoante as incidências do circunstancialismo donde arrancam as suas significações» (41). Este circunstancialismo compreende desde logo o contexto, que é aquele que é em cada momento e não ficou para sempre fixado nos textos conexos que vigoravam quando a norma interpretanda iniciou a sua vigência. Se não fosse assim, o aplicador não poderia guiar-se pelo objectivo da unidade da ordem jurídica para o qual aponta o artigo 9.º do Código Civil (42).

Se necessário, pois, haveria que fazer uma *interpretação actualista* do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051. Pensamos que a qualificação nem sequer se aplica visto que a letra do preceito sempre consentiu o entendimento declarativo lato que o sistema jurídico desde o início inculcou. Mas, actualista ou não, trata-se — convém lembrá-lo — de uma interpretação conforme à Constituição dado o âmbito da garantia constitucional de tutela jurisdicional administrativa. Claro que só pode haver interpretação conforme à Constituição quando, mesmo sem o influxo da direc-

(41) Cfr. *O Direito 9*, Coimbra: Almedina, 1995, pág. 389.

(42) Unidade essa que não exclui as legítimas diferenciações próprias da idiossincrasia de cada ramo do Direito. Cfr. DAGMAR FELIX, *Einheit der Rechtsordnung*, Tübingen: Mohr, 1998, págs. 399 e seguintes.

tiva constitucional, o preceito admitiria o entendimento necessário à sua constitucionalidade ⁽⁴³⁾.

Sendo no entanto esse o caso, ficamos dispensados de, partindo da hipótese da inconstitucionalidade superveniente do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051, averiguar se existiriam bases para sustentar a admissibilidade de uma *decisão jurisdicional modificativa*. Em tal hipótese, a sentença concluiria pela inconstitucionalidade do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051 — na parte em que não estatuisse a responsabilidade objectiva da Administração por regulamento legal mas lesivo de direitos ou interesses legalmente protegidos — por violação do princípio constitucional da igualdade e da garantia constitucional da tutela jurisdicional administrativa. Dessa forma se eliminaria em benefício dos lesados a exclusão — operada implicitamente — da tutela mediante responsabilidade administrativa, estendendo-lhes o tratamento mais favorável.

Preconizar esta solução significaria em todo o caso remeter os interessados para uma via assás atribulada: a maioria da nossa doutrina constitucionalista manifesta-se adversa às *decisões modificativas* e, embora estas não estejam de todo ausentes da nossa jurisprudência constitucional — sobretudo em matéria de pensões — o Tribunal Constitucional não adoptou até agora uma posição consistente neste domínio ⁽⁴⁴⁾.

Ainda assim, não queremos deixar de observar que uma das situações menos controversas — pois que até um adversário em tese da figura das *decisões modificativas* as aceita quanto a ela a título excepcional — é aquela em que a modificação da lei considerada inconstitucional incorpora unicamente uma *solução constitucionalmente obrigatória*. Nestes casos, como observa o Autor em questão, ou seja, RUI MEDEIROS, o tribunal não exerce manifestamente uma função substancialmente criativa *ex nihil*. Quando não existe uma pluralidade de soluções alternativas porque a única solução é aquela que imperativamente decorre da Constituição, ao juiz só resta submeter à directa estatuição da lei fundamental as situações da vida discriminatoriamente não contempladas na

⁽⁴³⁾ Cfr. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* 16, Heidelberg: Müller, 1988, pág. 30.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, págs. 456 e segts., em particular 469 a 477.

norma de valor infraconstitucional. Ao agir dessa forma, o juiz «não ofende as prerrogativas do legislador» (45).

Seria precisamente esse o caso se — contra o que sustentamos — se devesse entender que o n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051 não contemplava a responsabilidade por actos normativos legais da Administração a par da responsabilidade por actos administrativos concretos (ou actos administrativos em sentido estrito) legais e por actos materiais lícitos. Uma vez que o princípio da igualdade não consente que os prejuízos especiais e anormais legal ou lícitamente infligidos pela Administração a um cidadão deixem de ser indemnizados e uma vez que a tutela jurisdiccional efectiva da lesão de direitos e interesses legalmente protegidos tem de incorporar tal indemnização entre a sua panóplia de remédios, o juiz (qualquer juiz e não apenas o juiz do Tribunal Constitucional) poderia decidir no sentido de que um directo comando constitucional completava a previsão do n.º 1 do artigo 9.º, com a consequência de a responsabilidade por acto regulamentar legal ficar submetida à disciplina do Decreto-Lei n.º 48 051.

19. Em suma, seja — como preferimos — por força da interpretação declarativa lata do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051, seja por deverem os tribunais considerar aditada à previsão ali enunciada a responsabilidade da Administração por actos normativos legais em consequência de uma directa aplicação da Constituição, sempre esta subespécie de responsabilidade objectiva por encargos ou prejuízos especiais e anormais decorrentes da actividade de gestão pública deverá considerar-se fundada no Decreto-Lei n.º 48 051 e por ele disciplinada.

IV. O âmbito de incidência subjectiva do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051: a aplicação às autarquias locais

20. Para findar, interessa ainda verificar a medida em que as autarquias locais são abrangidas pelo regime de responsabilidade

(45) Cfr. RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, cit., p. 504.

— e, portanto, pelo da responsabilidade objectiva por facto de regulamento — estatuído ao longo do Decreto-Lei n.º 48 051.

As dúvidas poderiam brotar do artigo 10.º do diploma pelo qual foram modificados os artigos 366.º e 367.º do Código Administrativo, os quais passaram a disciplinar a responsabilidade por actos ilícitos culposamente praticados pelos órgãos ou agentes das autarquias locais. Poderá então perguntar-se se aquilo que o legislador quis dispor em matéria de responsabilidade das autarquias por actos de gestão pública se não confina aos mencionados preceitos do Código Administrativo, tal como reescritos pelo artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 48 051.

A questão não tem apenas a ver com o Decreto-Lei n.º 48 051 no momento da sua génese mas também na actualidade. Com efeito, embora os artigos 366.º e 367.º do Código Administrativo tenham sido mais tarde revogados, eles acham-se hoje substituídos pelos artigos 96.º e 97.º da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro (Regime jurídico de funcionamento dos órgãos dos municípios e das freguesias), os quais, embora em termos alterados, continuam a dispor tão só sobre responsabilidade por culpa. Da existência destes preceitos especiais para as autarquias resulta pois uma interrogação: será que os preceitos do Decreto-Lei n.º 48 051 que regulam outros tipos de responsabilidade se não aplicam às autarquias locais? A questão não respeita agora, obviamente, apenas à responsabilidade por facto de regulamento e sim a toda a responsabilidade por risco e por actos lícitos de gestão pública. Mas inclui compreensivelmente a responsabilidade por danos causados por acto regulamentar legal na medida em que estes se não encontrem por sistema excluídos da incidência do Decreto-Lei n.º 48 051.

21. Ora, se, por prurido metodológico, se não quis ignorar este problema, também se não pensa que ele mereça amplas e profundas indagações. Na sua norma emblemática — o artigo 1.º — o Decreto-Lei n.º 48 051 refere como seu âmbito subjectivo de incidência, no tocante aos sujeitos públicos das relações jurídicas administrativas de responsabilidade civil extracontratual por actos de gestão pública, o «Estado e demais pessoas colectivas públicas». Não se vê porque é que, encontrando-se abrangidas no âmbito dessas «demais pessoas colectivas públicas», as autarquias

locais haveriam de beneficiar de um regime de favor traduzido em ficarem elas eximidas da responsabilidade objectiva pelo risco e pela prática de actos lícitos. Como, por exemplo, observa JOÃO CAUPERS, algumas das situações mais frequentes de responsabilidade pelo risco ocorrem nos domínios das obras públicas e do mau funcionamento de semáforos, áreas essas de intensa intervenção municipal». Por outro lado, a responsabilidade objectiva pela prática de actos lícitos, estruturada no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051, assenta no princípio da justa repartição dos encargos públicos: não seria justo que aquele que sofreu um prejuízo causado por um comportamento administrativo praticado no interesse e para proveito da colectividade não fosse ressarcido⁽⁴⁶⁾. Não se compreende porque motivo este princípio não haveria de tutelar os particulares em relação jurídica administrativa com a Administração autárquica. Tal como enunciada no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição como princípio fundamental da conduta administrativa, a igualdade de tratamento impõe-se a toda a Administração sem aceção das diferenças de natureza institucional.

22. Observe-se, aliás, que a igualdade dos administrados perante os encargos públicos não representa o único ângulo sob o qual o princípio da igualdade intervem na matéria em análise. É que a hipótese de estabelecer diferentes amplitudes ao dever de indemnizar apenas em função de diferente natureza da pessoa colectiva pública responsável contraria por seu turno o princípio da igualdade: o tipo de pessoa colectiva pública não constitui uma base material admissível para justificar a desigualdade de regimes de direito a indemnização por parte dos administrados. Não se compreende que as situações dos particulares que sofrem um prejuízo especial e anormal resultante do funcionamento de serviço administrativo excepcionalmente perigoso ou de acto administrativo legal mereçam não ser consideradas essencialmente idênticas só porque num caso a fatora do dano é, por exemplo, uma Região Autónoma e, noutro, esse dano é causado por um município. Na situação dos particulares — que é aquela que as normas constitu-

⁽⁴⁶⁾ Cfr. *Introdução ao Direito Administrativo*, Lisboa: Âncora, 2000, p. 235 e 236.

cionais e legais pertinentes tutelam — não há diferença específica que retire pertinência ao elemento comum, constituído pela lesão com as causas referidas, só porque as entidades causadoras dos danos se encaixam em categorias diferentes de pessoa colectiva pública. Esta diferença da natureza institucional do causador do prejuízo não afecta minimamente a subsistência de uma fundamental igualdade entre as situações dos lesados.

Em suma, o princípio constitucional da igualdade contribui por duas formas distintas mas convergentes para conduzir ao entendimento de que a formulação, no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 48 051 e nos artigos 96.º e 97.º da actual Lei n.º 169/99, de regras sobre a responsabilidade culposa por acto de gestão pública das autarquias locais não implica que estas pessoas colectivas públicas fiquem eximidas dos outros tipos de responsabilidade versados no regime geral da responsabilidade extracontratual por actos de gestão pública. Assim é porquanto, por um lado, o princípio da igualdade dos sujeitos de direito perante os encargos públicos tem também de se aplicar no tocante às relações com as autarquias locais. E assim é, por outro lado, visto que o princípio geral da igualdade não consente discriminações de tratamento legislativo dos administrados no tocante à amplitude do leque de causas de dano perante os quais o Direito Administrativo os protege.

23. Resta acrescentar que é jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo a aplicabilidade do Decreto-Lei n.º 48 051 no seu conjunto às autarquias locais.

Basta a título de exemplo, transcrever uma passagem do Acórdão da 1.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo, 2.ª Subsecção, de 12 de Janeiro de 1999 (Acórdãos Doutriniais, n.º 458, páginas 159 e seguintes):

«O regime jurídico da responsabilidade extracontratual da Administração Pública por actos de gestão pública, na lei ordinária, encontra-se regulado pelo Decreto-Lei n.º 48 051, de 21/11/1967, e pela Lei das Autarquias Locais...

Mas no caso das autarquias locais há que fazer uma distinção: enquanto que a responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos passou a ser regulada pelos artigos 90.º e 91.º do Decreto-Lei n.º 100/84 (que revogaram os arti-

gos 366.º e 367.º do Código Administrativo de 1940), já à responsabilidade fundada no risco e em factos lícitos, é de aplicar o regime geral previsto nos artigos 8.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051, dado que tais modalidades não foram expressamente previstas, quer no Código Administrativo, quer posteriormente no Decreto-Lei n.º 100/84 (cfr. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, in *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, pág. 85)».

Na sequência destas considerações, o Acórdão citado conclui que um caso de responsabilidade de uma autarquia local por acto administrativo (em sentido estrito) legal tem de ser equacionado segundo o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051, que formula o princípio geral da responsabilidade da Administração por factos lícitos.

Com excepção da substituição, no presente momento, dos artigos 90.º e 91.º do Decreto-Lei n.º 100/84 pelos artigos 96.º e 97.º da Lei n.º 169/99, de idêntico conteúdo, o citado Acórdão de 12/01/1999 continua perfeitamente actual e, dado que não conhecemos qualquer decisão de pendor contrário, permanece como importante indicador do sentido da jurisprudência quanto à conclusão de que o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051 se aplica às autarquias locais.

O estabelecimento de preceitos específicos sobre a responsabilidade subjectiva das autarquias — primeiramente no Código Administrativo e, hoje, na Lei sobre o regime jurídico de funcionamento dos órgãos dos municípios e das freguesias — não significa que, no tocante à restante matéria de responsabilidade, se lhes não aplique a disciplina constante do Decreto-lei n.º 48 051. É, nomeadamente, esse o caso da aplicabilidade da responsabilidade objectiva por facto de regulamento por força do disposto pelo artigo 9.º, n.º 1, interpretado do modo exposto.