

NOVOS DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

ATAS DAS II JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS
DE RESPONSABILIDADE CIVIL

COORDENADORES

MAFALDA MIRANDA BARBOSA • NELSON ROSENVALD • FRANCISCO MUNIZ





I



J

O presente livro foi realizado no âmbito das actividades da Área de Investigação “Risco, Transparência e Litigiosidade”, integrada no projecto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito: Pluralidade | Vulnerabilidade | Indecidibilidade” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UID/DIR/04643/2019).

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

CONTACTOS

institutojuridico@fd.uc.pt
www.ij.fd.uc.pt
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN

978-989-8891-56-3

DEPÓSITO LEGAL

XXX

© JUNHO 2019

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**NOVOS DESAFIOS
DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

ATAS DAS II JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS
DE RESPONSABILIDADE CIVIL

COORDENADORES

MAFALDA MIRANDA BARBOSA · NELSON ROSENVALD · FRANCISCO MUNIZ

ÍNDICE

Nota Introdutória.....	ix
RESSARCIMENTO DOS DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS NO CONFRONTO ENTRE OS SISTEMAS DE <i>COMMON LAW</i> E CONTINENTAIS	1
Adelaide Menezes Leitão	
A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO PROSPETO.....	11
Alexandre de Soveral Martins	
A ILICITUDE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DEMAIS ENTIDADES PÚBLICAS: NOTAS ESPARSAS SOBRE O PROBLEMA DA FRUSTRAÇÃO DA CONFIANÇA	27
Ana Raquel Gonçalves Moniz	
DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS.....	39
António Barreto Menezes Cordeiro	

ERRO-VÍCIO CULPOSO E A FORMAÇÃO DA VONTADE NAS PESSOAS COLETIVAS.....	55
Diogo Costa Gonçalves	
ALGUMAS QUESTÕES EM TORNO DO ILÍCITO POR OFENSA AO CRÉDITO E AO BOM NOME. O ARTIGO 484.º DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS	69
Filipe de Albuquerque Matos	
ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL. UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS ORDENAMENTOS LUSO- -BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO	103
Francisco Muniz	
DAS FUNÇÕES RECONSTITUTIVA E PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. PROPOSTA DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS	121
Henrique Sousa Antunes	
ALGUMAS NOTAS SOBRE A PROBLEMÁTICA DE DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS EM SEDE DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ..	145
Hong Cheng Leong	
<i>RELIANCE</i> : EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS SOCIAIS COM BASE NA CONFIANÇA DEPOSITADA NA INFORMAÇÃO RECEBIDA (V. 2.0)	165
José Ferreira Gomes	
RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS: À DESCOBERTA DA ILICITUDE.....	201
Karenina Tito	
ENTRE A ILICITUDE E O DANO	219
Mafalda Miranda Barbosa	
A NOTAÇÃO DE RISCO E A PROTECÇÃO DOS INVESTIDORES. UM DESAFIO AO DIREITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	269
Manuel Carneiro da Frada	

AS FRONTEIRAS ENTRE A RESTITUIÇÃO DO LUCRO ILÍCITO E O ENRIQUECIMENTO POR INTROMISSÃO	277
Nelson Rosenvald	
DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO PELO INTERESSE POSITIVO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO	317
Pablo Malheiros da Cunha Frota	
RESPONSABILIDADE CIVIL E PRESCRIÇÃO.....	357
Pedro Pais de Vasconcelos	
RESPONSABILIDADE COMERCIAL — PRIMEIRA QUESTÃO.....	379
Pedro Leitão Pais de Vasconcelos	
REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROVEDORES PELO CONTEÚDO POSTADO POR USUÁRIOS NA INTERNET	401
Rafael de Freitas Valle Dresch	
ALGUNS DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES E AS REDES SOCIAIS	415
Renata Vilela Multedo	

NOTA INTRODUTÓRIA

Nos dias 8 e 9 de novembro de 2018, realizaram-se as II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil. Esta segunda edição de um evento que começa a marcar anualmente a vida académica dos dois países teve como mote a ilicitude, os danos puramente patrimoniais e os novos desafios da responsabilidade civil. Foram muitas as questões analisadas e profundo o debate que se estabeleceu entre todos os participantes. A obra que agora se dá à estampa congrega algumas das intervenções que tiveram lugar no referido congresso. O seu objetivo é, por isso, claro: registar para memória futura um momento privilegiado de partilha de experiências judicativas e doutrinárias entre Portugal e o Brasil, em matéria de responsabilidade civil.

Os coordenadores

Mafalda Miranda Barbosa | Nelson Rosenvald | Francisco Muniz

Janeiro de 2019

A ILICITUDE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DEMAIS ENTIDADES PÚBLICAS: NOTAS ESPARSAS SOBRE O PROBLEMA DA FRUSTRAÇÃO DA CONFIANÇA¹

ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ

Ainda que constitua um dos institutos mais tradicionais do Direito Administrativo, marcando, inclusivamente, de forma simbólica o específico nascimento deste ramo jurídico-dogmático², a responsabilidade civil extracontratual do Estado (*rectius*, a forma como o legislador desenha o respetivo regime jurídico e como o juiz o realiza no caso concreto) traduz as oscilações e as preocupações que vêm marcando a hodierna doutrina jurídico-pública. Como se sabe, o direito público (em geral) e o direito administrativo (em particular) podem qualificar-se como “direitos perturbados” no contexto atual

¹ O presente texto corresponde à versão escrita da comunicação oral apresentada nas II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil, a que apenas se adicionaram as notas de rodapé com as respetivas referências bibliográficas.

² Cf. as considerações que, a este propósito, tecemos no nosso texto «Responsabilidade Civil do Estado: Tendências Originárias e Perspetivas de Evolução», in Mafalda Miranda Barbosa / Francisco Muniz, coord., Responsabilidade Civil: Cinquenta Anos em Portugal, Quinze Anos no Brasil, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, 71 e s.

de “fim das certezas”³ em todas as dimensões da realidade, e ineliminavelmente marcados pela crise do Estado, pela crise da economia, pela crise das gerações e pela crise do próprio direito enquanto ordem normativa de validade⁴.

E a responsabilidade civil jurídico-administrativa não fica imune a todas as tergiversações que o direito público vem atravessando, em especial num tempo, como o hodierno, em que este ramo começa a assumir um propósito mais subjetivo (de tutela das posições jurídicas substantivas dos particulares), minimizando, por vezes de forma excessiva, a sua dimensão objetiva (de salvaguarda dos interesses públicos).

Mas se nos debruçarmos sobre uma das temáticas que constitui objeto das Jornadas de 2018 — a ilicitude — verificamos que a doutrina jus-administrativa encontra algumas dificuldades em responder cabalmente a todas as questões que a prática lhe vai colocando. As perplexidades relacionadas com a aquilatação do pressuposto da ilicitude no âmbito da responsabilidade civil extracontratual decorrem de vários fatores, que, dentro de alguns limites, variam ainda consoante a função do Estado em causa: pense-se, paradigmaticamente, naqueles casos em que a averiguação do pressuposto da ilicitude carece de uma decisão judicial prévia que a certifique (como sucede nos casos de responsabilidade civil pelo exercício da função político-legislativa, em que a conduta omissiva de medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais exige, como condição prévia, a verificação, pelo Tribunal Constitucional, da inconstitucionalidade por omissão)⁵.

³ Estamos a apelar para o título da obra de Prigogine, *La Fin des Certitudes*, Paris: Odile Jacob, 1996.

⁴ A estes problemas aludimos já em *Os Direitos Fundamentais e a Sua Circunstância: Crise e Vinculação Axiológica entre o Estado, a Sociedade e a Comunidade Global*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, 17 e s.

⁵ Assim, nos termos do n.º 5 do artigo 15.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (rrcee, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho), “a constituição em responsabilidade fundada na omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais depende da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional”. Sobre esta disposição, v., por exemplo, Carlos Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, 354 e s.; Jorge Pereira da Silva, «Artigo 15.º — Responsabilidade no Exercício da Função Político-Legislativa», in Rui Medeiros, coord., *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, 416 e s.

Mesmo que nos circunscrevamos — como o tempo dedicado a esta intervenção supõe — à responsabilidade pelo exercício da função administrativa nos termos recortados pelo legislador, persistem problemas que decorrem quer do conceito de ilicitude perfilhado pelo regime jurídico-administrativo da responsabilidade civil extracontratual (que o aparta da disciplina normativa do Código Civil), quer do próprio âmbito deste instituto.

Como forma de enfrentar estas duas questões, escolhemos um problema que nos parece demonstrativo das dificuldades suscitadas pelo sistema: o problema da responsabilidade pela recusa de aplicação (devida) de regulamentos inválidos — o qual entronca, por sua vez, na temática da responsabilidade pela violação do princípio da proteção da confiança (que representa também um dos princípios fundamentais do Direito Administrativo, ínsito que está no princípio do Estado de direito).

Recortemos o âmbito da questão. Ela emerge na confluência destas duas interrogações: *a)* em que medida a Administração se encontra vinculada aos regulamentos no seio dela elaborados, aquando da sua tarefa de decisão de casos concretos, cujo âmbito problemático se revela assimilável pela norma regulamentar? *b)* Considerando-se que a Administração pode (deve), sob determinadas circunstâncias, desaplicar regulamentos com fundamento em invalidade, tem direito a uma indemnização, fundada no regime da responsabilidade civil extracontratual, um particular destinatário que confiava na mobilização daquela norma regulamentar para a decisão do seu caso concreto?

A primeira interrogação extravasa o âmbito destas considerações. Apenas a colocámos porque a sua resposta serve de pressuposto à segunda. Em regra, a Administração encontrava-se autovinculada pelos regulamentos administrativos na decisão dos casos concretos — tal é o conteúdo do designado princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos externos, fundado, *inter alia*, no princípio da proteção da confiança. Há, contudo, hipóteses cuja excecionalidade (permite que a tutela da confiança ceda e) justifica que o órgão administrativo possa afastar a norma regulamentar *prima facie* aplicável ao caso concreto, com fundamento na sua invalidade⁶. Tal não significa, porém, que, quando, legitimamente, se admita a recusa de aplicação, fiquem

⁶ Sobre esta questão já nos debruçámos, com pormenor, em *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidade: Contributo para a Teoria dos Regulamentos*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 605 e ss. (pp. 651 e ss., sobre a tutela da confiança; pp. 199 e ss., sobre os fundamentos subjacentes ao princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos; em ambos os casos, com amplas referências bibliográficas).

postergadas as exigências de sentido da tutela da confiança, que agora se poderão cumprir de outra forma.

Subjacente a esta possibilidade encontra-se, por exemplo, a situação de um particular que, abrangido pelo âmbito subjetivo de um regulamento, desenvolve uma série de investimentos para se colocar em condições de receber o subsídio aí previsto; perante uma decisão de recusa de aplicação pelo órgão competente para atribuição do subsídio, com fundamento na invalidade da norma regulamentar que o previa, não pode ficar o sujeito desprovido de tutela jurídica.

Quid iuris? A frustração da confiança resultante de uma recusa de aplicação de uma norma regulamentar inválida deve incluir-se no pressuposto da *ilicitude* para efeitos de aplicação do regime da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelos danos resultantes do exercício da função administrativa?

1) Detenhamo-nos, em primeiro lugar, no alcance da autovinculação administrativa e âmbito da proteção da confiança no Direito Administrativo.

A autovinculação baseada na tutela da confiança apenas se verifica e se mantém enquanto tal confiança for digna de proteção jurídica⁷. A construção dogmática da tutela da confiança (embora corolário e subprincípio do princípio estruturante do Estado de direito) tem crescido, no direito Administrativo, sob o influxo do direito civil. Assim, e louvando-nos, *mutatis mutandis*, na perspetiva proposta por Freitas do Amaral⁸ (que tem na sua base a construção dogmática empreendida por Menezes Cordeiro⁹, a propósito da boa fé), importa que, no caso concreto se encontrem cumpridos, com maior ou menor intensidade, os seguintes pressupostos: (a) a criação de uma situação de confiança (*i.e.*, de elementos suscetíveis de gerar expectativas razoáveis no destinatário), concretizada na emissão de um regulamento como ato normativo dotado de força jurídica (autovinculativa), que, enquanto integrado no «bloco da juridicidade», postula a observância pela atividade administrativa àquelas normas¹⁰; (b) a existência

⁷ Burmeister, «Selbstbindungen der Verwaltung», Die Öffentliche Verwaltung 13-14/34 (julho 1981) 510.

⁸ Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, vol. ii, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2016, 118 e s. Cf. também M. Rebelo de Sousa / A. Salgado de Matos, Direito Administrativo Geral, tomo i, 3.^a ed., Lisboa: Dom Quixote, 2008, 222 e s.

⁹ Menezes Cordeiro, Da Boa Fé no Direito Civil, reimp., Coimbra: Almedina, 1997, 1243 e s., relativamente aos parâmetros da confiança e seu funcionamento como princípio.

¹⁰ Também a propósito do regulamento poderemos afirmar (como o faz a

de uma confiança justificada, na esfera subjetiva do destinatário do regulamento (que não existirá, *v. g.*, se a invalidade do regulamento não for desconhecida do destinatário ou se este, apenas por manifesta negligência, não tinha conhecimento dela)¹¹; (c) o investimento da confiança, resultante dos comportamentos que os destinatários do regulamento adotaram (ou não), induzidos pela pressuposição da futura valoração da sua esfera jurídica à luz daquele; (d) o nexo de causalidade entre as normas regulamentares e as condutas dos destinatários corporizadas no investimento da confiança.

doutrina alemã relativamente ao contrato e à promessa) que incorpora uma «proteção da confiança abstrata» (abstrakter Vertrauensschutz), na medida em que transporta a vinculatividade em si própria (v. Kisker, «Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht», in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, n.º 32, Berlin / New York: De Gruyter, 1974, 152; sem prejuízo da inadmissibilidade da identificação do contornos da proteção da confiança quanto a atos administrativos e quanto a normas — *ibid.* 192 e s.). Esta asserção merece dois esclarecimentos.

Por um lado, podem existir outros elementos associados ao regulamento (que não apenas o facto da respetiva emissão) que reforcem a confiança do sujeito. Assim, *v. g.*, a maior solenidade da forma ou as especiais exigências procedimentais podem ajudar a cimentar uma confiança nos destinatários: pense-se nos decretos regulamentares (sujeitos a promulgação presidencial) ou nos regulamentos submetidos a apreciação pública. No mesmo sentido milita a existência de uma prática consolidada de observância das soluções contempladas no regulamento, sem que, até ao momento, a Administração haja questionado a respetiva validade — nesta hipótese, poder-se-á afirmar, com KISKER («Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht», 166), que quanto maior for a confiança gerada pelos poderes públicos nos cidadãos (cujo comportamento se orienta pelos atos daqueles), maior respeito deve merecer a disposição concitadora de tal confiança.

Por fim, a invalidade da norma não implica necessariamente a frustração deste requisito, ainda que se tenha em consideração a inexistência de prazo para a arguição jurisdicional da invalidade (decorrente de inconstitucionalidade ou de ilegalidade). Em primeiro lugar, a confiança assenta na vigência (formal) do regulamento e, por esse motivo, na respetiva obrigatoriedade. Em segundo lugar, a invalidade poderá não ser cognoscível para um destinatário normal, pelo que, no máximo, a tutela da confiança só não operará perante invalidades flagrantes ou evidentes — altura em que sucumbe a *ratio* do princípio da boa fé, que, na ausência de uma situação de confiança e de elementos que a justifiquem, se torna neutro quanto ao problema da recusa de aplicação.

¹¹ Cf. um lugar paralelo no §48, n.º 2, alínea 3), da *Verwaltungsverfahrensgesetz* (a propósito das exceções à indemnizabilidade da revogação de atos administrativos inválidos, que constituem condição necessária ou conferem o direito a prestações pecuniárias, de natureza continuada ou não, dispositivo igualmente aplicável, por força do n.º 3, às demais situações em que se reconhece uma pretensão em consequência da revogação de atos inválidos); sobre este preceito, v. Stelkens / Bonk / Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9.ª ed., München: Beck, 2018, n.os de margem 159 e s. Relacionando também esta norma com a existência de uma confiança digna de proteção jurídica, em resultado da autovinculação administrativa através de *Vorschriften*, cf. Blanke, *Vertrauensschutz im Deutschen und Europäischen Verwaltungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000, 267.

2) As considerações acabadas de tecer introduzem-nos no âmago da nossa questão — a qual se reconduz à responsabilidade pela confiança.

O problema da responsabilidade pela confiança não é desconhecido da doutrina jurídico-civilística, onde se logrou já uma resposta adequada às especificidades da questão. Os resultados da profundíssima investigação que lhe dedicou Carneiro da Frada¹² permitiriam concluir pela feição específica da responsabilidade pela confiança, que se assume como um *tertium genus* entre a tradicional dicotomia entre responsabilidade contratual e aquiliana.

3) As nuvens adensam-se, porém, no Direito Administrativo da responsabilidade, desde logo em consequência do recorte dos conceitos de responsabilidade civil extracontratual e de ilicitude.

a) Assim, e desde logo, entende-se que a expressão «responsabilidade civil extracontratual» (regida pelo direito administrativo) haverá de valer num sentido *amplo*, de forma a abranger toda a responsabilidade civil emergente da violação de princípios e normas ofensivas de posições jurídicas substantivas e que *não correspondam a deveres concretizados em contratos administrativos*¹³. Tratar-se-á ainda de uma consequência da configuração da responsabilidade civil extracontratual do Estado como um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, e, sobretudo, como mecanismo de defesa dos direitos fundamentais. A subjetivização do instituto e a sua associação à jusfundamentalidade tem impedido uma certa elasticidade na construção dogmática e dificultado o surgimento de “terceiras vias” — uma situação que o atual RRCCE acentua, em virtude de definir, de forma estanque, os diversos casos de responsabilidade civil.

b) A outra face do problema relaciona-se com o conceito de ilicitude.

Como se sabe, a civilística vem afastando a violação de deveres objetivos de cuidado como elemento da ilicitude, na medida em que esta toma em consideração a conduta do lesante objetivamente (*i. e.*, avalia se aquela preencheu um tipo objetivo de ilicitude, como a violação do direito à vida ou à integridade física), ao invés da culpa,

¹² Carneiro da Frada, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, Coimbra: Almedina, 2004.

¹³ Barbosa de Melo («Responsabilidade Civil Extracontratual: Não Cobrança de Derrama pelo Estado», in Coletânea de Jurisprudência 11/4 [1986] 40, n. 6) afirmava que, para efeitos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 48051, a expressão «responsabilidade civil extracontratual» haverá de valer num sentido amplo, por forma a abranger “toda a responsabilidade civil emergente da violação de deveres jurídicos não concretizados através dos contratos administrativos”.

que atende à censurabilidade do comportamento e, por conseguinte, à sua vertente subjetiva¹⁴.

Todavia, sob a inspiração do conceito de *faute* do ordenamento francês, o Direito Administrativo conjuga muito de perto as noções de ilicitude e culpa, dificultando a distinção entre ambas, nomeadamente por contemplar a violação de deveres objetivos de cuidado no conceito de ilicitude. Assim, o n.º 1 do artigo 9.º do RRCEE estabelece um conceito de ilicitude que associa a ilicitude do *resultado* (ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos) à ilicitude da *conduta* (violação de princípios e normas jurídicos, infração de regras de ordem técnica ou mesmo de *deveres objetivos de cuidado*)¹⁵. Destarte, o Direito Administrativo da responsabilidade civil extracontratual opta pelas conceções que entendem não ter o agente cometido um ato ilícito se o seu comportamento observou todos os cuidados razoavelmente exigidos pelo comércio jurídico ou pela ordem jurídica.

Com um intuito claramente ampliativo, o próprio conceito de ilicitude da conduta coincide praticamente com o de ilegalidade — aspeto para o qual já apontava Marcello Caetano¹⁶, para quem se consideravam “ilícitos os *actos jurídicos que violem as normas legais e regulamentares ou os princípios gerais aplicáveis* e os actos materiais que infrinjam estas normas e princípios ou ainda as regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração”. Ou, aplicando ao problema em análise, preencheria o pressuposto da *ilicitude da conduta* qualquer violação de um princípio de Direito Administrativo, incluindo as situações de frustração da confiança que, enquanto tais, corresponderiam à violação do princípio da proteção da confiança.

¹⁴ Assim, v. g., assim Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.^a ed., Coimbra: Almedina, 2000, 585 e s., que seguimos muito de perto. Sobre o confronto dos conceitos de ilicitude da conduta e da ilicitude do resultado, v., por exemplo, Sinde Monteiro, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra: Almedina, 1989, 300 e s.; Nuno Pinto Oliveira, «Sobre o Conceito de Ilicitude do Artigo 483.º do Código Civil», in *Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo*, Braga: Universidade do Minho, 2002, 527 e s.

¹⁵ V., por exemplo, Marcelo Rebelo de Sousa, «Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização?», in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: aafdl, 1996, 172; Margarida Cortez, *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, (Boletim da Faculdade de Direito; *Studia Iuridica* 52), 50 e s.; M. Aroso de Almeida, «Artigo 9.º — Ilicitude», in Rui Medeiros, coord.), *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil*, 242 e s., 246 e s., aproximando o conceito de ilicitude do rrcee ao conceito de *faute* do direito francês. Cf., na jurisprudência, paradigmaticamente, Acórdão do sta, de 20.04.2004, P. 0982/03, e 16.01.2014, P. 0445/13.

¹⁶ Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, vol. ii, 10.^a ed. (7.^a reimp.), Coimbra: Almedina, 2001, 1225.

Na vertente da ilicitude do resultado, e sob a bênção da inscrição constitucional do princípio da tutela jurisdicional efetiva dos direitos *e interesses legalmente protegidos dos administrados*, também a ofensa destas últimas posições jurídicas substantivas¹⁷ deverá consubstanciar uma forma de ilicitude para efeitos de responsabilizar extracontratualmente o autor do facto. E, voltando, de novo, ao tema que nos ocupa, a frustração da confiança preencheria este pressuposto desde que (mas apenas se) a mesma tivesse implicado a ofensa a uma posição jurídica substantiva.

3) Perante estes dados, qual a resposta a dar à questão inicial?

Se, como assinalámos, a aplicação do regulamento (inválido), em razão das legítimas expectativas depositadas (que não das posições jurídicas substantivas detidas) pelos destinatários nas normas formalmente vigentes, representa a proteção *máxima* da confiança, tal não impede, ponderados outros valores, a suscetibilidade de recusa de aplicação das normas regulamentares. Contudo, o afastamento das normas só não fere impreterivelmente estes princípios, desde que, estando verificados os (já assinalados) pressupostos da tutela, fique assegurada uma proteção *mínima*, correspondente à obrigação de indemnização do dano da confiança.

Não são, todavia, espúrias as dificuldades pressupostas por esta conceção, desde logo porque, em rigor, a designada «responsabilidade pela confiança» ultrapassa a dicotomia entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual¹⁸ e não se compadece com a convocação acrítica dos respetivos requisitos.

¹⁷ Na senda de Vieira de Andrade (Lições de Direito Administrativo, 5.^a ed., Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, 71 e s.), deve entender-se que “as posições jurídicas substantivas implicam sempre uma intenção normativa de protecção efectiva de um bem jurídico próprio de determinado particular, seja em primeira linha (estamos, então, perante direitos subjectivos), seja em segunda linha, em complemento de um interesse público primacial (é o caso dos interesses legalmente protegidos)”. De acordo com o autor a aferição da intencionalidade, do conteúdo objetivo favorável e do grau de efetividade constituem o resultado da interpretação da norma (substantiva) que disciplina a específica relação jurídica, “devendo presumir-se a intenção protectora quando uma norma de direito objectivo seja necessária ou adequada ao favorecimento de determinados interesses particulares”.

¹⁸ Cabalmente, Carneiro da Frada, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, 756 e s. Refletindo, no âmbito do Direito Administrativo, sobre a eventual inadequação da aglutinação, no instituto da responsabilidade civil, das pretensões indemnizatórias decorrentes de atuações lícitas dos poderes públicos, cf. Rui Medeiros, Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005, 51 e s.

Repare-se, desde logo, que a responsabilidade pela confiança não se confunde nem com a responsabilidade resultante da emissão de um regulamento inválido (que segue o regime da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito decorrente do exercício da função administrativa), nem com a eventual responsabilidade por danos causados no exercício do poder regulamentar (independentemente da validade do regulamento), e, por conseguinte, responsabilidade por atos lícitos¹⁹.

Efetivamente, está agora em causa uma obrigação de indemnizar resultante da frustração de expectativas (*i.e.*, da “frustração da coordenação da atividade do sujeito por uma conduta alheia que suscitou uma convicção sua”), onde inexistem quer o incumprimento de uma obrigação, quer um ataque aos direitos subjetivos (ou interesses legalmente protegidos) do lesado. Trata-se, em suma, de uma “responsabilidade pela frustração de uma intencionada coordenação de condutas por parte do confiante”²⁰.

O reconhecimento da *singularidade* da «responsabilidade pela confiança» encerra reflexos determinantes em sede do regime da responsabilidade da Administração, o qual assenta justamente na dicotomia (totalmente rígida e fechada) entre responsabilidade contratual e extracontratual: não estando em causa a celebração de qualquer contrato, a indemnização do dano da confiança surgirá sempre associada a uma responsabilidade conexa com a violação de deveres causadora de danos — ora, os pressupostos desta última revelam-se totalmente desadequados à situação em análise²¹.

¹⁹ Sobre esta última, mas ainda no quadro do Decreto-Lei n.º 48051, cf. Sérvulo Correia, «Da Sede do Regime de Responsabilidade Objetiva por Danos Causados por Normas Emitidas no Desempenho da Função Administrativa», Revista da Ordem dos Advogados 61/3 (dezembro 2001) 1313 e s.

²⁰ Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 602 e s.

O facto de se admitir o exercício da competência de recusa de aplicação a órgãos pertencentes a entidades diferentes das responsáveis pela emissão do regulamento pode dificultar a imputação da responsabilidade e do dever de indemnizar (Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 604, exige uma *conexão de via dupla ao sujeito responsável*). Todavia, parece-nos que a especial configuração intersubjetiva da Administração Pública, entremeada com fenómenos como a descentralização (e constitui este o campo problemático, por excelência), não poderá constituir arrimo para denegar o direito indemnizatório ao particular. Apesar da não absorção da «responsabilidade pela confiança» pela responsabilidade emergente da emissão de um regulamento inválido, entendemos que a entidade que responde pelo investimento da confiança há de consistir naquela que emitiu o regulamento, visto ter sido a mesma que provocou a situação de confiança.

²¹ Acentuando já que as especificidades da responsabilidade pela defraudação das expectativas não se compadecem com a mobilização dos requisitos da respon-

A verdade, porém, é que, arreigada à letra da lei, a jurisprudência administrativa tem afirmado que, em casos deste tipo, a ilicitude reside na violação de um «dever de respeitar a confiança alheia»²², concebido como decorrência imediata, para a Administração, da subordinação ao princípio da proteção da confiança — e correspondente, no nosso âmbito problemático, a um dever de *agere* em conformidade com a confiança depositada no regulamento pelos destinatários. Esta compreensão não confere, porém, um relevo autónomo à justificação da confiança: em tal perspetiva, a responsabilidade resultaria da violação de um dever (*in casu*, o dever de agir atendendo à confiança suscitada na contraparte pela atuação em causa) e não da defraudação das expectativas²³.

Ora, se a responsabilidade delitual tem como fundamento a manutenção da situação patrimonial e/ou pessoal dos sujeitos e a sua defesa perante ataques exteriores (designadamente da Administração), a indemnização do dano da confiança respeita à tutela das relações intersubjetivas, da interação entre os sujeitos, erigindo a perturbação da dinâmica da coordenação de condutas em fundamento da obrigação de indemnizar²⁴.

Nessa medida, a responsabilidade pela confiança não assenta verdadeiramente numa violação, pelo lesante, de deveres pré-existent²⁵. Os pressupostos deste tipo de “responsabilidade” só surgem após o comportamento do lesante gerador das expectativas do lesado (*in casu*, a emissão do regulamento). Por sua vez, a frustração dessas expectativas (corporizada na recusa de aplicação do regulamento inválido) não implica, por si só, a prática de um ato ilícito; pelo contrário, como observámos, a responsabilidade pela confiança só existe quando o órgão decisor pode *validamente* exercer a competência de desaplicação. Na hipótese de se admitir que o órgão administrativo recuse a aplicação da norma regulamentar inválida, não está aquele a adotar

sabilidade aquiliana, designadamente a ilicitude e a culpa, cf. Carneiro da Frada, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, 589.

²² Cf., exemplarmente, Acórdão do sta, de 05.12.2007, P. 653/07, onde o Tribunal, perante a revogação de um despacho no qual os particulares tinham depositado confiança, negou a verificação de um atentado aos direitos subjetivos dos particulares (inexistentes, em virtude de a ilegalidade do despacho os não poder fundamentar) e atribuiu apenas à lesão da confiança (acentuando a sua previsão normativa a nível constitucional e legal) o estatuto de facto ilícito, suficiente para gerar a responsabilidade civil, à luz do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48051.

²³ Carneiro da Frada, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, 593 e s.

²⁴ Assim, Carneiro da Frada, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, 605.

²⁵ Como já sublinha Carneiro da Frada, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, 590.

uma conduta contrária ao princípio da tutela da confiança (que não exige incondicionalmente a mobilização da norma inválida) e, por conseguinte, não está a infringir qualquer regra de *agere* imposta pela boa fé. Simplesmente, os destinatários do regulamento tinham expectativas de que a Administração adotasse uma conduta consonante com o regulamentarmente disposto e é a tutela da frustração da confiança em que tal acontecesse que está agora em causa.

4) Quais as conclusões que poderemos, então, retirar, para o regime da responsabilidade civil do Direito Administrativo?

1.º O RRCEE, na medida em que tem a pretensão de regular todas as situações de responsabilidade não contratual inviabiliza, afinal, uma adequada resposta a casos que escapam às conceções tradicionais; eis o que sucede com aglutinação, no âmbito do regime, das pretensões indemnizatórias decorrentes de atuações lícitas dos poderes públicos;

2.º O problema da frustração da confiança não corresponde necessariamente a uma atuação antijurídica da Administração — como parecem pressupor os tribunais. Efetivamente, quando um órgão administrativo tem o poder-dever de desaplicar um regulamento inválido, tal corresponde à conduta exigida pelo direito.

3.º A inadequação da responsabilidade delitual para abranger todas as hipóteses em que os particulares têm uma pretensão indemnizatória contra a Administração torna-se nítida quando se analisa o conceito de ilicitude. Não obstante a jurisprudência pretender integrar o problema nos quadros tradicionais delineados pelo legislador, a verdade é que o desenho deste pressuposto efetuado pelo RRCEE é, simultaneamente, demasiado amplo e demasiado estreito para responder ao problema da frustração da confiança: por um lado, qualquer violação de um qualquer princípio é um facto ilícito; por outro lado, exige-se a violação de uma posição jurídica substantiva (que não existe no caso concreto).