



UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

*A indemnização pelo sacrifício
Seu sentido e alcance*

António Augusto Neves do Espírito Santo Costa

Dissertação apresentada no âmbito do 2.º
ciclo de Estudos em Direito da Faculdade
de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de especialização: Ciências Jurídico-
políticas

Menção: Direito Administrativo,

Orientador: Senhor Professor Doutor José
Carlos Vieira de Andrade

Coimbra
Outubro de 2013

Abreviaturas

CCP	Código dos Contratos Públicos
CE	Código das Expropriações
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
LBPOTU	Lei de Bases da Política do Ordenamento de Território e de Urbanismo.
RJIGT	Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial
RLJ	Revista de Legislação e de Jurisprudência
RRCEE	Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas

Introdução

1. Considerações preliminares. Enquadramento da indemnização pelo sacrifício. Razão de ordem

A presente dissertação versa sobre a indemnização pelo sacrifício, um instituto consagrado legislativamente em Portugal pelo artigo 16.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, que revogou o Decreto-Lei n.º 48 051, de 1967 e criou um novo quadro normativo da responsabilidade civil extracontratual dos entes públicos, mantendo algumas soluções que constavam da legislação anterior, consagrando algumas soluções que vinham sendo defendidas pela doutrina e pela jurisprudência nacionais e acolhendo soluções por influência da legislação e doutrina estrangeiras¹.

Este instituto merece uma análise detalhada, em virtude de não lhe ser feita qualquer referência na legislação revogada e dos problemas dogmáticos que coloca, ao que acresce uma importância prática que resulta do amplo campo de aplicação que lhe reconheceremos. Todavia, antes de considerarmos em detalhe a indemnização pelo sacrifício na nova disciplina legal, procuraremos enquadrar tematicamente este instituto, a fim de delimitar o objeto de investigação.

Quanto ao seu enquadramento temático, poderemos afirmar que a indemnização pelo sacrifício se situa no campo das «*prestações de ressarcimento de natureza*

¹ Sobre o RRCEE, v. Carlos Fernandes Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011; Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 671 e segs.; *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, dirigido por Rui Medeiros, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, e a obra organizada pelo Ministério da Justiça, *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado — Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

jurídico-pública»². Este campo refere-se entre nós à tradicional responsabilidade civil dos entes públicos. Todavia, a indemnização pelo sacrifício não comunga totalmente da lógica que subjaz a este instituto, como veremos. De todo o modo, numa perspetiva ampla e pouco rigorosa podemos situar, por mero intuito de simplificação, a indemnização pelo sacrifício no campo das obrigações, que recaem sobre os entes públicos, de ressarcirem os particulares dos prejuízos causados pelas intervenções dos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, entre as quais se destaca a responsabilidade civil dos poderes públicos em sentido estrito, cuja relevância justifica um breve enquadramento³. Este instituto engloba várias modalidades, em particular quanto ao Estado, podendo resultar do exercício da função administrativa, do exercício da função legislativa, ou do exercício da função jurisdicional, como atestam os Capítulos III e IV do RRCEE. Por outro lado, a responsabilidade dos poderes públicos pode ser *contratual ou obrigacional*, quando resulta da violação de uma relação obrigacional preexistente entre os entes públicos e os particulares, ou *extracontratual*, quando resulte da violação de direitos absolutos dos particulares ou de normas que visem a sua tutela. Dentro da responsabilidade civil extracontratual, em particular no campo da função administrativa, estabelece-se uma classificação tripartida de modalidades de responsabilidade dos entes públicos, contrapondo-se a *responsabilidade por factos ilícitos e culposos* dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes dos entes públicos praticados no exercício das suas funções e por causa delas dos quais resultem prejuízos para os particulares, dependendo a sua aplicação da existência de um facto que seja contrário à ordem jurídica, da culpa do seu autor, da produção de um dano, e da existência de um nexo de causalidade entre o facto praticado e o dano sofrido, à *responsabilidade pelo risco*, que resulta dos danos causados por coisas, serviços, ou atividades especialmente perigosos, cujo perigo é suportado pela coletividade que deles usufrui, e à *responsabilidade dos entes públicos por factos lícitos*, cujos efeitos danosos são toleráveis do ponto de vista do interesse público, sendo os seus custos repartidos pela coletividade cujos interesses fundamentaram tais intervenções, pelo que apenas são

² Utilizamos expressões da doutrina alemã, que cremos adequadas para exprimir a amplitude do campo em que se situa a indemnização pelo sacrifício. V. Fernando Alves Correia, “A Indemnização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance”, in *RLJ*, Ano 140.º, N.º 3966, 2011, págs. 143 e segs., sobretudo págs. 143-144 e nota 1, que seguimos de perto.

³ V. as noções de responsabilidade indemnizatória de Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, 10.ª edição, (8ª reimpressão da edição de 1973), Almedina, Coimbra, 2007, pág. 1219, e Freitas do Amaral, *Curso...*, *cit.*, Vol. II, pág. 681.

indemnizáveis os danos que excedam os custos normais da vida em sociedade. No mesmo campo, distingue-se ainda a *responsabilidade dos entes públicos por atos de gestão pública da responsabilidade por atos de gestão privada*, consoante a atividade danosa tenha decorrido sob a égide do direito público ou sob a égide do direito privado⁴. Perante esta classificação do sistema de prestações de ressarcimento, se procurarmos situar a indemnização pelo sacrifício, poderemos caracterizá-la como *uma prestação de ressarcimento sobretudo extracontratual, por atos de gestão pública, sem prejuízo da aplicação deste instituto no campo contratual em certos casos*. Concretamente, a indemnização pelo sacrifício opera no campo das *intervenções lícitas dos entes públicos em sentido amplo*, ou seja, a indemnização pelo sacrifício não resulta de uma conduta ilícita praticada por titulares de órgãos, funcionários ou agentes dos entes públicos, mas antes de um facto decorrente da prossecução do interesse público, que impõe, a coberto do ordenamento jurídico, consequências negativas na esfera jurídica dos particulares, muitas vezes desejadas pelos entes públicos (*atos ablativos*)⁵. Atendendo a este enquadramento, dir-se-ia que a indemnização pelo sacrifício se identifica com a tradicional responsabilidade por factos lícitos, prevista no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051⁶, todavia, como procuraremos demonstrar, tal afirmação não é correta. Existem pontos de contacto entre os dois institutos, nomeadamente pelo facto de na apreciação de ambos se dispensar o pressuposto da culpa da pessoa que tenha agido ao serviço do ente público, traduzindo assim *figuras indemnizatórias objetivas* dos entes públicos, por oposição à *responsabilidade subjetiva*, baseada no pressuposto da culpa, bem como pelo facto de a aplicação de ambos resultar de factos danosos dos entes públicos cuja prática é autorizada pelo ordenamento jurídico, porém, cremos existirem diferenças substanciais que justificam a distinção, o que não implica a inutilidade da constatação das semelhanças entre estes dois institutos; pelo contrário, o facto de o texto do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051 não mencionar em parte alguma o instituto da indemnização pelo sacrifício, sendo que o artigo 16.º do RRCEE, que substituiu aquele preceito, não se refere à responsabilidade por factos lícitos, leva-nos a afirmar que, em termos legislativos, a responsabilidade por factos lícitos constitui a fase anterior da evolução da problemática da indemnização pelo sacrifício.

⁴ Sobre estes conceitos, vejam-se os autores e obras citados na nota 3.

⁵ O nosso enquadramento não diverge da delimitação de José Joaquim Gomes Canotilho, in *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Almedina, Coimbra, 1974, págs. 18 e segs.

⁶ Sobre este preceito, v. Marcello Caetano, *Manual...*, cit., Tomo II, págs. 1238 e segs.

O facto de o sistema da legislação anterior assentar na distinção entre responsabilidade por factos ilícitos, responsabilidade pelo risco e responsabilidade por factos lícitos obriga-nos a procurar na problemática da responsabilidade dos entes públicos por factos lícitos as raízes da indemnização pelo sacrifício, de modo a constatarmos a evolução dos princípios e das conceções que regem a problemática em análise, atendendo aos dados da evolução verificada em alguns ordenamentos jurídicos da Europa. Será este o propósito da Parte I da presente dissertação. Seguir-se-á o enquadramento constitucional e determinação do fundamento da indemnização pelo sacrifício, de modo a apurarmos o regime constitucional da indemnização pelo sacrifício, e a determinação do seu âmbito de aplicação, pelo confronto com institutos afins, com recurso ao contributo da doutrina e jurisprudência, quer de Portugal, quer de outros países, na Parte II, o que nos permitirá formular um juízo definitivo sobre o preceito, em sede de Conclusões. Todavia, não poderemos descrever todo o regime do novo instituto, dado o limite de extensão a que se encontra vinculada a presente dissertação, pelo que restringiremos as nossas considerações ao seu âmbito, de longe a questão mais relevante e controversa, sem prejuízo de referências incidentais a esses traços.

Parte I

Evolução histórica da indemnização pelo sacrifício

Capítulo I

Origens históricas da indemnização pelo sacrifício

1. Antecedentes históricos da indemnização pelo sacrifício

1.1. Da Antiguidade às Revoluções Liberais

Como referimos na Introdução, devemos considerar a evolução da responsabilidade dos entes públicos por intervenções lícitas⁷. Esta responsabilidade resulta de factos praticados pelos entes públicos na sua prossecução do interesse geral, da qual poderá resultar o sacrifício de direitos ou interesses dos particulares. Estamos no campo das intervenções dos poderes públicos que, autorizadas pelo direito, sacrificam os direitos dos particulares às exigências do interesse público, dois interesses cuja ponderação constitui o cerne desta problemática⁸. Nesta perspetiva, considera-se como paradigma da responsabilidade por factos lícitos a *expropriação por utilidade pública*, que poderemos caracterizar como um ato dos poderes públicos que, sacrificando o direito de propriedade dos particulares, opera a sua transferência para outro sujeito, em

⁷ Seguiremos de perto Gomes Canotilho, *O problema da responsabilidade...*, cit., págs. 28 e segs., Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, págs. 47 e segs., e Fernando Alves Correia, *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*, Almedina, Coimbra, 1982, págs. 15 e segs. e E. García de Enterría e T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, 8.ª ed., CIVITAS, Madrid, 2002, págs. 209 e segs.

⁸ Neste sentido, v. José Carlos Vieira de Andrade, “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social”, in *RLJ*, Ano 140.º, N.º 3969, 2011, págs. 345 e segs., sobretudo págs. 351 e segs.

regra um ente público⁹. Na verdade, foi desde logo perante esta figura que se defrontaram a prossecução do interesse público, levada a cabo através dos vastos poderes de intervenção dos entes públicos, e os direitos dos particulares, ameaçados pelas intervenções lesivas dos entes públicos, que, consideradas lícitas, não lhes deixavam qualquer meio de defesa, o que, naturalmente levantou problemas.

Estas questões colocaram-se na Época Romana, embora o Direito Romano não chegasse a formular princípios sobre a atividade ablativa dos entes públicos, não havendo mais do que referências à expropriação, cujo tratamento não foi aprofundado, sendo esta figura quase desconhecida¹⁰.

O tema seria tratado com profundidade na Idade Média, sendo a expropriação reconduzida à figura da *auferre rei privati*, desenvolvida por Bártolo, que se referia a qualquer ablação de bens dos particulares por força da atividade dos poderes públicos, estabelecendo-se uma classificação tripartida desta figura, consoante ela resultasse do exercício do poder legislativo e do exercício do poder judicial, ou do exercício do poder administrativo, referindo-se à *concedendo rescriptum contra ius gentium*, sendo que foi neste último plano que se concebeu a expropriação, que era vista como um instituto baseado no direito natural ou no direito das gentes, único fundamento de qualquer limitação da autoridade soberana do príncipe, considerada na época praticamente ilimitada. Neste sentido, procurou-se fundamentar o poder expropriativo do monarca, considerando-o titular de um direito de propriedade sobre os bens dos súbditos, segundo Martinus, o que implicava o carácter ilimitado e incondicional do poder expropriativo, e considerando-o titular de um direito de jurisdição e de proteção sobre os bens dos súbditos, segundo Bulgarus, pelo que o poder expropriativo ficava subordinado à existência de uma justa causa. Foi a doutrina deste último jurista que acabou por prevalecer, embora a discussão se mantivesse, o que possibilitou a formulação de dois elementos essenciais do conceito de expropriação: a *causa publicae utilitatis* e o *justum praetium*. Surgia nesta época a ideia de que a expropriação dependia da existência de dois requisitos: um motivo de interesse público que a fundamentasse, e o pagamento de uma justa indemnização. Estas considerações eram estendidas por analogia a outras intervenções do poder público que implicassem o sacrifício legítimo dos direitos dos

⁹ Sobre o conceito de expropriação por utilidade pública, v. Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 131 e segs.

¹⁰ Para mais desenvolvimentos, v. Alves Correia, *As garantias...*, *cit.*, págs. 16-17.

particulares, estabelecendo-se uma primeira compreensão das intervenções lícitas dos entes públicos impositivas de sacrifícios dos direitos dos particulares¹¹.

Com o advento do Estado de Polícia, caracterizado pela centralização do poder no monarca, que passa a ser o único agente da realização do interesse público, assumindo vastos poderes de intervenção na esfera jurídica dos particulares para esse efeito, a posição dos particulares continua fragilizada. O monarca estatui o interesse público e executa as medidas necessárias à sua prossecução, inexistindo qualquer exigência jurídica que limite a sua intervenção e qualquer meio de fiscalizar a sua atividade. Porém, a doutrina procurava formular exigências limitativas da autoridade do soberano, defendendo a existência de leis divinas que implicavam que o soberano não poderia sacrificar os direitos dos particulares a não ser por razões de interesse público, e mediante o pagamento de uma indemnização. Assim, analisando a expropriação, Hugo Grócio encarou este instituto como um ato do poder público, fundamentando-a na oposição do *jus eminens* ao *jus vulgare*, duas faces do direito de propriedade, cabendo o primeiro ao poder público e ao segundo ao particular, para a realização dos seus interesses. O *jus eminens* sobrepunha-se ao *jus vulgare* em caso de conflito, ainda que o sacrifício deste só pudesse ocorrer por razões de interesse público e mediante o pagamento de justa indemnização. Formava-se uma doutrina influentíssima a respeito da posição dos particulares face a intervenções lícitas dos entes públicos, o que não impediu que se mantivesse a fragilidade da situação dos particulares perante a atividade ablativa do monarca, sendo fortíssima a limitação dos direitos patrimoniais privados. O estabelecimento da obrigação de indemnizar nesses casos resultava da doutrina dos *iura quaesita*, ou seja, de direitos subjetivos dos particulares anteriores ao Estado, que limitavam o exercício do *jus eminens*, porém, esta doutrina cedia perante a força da razão de Estado, fundamento único da atividade do monarca, e que resultava da sua própria vontade, o que implicava que mesmo quando fosse paga uma indemnização, a sua fixação era feita arbitrariamente, o que não deixava quaisquer garantias ao particular.

A existir qualquer responsabilidade, esta seria imputada aos funcionários que excedessem as suas competências, violando ilícita e culposamente os direitos dos

¹¹ V. Alves Correia, *As garantias...*, cit., págs. 17 e segs., Gomes Canotilho, *O problema da responsabilidade...*, cit., págs. 28 e segs., e E. García de Enterría e T. R. Fernández, *Curso...*, cit., Vol. II, pág. 210.

súbditos, como sucedeu na Alemanha, uma responsabilização que operava através de mecanismos de direito civil. O direito privado funciona como a «válvula de escape» face à inexistência de responsabilização dos entes públicos pelo direito público. Surgia o expediente do Fisco, uma pessoa privada que arcava com a responsabilidade pelos atos lesivos do Estado, e que podia ser demandada judicialmente. Foi este expediente que permitiu aos particulares demandar os entes públicos como se estes fossem entes privados e obter a indemnização devida. Esta conceção estender-se-ia a todos os atos ablativos do Estado, que passavam a ter uma natureza civilística, como sucedeu com a expropriação, que foi concebida como venda forçada.

Estas teorias espelham a ideia essencial desta época, ou seja, impera a máxima «*The king can do no wrong*», sendo, nas palavras de Gomes Canotilho «a irresponsabilidade estadual a regra e a responsabilidade a exceção»¹².

1.2. A Época Liberal

Na época das Revoluções Liberais, os ténues sinais da consagração da responsabilidade dos entes públicos por intervenções lícitas surgidos na época anterior foram recebidos pela legislação que concretizou os ideais revolucionários. Com efeito, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 afirmou no seu artigo 17.º o carácter inviolável e sagrado do direito de propriedade, acrescentando que este só poderia ser sacrificado pelos poderes públicos por motivos de necessidade pública e mediante o pagamento de justa indemnização. Tutelando a liberdade individual, a legislação revolucionária consolidou os princípios que se haviam formado ao longo dos tempos a respeito da responsabilidade dos entes públicos pela sua atividade ablativa, ainda que o seu objetivo fosse cortar com os resquícios do Antigo Regime. Esta consagração continuou com o diploma que sistematizou as conquistas revolucionárias a nível do direito privado: o Código de Napoleão de 1804, cujo artigo 545.º reafirma a inviolabilidade e o carácter absoluto do direito de propriedade. Todavia, a evolução no sentido do reconhecimento da responsabilidade dos entes públicos por intervenções

¹² V. *O problema da responsabilidade...*, *cit.*, pág. 39 e págs. 32 e segs., e Alves Correia, *As garantias...*, *cit.*, págs. 17 e segs., que seguimos de perto.

lícitas tardava em suceder. Os problemas da época anterior mantiveram-se em grande parte, embora com base em novos argumentos. Se na monarquia absoluta o Rei era a única autoridade com competência para definir o interesse público e restringir os direitos dos particulares quando a prossecução do bem público o exigisse, no Estado de Direito Liberal o único órgão competente para legislar em matéria dos direitos fundamentais dos cidadãos, que na altura se restringiam à liberdade e à propriedade, passou a ser o Parlamento, representante da vontade geral, na expressão de Rousseau, o que implicava que, a ser necessária qualquer ablação dos direitos dos particulares, ela seria levada a cabo pela lei, entendida como expressão infalível da vontade popular, pelo que era particularmente difícil aceitar a responsabilidade dos poderes públicos, cujos atos constituíam a expressão direta da vontade do povo¹³. Existindo estas dificuldades no campo da função legislativa, não eram menores as dificuldades no que respeita à responsabilidade dos entes públicos pelo exercício da função administrativa. Sendo a lei a expressão da vontade geral, passou a entender-se que o direito se resumia aos preceitos gerais e abstratos criados pelo Parlamento que versassem sobre a esfera jurídica dos particulares, consistindo a função administrativa na mera execução da lei, pelo que não se poderia imputar qualquer responsabilidade aos órgãos que se limitavam a executar a vontade popular. A afirmação da responsabilidade dos entes públicos enfrentava ainda outros obstáculos, resultantes da conceção de organização do Estado então adotada. Como é sabido, um dos princípios estruturantes do Estado de Direito Liberal consistia na ideia de *separação dos poderes*. Derrubada a monarquia absoluta, havia que estruturar o Estado de modo a assegurar a salvaguarda dos direitos individuais. Em França, esta estruturação seria feita de acordo com os princípios que Montesquieu formulara na obra *L'esprit des lois*, ainda que com alguns desvios. Ao formular o seu pensamento, este autor teve em atenção os «estados» que na época compunham a sociedade. Deste modo, concebeu a existência dos poderes legislativo, executivo e judicial, que se relacionariam de modo a que um poder contrabalançasse o outro, sendo que o poder judicial, exercido sobretudo por nobres, se deveria pautar pela imparcialidade, não interferindo no funcionamento dos outros poderes, sendo, portanto, uma «função neutra». Através de uma leitura algo diversa do pensamento exato deste

¹³ Em termos próximos, v. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral (Responsabilidade Civil Administrativa)*, Tomo III, Dom Quixote, Lisboa, 2008, págs. 16-17.

autor, os liberais estruturaram o Estado com base neste modelo, criando três organizações para o exercício dos três poderes, sendo conferido ao Parlamento, enquanto órgão titular do poder legislativo, um indiscutível predomínio face aos outros poderes, ao passo que o poder judicial passou a ser olhado com desconfiança, sendo entendido como mero reproduzidor do conteúdo das leis. Assim, seguindo à letra o pensamento de Montesquieu, entendiam os liberais que, conferir aos tribunais competência para conhecer da existência da responsabilidade dos entes públicos seria permitir uma subversão do princípio da separação de poderes, um entendimento que seria sustentado por algumas construções dogmáticas¹⁴. Existiam ainda obstáculos substanciais à consagração da responsabilidade dos entes públicos. Com efeito, a responsabilidade civil nesta época era concebida tendo em conta os ensinamentos do direito romano que, no campo do direito privado, consagrara a ilicitude do facto danoso e a culpa do agente como pressupostos da responsabilidade civil. Num entendimento restritivo, admitia-se apenas a responsabilidade aquiliana, abrangendo os casos de factos ilícitos e culposos. Em face da valorização destes dois pressupostos, excluía-se a responsabilidade do Estado por intervenções lícitas justamente porque sendo o Estado uma pessoa coletiva, seria impossível fazer recair sobre ele a censura ético-jurídica em que consiste a culpa, que se reporta por natureza às pessoas singulares. Para além desta razão considerava-se que sujeitar os entes públicos à responsabilidade indemnizatória seria incorrer numa grave contradição, dado que, sendo o Estado soberano, ou seja, exercendo um poder supremo na prossecução do bem comum, dificilmente se concebe o reconhecimento de uma sua obrigação jurídica perante os particulares, que levaria o Estado a ser demandado como qualquer particular. Por outro lado, a responsabilidade aquiliana dos funcionários e agentes do Estado defrontou-se com o estabelecimento da *garantia administrativa*, que fazia depender a efetivação da responsabilidade dos funcionários de uma autorização do superior hierárquico, o que dificultava ainda mais a afirmação da responsabilidade dos entes públicos por intervenções lícitas¹⁵. Esta negação da responsabilidade dos entes públicos não deixou também de ter suporte dogmático, nomeadamente através da teoria de *l'État-débiteur*, que mais não fazia do

¹⁴ V. Rogério Soares, *Direito Administrativo I*, policopiado, Universidade Católica, Porto, 1981, págs. 21 e segs., e Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado...*, *cit.*, pág. 75.

¹⁵ Note-se que este instituto se encontra revogado em França e expressamente proibido em Portugal pelo artigo 271.º, n.º 1, parte final da Constituição da República de 1976, que pôs fim à sua vigência, admitida à face da Constituição de 1933.

que afirmar que o reconhecimento da responsabilidade do Estado consistiria na admissão de um débito dos entes públicos, algo incompatível com a ideia de soberania¹⁶. Os entraves à afirmação da responsabilidade dos entes públicos que elencámos, em particular os de natureza substancial, resultam de um ponto de extrema importância: *a impossibilidade de transpor integralmente o modelo da responsabilidade civil do direito privado para o campo da responsabilidade pública*. Como veremos, embora sejam inegáveis os pontos de contacto entre estes dois tipos de responsabilidade, a sua lógica é distinta. A doutrina francesa do século XIX, excessivamente apegada à ideia de responsabilidade importada do direito romano, não poderia deixar de se recusar a aceitar a responsabilidade dos entes públicos por intervenções lícitas, o que representaria uma subversão do paradigma que se entendia ser a única forma possível de encarar a responsabilidade indemnizatória. Seria necessária uma forte mudança para modificar este entendimento. Todavia, nem por isso deixamos de encontrar manifestações dos primeiros sinais de uma ideia de responsabilidade dos entes públicos por intervenções lícitas. A este respeito destaca-se o exemplo da Prússia, na Introdução ao Código Geral de 1794, cujos §§ 74 e 75, previam, respetivamente, a subordinação dos direitos e privilégios particulares às exigências do bem comum, e a obrigação de indemnização do Estado pelo sacrifício desses bens ou privilégios. Estas disposições, que visavam em primeira linha a tutela do direito de propriedade, permitiram a formação de um princípio jurídico importantíssimo no direito alemão, e que mais tarde influenciaria o direito português: o *princípio da compensação por sacrifícios especiais*, (*Aufopferung*, na expressão alemã), o que permitiu à doutrina formular um instituto aplicável a numerosas hipóteses de sacrifício de direitos dos particulares resultantes de intervenções lícitas do Estado. Para estabelecer com precisão o âmbito de aplicação deste novo instituto jurídico, ganhou força outro princípio fundamental: o *princípio da igualdade na contribuição para os encargos públicos*, que implicava que apenas seriam reconduzidas ao campo da compensação por sacrifício os encargos que, não sendo repartidos igualmente pelos membros da coletividade, colocassem alguns cidadãos numa posição mais gravosa face à maioria da coletividade, o que excluía, naturalmente, os encargos que recaíssem de um modo geral sobre todos os cidadãos. A partir deste fundamento formulou-se um dos mais importantes

¹⁶ Sobre estes obstáculos, v. Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado...*, cit., págs. 56 e segs., e Gomes Canotilho, *O problema da responsabilidade...*, cit., págs. 39 e segs.

pressupostos da indenização pelo sacrifício, que ainda hoje perdura, a ideia da *especialidade e anormalidade* do prejuízo resultante da intervenção dos entes públicos, que delimita assim os danos indenizáveis por meio daquele instituto. Entre nós, esta ideia foi acolhida pelo Decreto-Lei n.º 48 051 e pelo RRCEE.

Estes princípios serão os elementos fundamentais do sistema de responsabilidade indenizatória de muitos países nas épocas seguintes. Em particular no direito alemão, destaca-se outra consequência da afirmação dos princípios que vimos de enunciar. A doutrina da *Aufopferung* confrontou-se em primeiro lugar com casos de expropriação por utilidade pública, ou seja, casos de ablação do direito de propriedade dos particulares pelos entes públicos que implicavam a transferência do direito de propriedade para o beneficiário da expropriação, o que levou à formulação de traços específicos deste instituto, afirmando-se por um lado a necessidade da existência de um regime especial que legitime o sacrifício de direitos patrimoniais privados e por outro lado a exigência de autorização legal para a ablação de direitos patrimoniais privados. A partir destas especificidades desenvolve-se o instituto da expropriação, que começa a adquirir uma lógica distinta da responsabilidade dos entes públicos por intervenções lícitas, uma ideia acolhida ainda hoje pelo direito alemão, pelo direito italiano e pelo direito espanhol, e que se reveste da maior relevância a propósito do campo de aplicação da indenização pelo sacrifício, sendo controversa a relação da expropriação com a responsabilidade indenizatória dos poderes públicos e com a indenização pelo sacrifício.

Porém, estas manifestações mais não eram do que exceções que confirmavam a regra. Se no que respeita ao instituto da expropriação, ainda é possível descortinar alguns sinais de reconhecimento, provenientes de épocas anteriores¹⁷, a afirmação da responsabilidade do Estado por intervenções lícitas tardava em ser uma realidade. O dogma da culpa parecia constituir um obstáculo intransponível ao reconhecimento de tal responsabilidade. Todavia, o aumento exponencial de intervenções lícitas lesivas dos entes públicos veio colocar a doutrina e a jurisprudência, sobretudo em França, perante o grave problema de encontrar uma forma de ressarcir os particulares dos prejuízos causados por essas intervenções, dado que face à afirmação do dogma da culpa, a responsabilidade acabava por recair sobre o funcionário que atuara culposamente, e não

¹⁷ É a opinião de Maria Lúcia Amaral, no que respeita ao caso alemão, v. *Responsabilidade do Estado...*, *cit.*, págs. 54 e segs.

sobre o ente público que atuava através dele, o que deixava os particulares à mercê do património do funcionário, que poderia ser insuficiente para operar um ressarcimento eficaz. Havia que encontrar novos meios de responsabilização dos entes públicos. A primeira resposta foi aplicar aos entes públicos o modelo da responsabilidade do comitente pelos atos praticados pelo comissário do direito civil, aplicando-se assim aos entes públicos, por analogia, uma hipótese de responsabilidade objetiva, ou seja, que prescindia da exigência da culpa, segundo a ideia de que quem recebe os ganhos da atuação de alguém sob a sua direção, devia também suportar os custos resultantes dessa atuação, ainda que também se pudesse conceber esta responsabilidade como uma responsabilidade por culpa presumida, nomeadamente pela *culpa in eligendo* ou pela *culpa in vigilando*. Esta resposta em breve revelar-se-ia insuficiente, face à constante reafirmação do dogma da culpa, impondo a restrição da responsabilidade às hipóteses de atuações ilícitas e culposas, e, mesmo aí, recaindo a responsabilidade apenas sobre o funcionário ou agente que excedesse as suas funções, afirmando-se apenas que, quando os entes públicos atuassem sob a égide do direito privado, responderiam como qualquer particular, nos termos do direito civil¹⁸. Tornava-se necessária uma rotura conceitual, que pauta a fase mais recente da evolução desta problemática.

¹⁸ Esta ideia vigora ainda hoje em Portugal quanto à responsabilidade dos entes públicos por atos de gestão privada, embora o Regime aprovado pela Lei n.º 67/2007 não faça qualquer distinção entre atos de gestão pública e atos de gestão privada, levantando dúvidas sobre a sua manutenção. Sobre esta questão, v. Vieira de Andrade, “A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos”, in *RLJ*, Ano 137.º, N.º 3951, 2008, págs. 360 e segs., sobretudo pág. 360, Freitas do Amaral, *Curso... cit.*, Vol. II, págs. 709-710, e Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Responsabilidade... cit.*, pág. 17, com entendimentos diversos.

2. A consagração da responsabilidade indenizatória do Estado e o tratamento moderno da indemnização pelo sacrifício

2.1. O sistema jurisprudencial do direito francês

Em face das dificuldades referidas no ponto anterior, tornava-se incontornável a necessidade de pensar a responsabilidade dos entes públicos com base num modelo de direito público, e não com base no paradigma civilístico. A doutrina e a jurisprudência desempenharam um papel essencial na formação da nova conceção, nem sempre com o auxílio da legislação. Inexistindo normas que regulassem a responsabilidade indenizatória dos poderes públicos e sendo difícil determinar o tribunal competente para apreciar ações de responsabilidade, a jurisprudência viu-se obrigada a encontrar novas soluções. Paradigmático a este respeito foi o *arrêt Blanco*, proferido pelo *Tribunal de Conflitos* no dia 1 de Fevereiro de 1873, que afirmou inequivocamente que a responsabilidade indenizatória dos poderes públicos não poderia reger-se pelos princípios do direito civil, pensados para as relações paritárias entre particulares, obedecendo antes a princípios próprios, cujo objetivo seria conciliar as exigências do interesse público com os direitos dos particulares, acrescentando que o julgamento dos litígios respeitantes à responsabilidade dos poderes públicos não poderia deixar de ser da competência dos tribunais administrativos, enquanto verdadeiros tribunais comuns em matéria administrativa. A leitura destas conclusões demonstra o enorme relevo desta decisão. Num único aresto, um tribunal reconheceu a especificidade da responsabilidade indenizatória dos poderes públicos, rompendo com os dogmas civilísticos, identificou o seu fundamento específico, e determinou os tribunais competentes para a sua apreciação. Estavam lançadas as bases de um sistema de responsabilidade dos poderes públicos de natureza verdadeiramente jurídico-pública, cujos princípios ainda hoje vigoram em França. Esta decisão inaugurou uma fortíssima corrente jurisprudencial que derrubou por completo os obstáculos que impediam o reconhecimento da responsabilidade dos entes públicos. Ainda em 1873, no *arrêt Pelletier*, o *Conseil d'État* ultrapassou o dogma da culpa do funcionário e a consequente tendência para a sua responsabilização exclusiva. Em 1905, o *arrêt Thomason-Greco* deitava por terra a

distinção entre atos de gestão e atos de soberania, um dos alicerces dogmáticos que justificara a aplicação analógica do regime da responsabilidade do comitente aos entes públicos, e que os isentava de qualquer responsabilidade por atos praticados no exercício de prerrogativas de direito público, com base no entendimento de que soberania e responsabilidade são ideias incompatíveis. Em 1911, o *arrêt Anguet* admitia claramente a responsabilidade dos entes públicos por factos ilícitos e culposos dos seus funcionários e agentes. Este direito de formação jurisprudencial levou à formulação de conceitos e de princípios respeitantes à responsabilidade dos entes públicos que perduraram, e que serão da maior utilidade na consideração do problema que nos ocupa.¹⁹ É particularmente relevante o trabalho da jurisprudência francesa no que respeita ao enquadramento conceitual dos pressupostos da responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos e das suas várias hipóteses. Desde logo, foi estabelecida a distinção entre *faute personnelle*, que se referia aos casos em que o funcionário público atuara ilícita e culposamente, excedendo os limites das suas funções, de modo a que não se podia imputar a sua atuação ao ente público, e *faute de service*, que se referia aos casos em que o funcionário praticara o facto ilícito e culposo no exercício das suas funções, pelo que a sua atividade se enquadraria no serviço público, sendo, por conseguinte imputável ao ente público em causa. Trata-se de uma distinção que assenta ainda na ideia de culpa, ao contrário de outras categorizações efetuadas pela jurisprudência. Neste campo, destaca-se o conceito de *faute du service*, pensado para responder a situações em que é impossível individualizar o funcionário que praticara o facto danoso, ainda que o prejuízo resultasse do funcionamento de serviços públicos, o que implica que a responsabilidade recaia exclusivamente sobre os entes públicos, funcionando independentemente de quaisquer considerações a respeito da culpa do funcionário. Trata-se de uma inovação que é hoje acolhida pelo direito português, no artigo 7.º, n.º 3 e n.º 4, do RRCEE, que consagra a responsabilidade dos entes públicos em caso de funcionamento anormal do serviço²⁰, regulando justamente, as hipóteses em que é impossível identificar o funcionário que praticou o facto lesivo.

¹⁹ Sobre a evolução jurisprudencial em França, v. Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado...*, *cit.*, págs. 62 e segs., Gomes Canotilho, *O problema da responsabilidade...*, *cit.*, págs. 54-55, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Responsabilidade...* *cit.*, págs. 13-14, que seguimos de muito perto, e René Chapus, *Droit Administratif Général*, Tomo I, 12.ª edição, Montchrestien, Paris, 1998, págs. 1129 e segs., que refere como resultado desta evolução a formação do *princípio da autonomia da responsabilidade pública*.

²⁰ Neste sentido, v. Freitas do Amaral, *Curso...* *cit.*, Vol. II, págs. 736-737.

Saindo do campo da tradicional *responsabilité pour faute*, devida a atuação ilícita e culposa os funcionários e agentes dos entes públicos, interessam-nos os conceitos de *responsabilité pour risque* e de *responsabilité sans faute*, que assumem grande relevância na problemática que nos ocupa. Ambos os conceitos se traduzem em modalidades de responsabilidade objetiva dos entes públicos, ou seja, abstraem do requisito da culpa do funcionário, sendo claramente distintos da responsabilidade aquiliana. Porém, ao passo que a *responsabilité pour risque* assenta na existência de um prejuízo anormal e especial causado ao particular por atividades perigosas da administração, a *responsabilité sans faute*, assentando também na existência de um prejuízo especial e anormal, distancia-se ainda mais da responsabilidade aquiliana, pois prescinde da averiguação da culpa do funcionário e, mais claramente do que a *responsabilité pour risque*, da ilicitude do facto, resultando da imposição intencional de um sacrifício especial ou anormal ao particular por parte dos entes públicos, da qual emerge a obrigação de ressarcir o particular dos prejuízos causados. Com a formulação deste conceito, foi reconhecida pela jurisprudência a responsabilidade dos entes públicos por intervenções lícitas, através da formulação de princípios próprios do direito público, com reflexos nos futuros sistemas de responsabilidade indemnizatória²¹. Operara-se uma rotura face ao paradigma anterior, ainda que se considerassem as modalidades de responsabilidade objetiva como subsidiárias face à responsabilidade aquiliana, considerada de longe a hipótese mais importante e frequente de responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos, o que não retira importância ao grau de dignidade que foi reconhecido à responsabilidade objetiva dos entes públicos, e em particular à responsabilidade por intervenções lícitas. Esta evolução pudera contar com apoios autorizados na doutrina, com vozes do gabarito de Hauriou e Duguit, destacando-se algumas ideias deste último autor, paradigmáticas quanto ao afastamento dos dogmas antigos. Encarando a responsabilidade do Estado numa perspectiva realista, Duguit rompeu com a ideia de que soberania e responsabilidade são conceitos inconciliáveis, considerando a primeira como um mero conceito metafísico, sem apoio na realidade, derrubando mais um obstáculo à afirmação da responsabilidade do Estado. Defendendo, na esteira do positivismo sociológico, o apego do direito aos factos,

²¹ V. Georges Dupis, Marie-José Guédon e Patrice Chrétien, *Droit Administratif*, 12.^a ed. Sirey, Paris, 2011, págs. 611 e segs., e Charles Debbasch e Frédéric Colin, *Droit Administratif*, 10.^a ed., ÉCONOMICA, Paris, 2011, págs. 461 e segs., que analisam a *responsabilité pour risque* e a *responsabilité sans faute*, em termos próximos das concepções da jurisprudência do *Conseil d'État*.

Duguit encarou as leis como resultados da realidade, e não como expressão infalível da vontade geral, o que lhe permitiu substituir o conceito de soberania pelo conceito de serviço público, que dotava as novas conceções da jurisprudência sobre a responsabilidade dos entes públicos de novos alicerces dogmáticos. Aplicado no campo da responsabilidade indemnizatória, o conceito de serviço público legitimava as hipóteses de responsabilidade objetiva, desvalorizando o modelo tradicional da responsabilidade aquiliana, e encarando a responsabilidade como resultando única e exclusivamente do dano causado aos particulares pelo funcionamento dos serviços públicos. Nesta perspetiva, a responsabilidade passa a obedecer a um esquema de «segurança social», assentando numa ideia de solidariedade, que impõe a reposição de qualquer prejuízo causado aos particulares, garantindo a tutela dos seus direitos, em particular do seu património²².

Esta tese, alicerçando dogmaticamente as novas orientações jurisprudenciais, permitiu a reconstrução da responsabilidade do Estado por intervenções lícitas. Resultando a responsabilidade dos entes públicos do mero funcionamento dos serviços públicos, o fundamento de tal responsabilidade residirá na igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, exigida pelo artigo 13.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. O reconhecimento de tal fundamento simplificava imensamente a aceitação da responsabilidade pública. Assentando esta na igualdade perante os encargos públicos, tornava-se fácil admitir que sempre que tal igualdade fosse rompida por razões de interesse geral, estaríamos perante uma hipótese de responsabilidade dos entes públicos. Esta ideia ganhou tal importância que chegou a ser encarada considerada o fundamento de toda a responsabilidade pública no direito francês, perdurando este entendimento ainda hoje para alguns autores, defensores da doutrina tradicional. No entanto, a aplicação deste princípio a numerosas situações permitiu que o seu campo de aplicação fosse recortado de modo rigoroso, sendo formulada uma nova modalidade de responsabilidade dos entes públicos: a *responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques*, fundada na violação direta da igualdade perante os encargos públicos causada por intervenções lícitas e intencionalmente danosas dos entes públicos. Esta nova modalidade de responsabilidade é considerada uma hipótese de *responsabilité*

²² Sobre esta doutrina v. Gomes Canotilho, *O problema da responsabilidade...*, cit., págs. 57-58, Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado...*, cit., págs. 75 e segs., e Rui Medeiros, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos Legislativos*, Almedina, Coimbra, 1992, págs. 26 e segs.

sans faute em sentido amplo, à semelhança da *responsabilité pour risque*, devido ao facto de ambas constituírem casos de responsabilidade objetiva dos entes públicos²³. A responsabilidade dos entes públicos por intervenções lícitas ganhava novo recorte dogmático e um campo de aplicação bastante vasto. Na jurisprudência do *Conseil d'État*, a *responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques* permite fundamentar a responsabilidade dos entes públicos por danos causados por obras públicas que prejudiquem o exercício da atividade de comerciantes com estabelecimentos localizados na zona das obras, bem como a responsabilidade resultante dos danos causados pelo funcionamento de cláusulas legítimas de inexecução de sentenças de tribunais, ou ainda a responsabilidade resultante da aplicação de normas regulamentares²⁴. O funcionamento desta modalidade de responsabilidade foi subordinado a pressupostos claros, já anteriormente formulados pela jurisprudência: a *especialidade* e a *anormalidade* do prejuízo causado, exigindo a primeira que o dano atinja apenas um determinado conjunto de membros da coletividade, e a segunda que o prejuízo exceda os custos normais da vida em sociedade, o que implica que o particular não deverá suportar os danos. Tais exigências são limitativas por natureza, tendo sido concebidas atendendo ao interesse público prosseguido pelas intervenções dos entes públicos e à sustentabilidade financeira dos cofres públicos, que seria comprometida, no entendimento da doutrina, se o Estado tivesse de compensar os particulares, por exemplo, por cada medida de intervenção económica tomada.

O carácter limitativo destes pressupostos é inequívoco no campo da função legislativa, uma vez que nesses casos o prejuízo é causado por uma norma geral, o que por si só dificulta a prova do pressuposto da especialidade do prejuízo. Tal é claro se considerarmos a aplicação do novo princípio aos danos causados no exercício da função legislativa com a admissão da célebre *responsabilité du fait des lois*, que resultaria da violação do princípio da igualdade perante os encargos públicos operada por lei. Esta responsabilidade resultaria de sacrifícios impostos aos particulares por uma lei válida, nomeadamente face à Constituição. No entanto, a entrada em campo desta

²³ Para uma exposição destas categorias no direito francês vigente v., entre outros, Georges Dupis *et alii*, *Droit Administratif*, *cit.*, págs. 611 e segs., C. Debbasch e F. Colin, *Droit Administratif*, *cit.*, págs. 461 e segs., e Roberto Caranta, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione, Sistemi e Techinche*, Giuffrè Editore, Milano, 1993, págs. 214 e segs.

²⁴ Elencando mais exemplos, C. Debbasch e F. Colin, *Droit Administratif*, *cit.*, págs. 466 e segs., e Louis de Gastines, “La responsabilité extracontractuelle des personnes morales publiques”, in *Revue du Droit Public*, Tomo 108, 1992, págs. 135-169, sobretudo 162 e segs.

responsabilidade depende em grande parte da vontade do próprio legislador, ou seja, do autor do facto danoso, que poderá admitir ou excluir a sua responsabilidade através da introdução de uma disposição que regule esse ponto, pelo que cabe à jurisprudência interpretar os preceitos de cada diploma e averiguar se eles admitem ou excluem a responsabilidade do legislador. Por outro lado, esta modalidade de responsabilidade está limitada por pressupostos exigentes. Para além dos pressupostos da especialidade e anormalidade do prejuízo, a *responsabilité du fait des lois* não poderá operar se os prejuízos não forem claramente graves, ou se a lei consagrar regimes deliberadamente discriminatórios, visando objetivos específicos e tutelando certos interesses, dado que tais regimes são por natureza estranhos a qualquer ideia de igualdade perante os encargos públicos. O mesmo se verifica se a lei satisfizer interesses gerais, como a saúde, a defesa nacional ou a economia. Estas exigências tornam a responsabilidade do legislador por intervenções lícitas danosas limitada no direito francês, embora a jurisprudência a tenha procurado admitir de forma mais ampla, nomeadamente, na esteira do *arrêt La Fleurette* de 1938 e do *arrêt Cie radioélectrique*, de 1966, proferidos pelo *Conseil d'État*, ainda hoje *leading cases* nesta matéria, que consagraram o entendimento de que o silêncio do legislador não exclui a responsabilidade, antes poderá valer como um reconhecimento tácito da mesma²⁵.

Este novo modo de encarar a responsabilidade dos entes públicos por intervenções lícitas teve uma consequência importantíssima no que respeita ao campo de aplicação que se reconheceu a este instituto. Radicando a responsabilidade dos entes públicos por intervenções lícitas na ideia de igualdade na repartição dos encargos públicos, uma ideia esteve sempre ligada ao instituto da expropriação, nas primeiras fases da evolução da problemática em análise, a doutrina passou a considerar o instituto da expropriação o paradigma da responsabilidade do Estado por factos lícitos, ou seja, a expropriação seria um caso de responsabilidade do Estado por factos lícitos, por constituir o campo de aplicação natural do princípio da ideia de igualdade perante os encargos públicos, e por se tratar da hipótese mais frequente de prejuízos causados intencional e lícitamente pelos entes públicos a coberto da legalidade, não havendo qualquer distinção a fazer entre os dois institutos²⁶. Trata-se de uma ideia que ainda hoje

²⁵ Sobre este instituto, v. René Chapus, *Droit Administratif Général, cit.*, T. I, págs. 1261 e segs., e C. Debbasch e F. Colin, *Droit Administratif, cit.*, págs. 491 e segs., que seguimos de perto.

²⁶ V. Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado..., cit.*, págs. 83 e segs..

influencia um pouco o direito francês, pese embora a doutrina trate cada vez mais separadamente os dois institutos, motivada em particular pela diversidade de regimes legais, e não tanto pelo estabelecimento de qualquer distinção entre responsabilidade e expropriação²⁷. Esta ideia influenciou outros ordenamentos jurídicos, entre os quais Portugal, e ser-nos-á útil adiante, quando considerarmos o âmbito de aplicação da indemnização pelo sacrifício.

As ideias que referimos exprimem em grande parte o estado atual da problemática que nos ocupa no direito francês, que, em matéria de responsabilidade dos entes públicos por intervenções lícitas continua a ser um direito de base jurisprudencial.

2.2. O sistema de responsabilidade indemnizatória do direito alemão

Consideremos a evolução desta problemática no direito alemão. Já tivemos ocasião de apreciar a influência dos §§ 74 e 75 da Introdução do Código Prussiano na formação do princípio da *Aufopferung*, pensado para acorrer a hipóteses de sacrifício de direitos dos particulares impostos licitamente por entes públicos. Esta influência de princípios provenientes de épocas anteriores caracterizaria toda a evolução do direito alemão nesta matéria. Durante o século XIX, o direito alemão admitia apenas a figura da *Entschädigung*, entendida como a indemnização devida aos particulares por sacrifícios graves e especiais por intervenções dos entes públicos por razões de interesse público, enfrentando o ordenamento jurídico alemão os mesmos obstáculos que se opuseram ao reconhecimento da responsabilidade indemnizatória dos entes públicos por intervenções lícitas em França. Inicialmente estes obstáculos foram contornados, como sucedeu em França, através da aplicação por analogia do regime da responsabilidade do comitente às hipóteses em que se entendia que os entes públicos não podiam deixar de responder pelos prejuízos causados aos particulares, todavia, este caminho em breve se

²⁷ V., p. ex., René Chapus, *Droit Administratif Général*, T. II, 10.^a ed., Montchrestien, Paris, 1997, págs. 641 e segs., que trata separadamente os institutos da responsabilidade por factos lícitos e da expropriação e qualifica este último como o caso típico de imposição de uma prestação aos particulares por razões de interesse público, o que aproxima a posição deste autor da doutrina tradicional. V. ainda Yves Gaudemet, *Droit Administratif*, 18.^a ed., Librairie Générale du Droit, Paris, 2005, págs. 417 e segs.

revelou insuficiente. A doutrina alemã não tardou em considerar que o Estado devia responder diretamente perante os particulares pelos prejuízos que lhes causasse a atuação dos seus funcionários ou titulares de órgãos. A influência da teoria do Fisco contribuía também para que não se pusesse nenhum obstáculo ao reconhecimento da responsabilidade dos entes públicos, dado que esta teoria contrariava a qualquer ideia de que soberania e responsabilidade eram ideias incompatíveis. A Alemanha caminhou rapidamente para a consagração legislativa do instituto da responsabilidade do Estado. Pese embora o § 839 do Código Civil Alemão de 1900, que permanece em vigor, apenas previsse a responsabilidade dos funcionários por prejuízos causados, o legislador alemão não tardaria em regular tal instituto. Em 1909 a Prússia regulou legislativamente a responsabilidade do Estado por factos ilícitos e culposos dos seus funcionários, e em 1910, uma lei do Império admitia a responsabilidade do Estado pelos factos ilícitos dos seus funcionários, com pressupostos idênticos aos constantes do Código Civil. Em 1919, o artigo 131.º da Constituição de Weimar estabeleceu a responsabilidade dos entes públicos resultante da violação de deveres perante terceiros praticada por funcionários no exercício das suas funções, salvaguardando ainda a existência do direito de regresso do ente público contra o funcionário e remetendo a regulação dos demais aspetos deste instituto para a lei ordinária. Na mesma linha, no direito constitucional alemão vigente, o artigo 34.º da *Grundgesetz* de 1949, inserido na Parte II do referido diploma, que se refere à Federação Alemã e aos *Länder*, prevê a responsabilidade do Estado e demais entidades públicas no caso de atos praticados por funcionários e agentes no exercício das suas funções em violação de deveres funcionais perante terceiros, salvaguardando o direito de regresso caso o funcionário ou agente tenha agido com dolo ou culpa grave. Da mera enumeração destes factos resultam claras as diferenças da evolução do direito alemão em relação ao caso francês. Ao contrário do direito francês, o legislador alemão foi o obreiro da consagração da responsabilidade dos entes públicos, sem que ocorresse uma rotura operada pela jurisprudência, antes um reconhecimento legislativo de princípios que já vinham sendo afirmados, ainda que a doutrina não deixasse de criticar a ausência de responsabilidade dos entes públicos e pugnassem pela sua consagração. Esta evolução teria importantes consequências quanto ao tratamento dogmático das hipóteses de responsabilidade dos entes públicos por intervenções lícitas.

Se em França a *responsabilité sans faute* em sentido estrito, e depois a *responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques* constituíram os institutos agregadores de todos os casos de ressarcimento dos prejuízos causados por intervenções lícitas dos entes públicos, na Alemanha, a influência dos velhos princípios da igualdade perante os encargos públicos e do respeito pelos *iura quaesita* dos particulares levaram a que nascesse uma pluralidade de institutos respeitantes às situações de responsabilidade indemnizatória dos entes públicos por intervenções lícitas. E as razões da existência desta pluralidade de institutos são claras. Se atendermos ao artigo 34.º da *Grundgesetz*, constataremos que nele se reconhece apenas a responsabilidade civil extracontratual dos entes públicos por factos ilícitos e culposos praticados pelos seus funcionários no exercício das suas funções. A expressão «violação de deveres de função» constante deste artigo é clara nesse sentido. Assim, se entendermos, na esteira da doutrina maioritária, que este preceito não se refere a outros deveres de indemnização do Estado, teremos de concluir que, pese embora este preceito, como já sucedera com o artigo 131.º da Constituição de Weimar, dissipe quaisquer dúvidas a respeito do reconhecimento da responsabilidade dos entes públicos pelos factos ilícitos dos seus funcionários levantadas pelo § 839 do Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*, na designação abreviada, *BGB*), o mesmo nada adianta a respeito da responsabilidade indemnizatória dos entes públicos por intervenções lícitas. A própria regulação da responsabilidade dos entes públicos pela violação de deveres funcionais praticada pelos seus funcionários constante do referido preceito é incompleta, tornando-se necessário complementar o artigo 34.º da *Grundgesetz* com o § 839 do *BGB*²⁸, pelo que os princípios reguladores da problemática em análise constarão de outros preceitos. A doutrina alemã encontra tendencialmente o fundamento da responsabilidade dos entes públicos por intervenções lícitas no princípio da compensação do sacrifício ou *Aufopferung*, constante do Código Geral Prussiano. O reconhecimento deste princípio resulta atualmente de várias normas da *Grundgesetz*, respeitantes à garantia constitucional do património dos particulares. Efetivamente, o artigo 14.º da *Grundgesetz*, na sequência do artigo 153.º da Constituição de Weimar, consagra no seu n.º 1 a garantia do direito de propriedade, estabelecendo o n.º 3 que a

²⁸ Para uma análise do artigo 34.º da *Grundgesetz*, v., entre nós, Margarida Cortez, *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Studia Iuridica, 52, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, págs. 198 e segs., e Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado...*, *cit.*, págs. 100-101 e 110 e segs.

expropriação só pode ter lugar por razões de interesse público, sendo determinada pela lei ou com base numa lei que fixe a medida da indemnização, que deve ser determinada ponderando as exigências do interesse público e os direitos dos particulares, consagrando assim a obrigação constitucional de previsão de indemnização por parte das leis expropriativas (*Junktim klausel* ou *cláusula indemnizatória conjunta*.) Todavia, o referido preceito apenas prevê a indemnização num caso específico de sacrifício dos direitos dos particulares, o direito de propriedade. Assim, coube à doutrina o papel de interpretar tais preceitos de modo a incluir no seu campo de aplicação o sacrifício de outros direitos. Tal interpretação começou a ser feita na vigência da Constituição de Weimar, no seguimento da doutrina de Wolff, que defendeu a aplicação de um conceito constitucional de propriedade mais amplo do que o conceito civilístico, aplicando a garantia constitucional a todos os direitos patrimoniais dos particulares, de modo a que estes ficassem salvaguardados de qualquer ato dos entes públicos que impusesse o seu sacrifício arbitrariamente, garantindo a Constituição não só os direitos patrimoniais dos particulares, como também o próprio conteúdo do direito de propriedade privada. Não desenvolveremos a argumentação que apoiou esta doutrina, que nos distanciaria do problema que nos ocupa²⁹. Diremos apenas que a doutrina de Wolff obteve completa aceitação, sendo consagrada no conceito alargado de propriedade (*Erweiterter Eigentumsbegriff*), assegurando fundamento constitucional à defesa de todos os direitos patrimoniais dos particulares perante qualquer ablação arbitrariamente imposta pelos entes públicos. Esta doutrina continua a ser seguida na vigência da *Grundgesetz*, resultando dela a afirmação de um conceito alargado de expropriação ou *Erweiterter Enteignungsbegriff*, que, em suma, permitia a aplicação do regime da expropriação do direito de propriedade a qualquer ato que sacrificasse direitos patrimoniais privados. No fundo, cuidava-se de aplicar a todos os direitos patrimoniais a garantia que vigorava no campo do direito de propriedade, estendendo assim a ideia ampla de propriedade ao campo da expropriação. Esta noção veio a ter um enorme êxito, não só porque criava um modo adequado de tutela do património privado, conferindo força jurídica ao preceito constitucional que se considerava assegurar a garantia do património privado, como também porque fornecia uma solução jurídica adequada aos casos cada vez mais frequentes de ablação lícita dos direitos patrimoniais dos particulares por atos dos entes

²⁹ Para mais desenvolvimentos, v. Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado...*, *cit.*, págs. 110 e segs., e Rui Medeiros, *Ensaio... cit.*, págs. 38 e segs., que seguimos de perto.

públicos, que não estavam cobertos pela responsabilidade civil dos entes públicos por factos ilícitos e culposos dos funcionários e agentes (*Amtshaftung*), prevista atualmente no artigo 34.º da *Grundgesetz*. Assim, o reconhecimento da responsabilidade dos entes públicos por intervenções lícitas operou-se na Alemanha por via da reafirmação de princípios antigos e pela interpretação de normas existentes, resultando num tratamento dogmático claramente distinto do direito francês, partindo-se do conceito de expropriação para se afirmar a existência da responsabilidade dos entes públicos por intervenções lícitas, culminando no reconhecimento do dever de compensação do sacrifício especial e anormal dos direitos dos particulares, imposto pelos entes públicos por razões de interesse geral (*Enteignungsanspruch*). Porém, a base dos novos institutos continuou a ser o *Aufopferung*, enquanto fundamento de todas as obrigações de compensação de sacrifícios legitimamente impostos aos particulares pelos entes públicos, ainda que se discuta a fonte deste princípio³⁰. Mas a expropriação (*Enteignung*) e o alargamento do seu campo de aplicação apenas cobriam as hipóteses de sacrifício de direitos patrimoniais, deixando de fora os direitos pessoais. Para integrar esta lacuna, o fundamento encontrado foi de novo o *Aufopferung*, nascendo o *Aufopferungsanspruch*, ou princípio da indemnização por sacrifício de direitos pessoais. Assim, foi contraposta a indemnização por expropriação à indemnização pelo sacrifício de direitos de índole não patrimonial, abrangendo esta última sobretudo os casos de danos causados à saúde ou ao corpo, com base na jurisprudência e em legislação especial, referente, por exemplo a vacinações ou a ações das forças de segurança em estado de emergência. O campo de aplicação do novo instituto foi rigorosamente delimitado com base na ideia de igualdade perante os encargos públicos, dependendo a sua aplicação da existência de um sacrifício especial, que exceda a contribuição normal dos outros membros da coletividade, não sendo indemnizáveis os sacrifícios resultantes de riscos gerais da vida em sociedade³¹. O âmbito de aplicação da *Enteignung* e do *Aufopferung* é ainda alargado aos casos em que, ainda que não seja intenção dos entes públicos impor sacrifícios aos particulares, a sua intervenção lícita acaba por ter como

³⁰ Sobre esta discussão, v. Ulrich Karpen, “L’esperienza della Germania”, in *La responsabilità pubblica nell’esperienza giuridica europea*, direção de Domenico Sorace, Il Mulino, Bologna, 1994, págs. 121 e segs., sobretudo 144 e segs., seguindo a opinião de F. Ossenbühl, *caput scholae* da conceção de responsabilidade indemnizatória ainda hoje predominante na Alemanha.

³¹ Sobre o *Aufopferungsanspruch* v. Ulrich Karpen, *ob. e loc. cit.*, na nota 30, págs. 144 e segs.

efeito direto o sacrifício dos direitos dos particulares. Este alargamento é justificado pela analogia existente entre as duas situações, faltando a estes casos apenas o requisito da intenção ablativa dos entes públicos. Surgem assim os conceitos de intervenção expropriatória e intervenção impositiva de sacrifício (*enteignender Eingriff* e *aufopfernder Eingriff*), que exprimem, respetivamente, para a expropriação e para a imposição de sacrifício, a obrigação de ressarcimento dos prejuízos causados aos particulares por intervenções ordenadas pelos entes públicos das quais derivem efeitos danosos diretos, ainda que a imposição de sacrifícios não seja pretendida pelos entes públicos. Seria o caso, por exemplo, dos danos causados a uma empresa pelos trabalhos de construção de uma estrada. Nesse caso é óbvia a falta de intenção ablativa dos entes públicos, que poderão até ter procurado tomar todas as precauções para evitar a produção de danos, o que não impede que se reconheça o direito dos particulares a serem ressarcidos dos prejuízos causados, com base na analogia existente entre esta situação e a expropriação, recorrendo-se para este efeito ao artigo 14.º, n.º 1 da *Grundgesetz*, referente à fixação dos limites da propriedade por via da lei³². Todavia, estes institutos não cobriam os casos em que a imposição de sacrifícios aos particulares resultava não de uma atuação lícita dos entes públicos, mas de uma imposição ilegítima dos entes públicos. Aos olhos da doutrina, estas situações em breve se apresentaram como casos carecidos de compensação. A resposta a este problema foi encontrada na analogia destas hipóteses com a *Enteignung* e o *Aufopferung*, dado que, se estes previam a obrigação de indemnização por sacrifícios de índole patrimonial e não patrimonial imposta licitamente pelos entes públicos, por maioria de razão, tais sacrifícios também deveriam ser compensados se fossem impostos ilicitamente pelos entes públicos, ainda que inexistisse qualquer culpa individual de qualquer funcionário ou agente. No fundo, cuidava-se de dar resposta aos casos da *faute du service* do direito francês. A tutela destes casos seria efetivada através dos conceitos de quase-expropriação ou intervenção análoga à expropriação e de quase-sacrifício ou intervenção análoga à imposição de sacrifício (*enteignungsleicher Eingriff* e *aufopferungsleicher Eingriff*, respetivamente), segundo os quais qualquer sacrifício especial, patrimonial ou não patrimonial, ilicitamente imposto terá de ser ressarcido.

³² Sobre estes institutos, v. Ulrich Karpen, *ob. e loc. cit.*, na nota 30, págs. 147 e seg.

Estes institutos têm grande importância, sendo frequentemente aplicados pela jurisprudência, ainda que alguma doutrina tenda a questionar a sua validade³³.

Tal é o estado do direito alemão no que respeita à problemática em análise. O sistema alemão de prestações indemnizatórias jurídico-públicas ainda hoje assenta em grande medida nos princípios constantes do artigo 14.º da *Grundgesetz* e no princípio da *Aufopferung*, constante da Introdução do Código Geral Prussiano e concretizado por alguma legislação especial. Inexiste em direito alemão uma legislação geral sobre responsabilidade dos entes públicos, apesar de em 1981 ter sido aprovada uma lei federal sobre esta matéria (*Staatshaftungsgesetz*), que foi considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal, por incompetência legislativa do Parlamento, por decisão de 19 de Outubro de 1982, poucos meses após a sua entrada em vigor, voltando o direito alemão à situação anterior.

Da descrição traçada resultam claras as diferenças do direito alemão face ao direito francês³⁴. Ao passo que, no direito francês todas as figuras indemnizatórias dos entes públicos por intervenções lícitas se reconduzem à *responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques*, em direito alemão tais figuras são expressas numa pluralidade de institutos, existindo, ao lado da tradicional responsabilidade dos entes públicos por factos ilícitos (*Amtshaftung*), prevista no artigo 34.º da *Grundgesetz*, a expropriação por utilidade pública (*Enteignung*), constante do artigo 14.º do referido diploma, o *Aufopferung*, ou princípio da indemnização pelo sacrifício especial licitamente imposto pelos entes públicos, as intervenções com efeitos expropriativos e as intervenções com efeitos impositivos de sacrifício (*enteignender Eingriff* e *aufopfernder Eingriff*), e os institutos análogos à ambas (*enteignungsleicher Eingriff* e *aufopferungsleicher Eingriff*), aos quais acresce o *Aufopferungsanspruch*, ou princípio

³³ V. as referências e considerações de Ulrich Karpen, *ob. e loc. cits.*, na nota 30, págs. 148 e segs.

³⁴ V. em geral, Ulrich Karpen, *ob. e loc. cits.*, na nota 30, Peter Badura, “Fondamenti e sistema della responsabilità dello stato e del risarcimento pubblico nella Repubblica Federale di Germania”, in *Rivista trimestrale de diritto pubblico*, ano XXXVIII, Giuffrè Editore, Milano, 1988, págs. 399 e segs., e Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado...*, *cit.*, págs. 43 e segs., e 95 e segs., que seguimos de perto. V. ainda Francisco J. Jiménez Lechuga, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español*, MARCIAL PONS, Madrid, 1999, págs. 245-246, e G. Recchia, “La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dirigenti in diritto comparato e in diritto comunitario”, in *Diritto processuale amministrativo*, Ano XX, Fascículo IV, 2002, págs. 803 e segs., em especial 815 e segs. e 828 e segs.

da indemnização pelo sacrifício de direitos pessoais. Assim, o sistema alemão apresenta-se como consideravelmente mais complexo do que o sistema francês.

Esta complexidade reflete-se na natureza da responsabilidade por intervenções lícitas, dado que, em França, a responsabilidade enquadra todos os deveres indemnizatórios por intervenções lícitas, ao passo que o direito alemão contrapõe a obrigação de indemnizar resultante da responsabilidade por factos ilícitos e culposos (*Schadenersatz*), à obrigação de indemnizar resultante da imposição lícita de sacrifícios especiais, quer pessoais, quer patrimoniais (*Entschädigung*), visando a primeira colocar o lesado na situação em que se encontrava antes de ter sofrido o dano, ao passo que a segunda procura meramente compensar o particular pelo sacrifício sofrido. Assim, o direito alemão considera que responsabilidade, expropriação e imposição de sacrifício são conceitos inteiramente distintos, ao passo que o direito francês desconhece tal distinção. Estamos perante dois modos de encarar a responsabilidade indemnizatória dos entes públicos por intervenções lícitas radicalmente diferentes³⁵.

2.3. O sistema do direito italiano

Atendendo ao direito italiano, constatamos que as suas características nesta matéria aproximam-no do direito alemão mais do que do direito francês. Em Itália também se verificaram no século XIX obstáculos ao reconhecimento da responsabilidade indemnizatória, à semelhança da França e da Alemanha. Na segunda metade do século, a jurisprudência apegou-se à distinção entre atos de gestão e atos de império, admitindo a responsabilidade dos entes públicos no caso dos primeiros, por aplicação das regras de direito privado, dado que nesses casos os entes públicos atuavam como qualquer particular, e excluindo-a no caso dos segundos, por se entender que quando os entes públicos atuavam autoritariamente, não se poderiam aplicar as regras de direito privado, acentuando a doutrina que a apreciação da existência de responsabilidade dos entes públicos assenta na ilegitimidade dos atos administrativos que suportavam a sua atividade, e não na sua ilicitude. Este entendimento foi fortemente

³⁵ Sobre esta contraposição, v. os autores e obras citados na nota 34.

contestado na segunda metade do século, como atesta a *Legge abolitiva del contenzioso amministrativo* de 1865, que, eliminando a distinção entre legitimidade e ilicitude do ato administrativo, deitava por terra um dos obstáculos ao reconhecimento da responsabilidade indemnizatória dos entes públicos, porém os obstáculos persistiram, dado que a responsabilidade indemnizatória dos entes públicos continuou a ser concebida como uma responsabilidade por facto de outrem, aplicando-se por analogia o regime da responsabilidade do comitente. Esta construção seria abandonada pela doutrina durante o século XX, por ser inadequada face às especificidades da atividade administrativa, e devido ao entendimento de que entre o funcionário autor do facto danoso e o ente público existe uma identificação, de modo que os atos do primeiro são diretamente imputados ao segundo, sem qualquer distinção de sujeitos. O êxito desta doutrina obteve permitiu o reconhecimento da responsabilidade indemnizatória dos entes públicos, independentemente do tipo de atividade em causa. Este reconhecimento seria consagrado pela Constituição da República de 1947, cujo artigo 28.º dispõe que os funcionários e agentes do Estado e demais entes públicos são diretamente responsáveis nos termos da lei civil, penal e administrativa pelos atos cometidos em violação do direito, estendendo nesse caso a responsabilidade civil ao Estado e demais entes públicos. Deste preceito resulta uma responsabilidade solidária dos entes públicos com os seus funcionários e agentes, acrescendo a responsabilidade dos primeiros à responsabilidade dos segundos, ainda que a Administração goze de direito de regresso sobre o agente em certos casos. A Constituição estatui que a regulação definitiva dos pressupostos da responsabilidade civil dos entes públicos cabe à lei civil. A expressão «nos termos da lei civil» é clara nesse sentido, pelo que existe uma identidade de pressupostos entre a responsabilidade dos particulares e a responsabilidade dos entes públicos. A incompletude da disposição constitucional vai nesse sentido, carecendo a mesma de um desenvolvimento através das disposições do Código Civil Italiano, embora a Constituição refira que a responsabilidade dos entes públicos resulta de uma ilicitude de resultado, da «violação de um direito», e não da ilegitimidade de um ato administrativo³⁶. Por outro lado, a Constituição assegura que os entes públicos respondem diretamente perante os particulares, e não por facto de outrem. Assim, em

³⁶ Sobre os pressupostos da responsabilidade indemnizatória no direito italiano e as suas características, v. Pietro Virga, *Diritto Amministrativo*, Vol. I. Principi, 4.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 1995, págs. 416 e segs., e Elio Casetta, *Manuale de diritto amministrativo*, 5.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2003, págs. 582 e segs.

direito italiano, o reconhecimento da responsabilidade dos entes públicos resulta das normas do direito privado, em particular do artigo 2043.º do Código Civil, no que respeita à responsabilidade por factos ilícitos e culposos; e da garantia constitucional, como sucede na Alemanha, não se tendo verificado qualquer rotura semelhante ao caso francês³⁷. A este respeito, existiu grande discussão acerca da existência de um princípio da autonomia de tipo francês em Itália. Durante o século XX, autores como Orlando, Guido Zanobini, Santi Romano ou Casetta procuraram fundar a responsabilidade dos entes públicos em princípios diversos dos princípios de direito civil, sem sucesso.

Em Itália é maioritário o entendimento de que a responsabilidade dos entes públicos e a responsabilidade dos particulares têm origens comuns, sendo indiferente, do ponto de vista do lesado, se o facto danoso foi cometido por um particular ou por um funcionário público. A Constituição, ao estender a responsabilidade civil dos funcionários aos entes públicos, parece corroborar tal afirmação³⁸.

No que respeita à responsabilidade por intervenções lícitas, persistem as semelhanças com o direito alemão. Na verdade, a doutrina tende a conceber a responsabilidade indemnizatória de modo estrito, abrangendo apenas os casos de factos ilícitos e culposos³⁹. A responsabilidade indemnizatória dos entes públicos por intervenções lícitas cai num âmbito inteiramente distinto das previsões do Código Civil, o que chegou a constituir um obstáculo à sua afirmação, dado o apego da doutrina à aplicação das normas civilísticas. Na falta de resposta destas, é à Constituição, e em particular às normas constitucionais sobre expropriação, que a doutrina italiana recorre para determinar os pressupostos da responsabilidade indemnizatória por intervenções resultantes do exercício legítimo dos poderes públicos e para formular princípios que se apliquem aos casos de sacrifícios licitamente impostos pelos entes públicos por razões de interesse público. Estabelecendo o artigo 42.º, n.º 3 da Constituição⁴⁰ que a propriedade privada pode ser objeto de expropriação por motivos de interesse geral, nos

³⁷ Sobre a evolução do direito italiano e as suas previsões constitucionais, v. Guido Corso, *Manuale de Diritto Amministrativo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, págs. 292 e segs., e F. Caringella, L. Delphino, e F. del Giudice, *Diritto Amministrativo*, 22.ª ed., Simone, Napoli, 2005, págs. 694 e segs., que seguimos de perto. Negando o carácter direto da responsabilidade dos entes públicos, Casetta, *Manuale... cit.*, págs. 565 e segs.

³⁸ Sobre esta discussão, e neste sentido, v. Guido Corso, *Manuale..., cit.*, págs. 302 e segs.

³⁹ Neste sentido, v. Pietro Virga, *Diritto Amministrativo... cit.*, Vol. I, págs. 418 e segs.

⁴⁰ Sobre este preceito, ver a anotação 14 de Stéfano Rodotà ao artigo 42.º da Constituição, in *Commentario della Costituzione, Raporti Economici*, dirigidos por Giuseppe Branca T. II, Zanichelli Editore, Bologna, 1982, págs. 183 e segs.

casos previstos na lei e mediante o pagamento de indemnização, a doutrina retira desta norma um regime geral de compensação de sacrifícios de índole patrimonial. Porém, a conceção adotada quanto à natureza do dever indemnizatório resultante da imposição de sacrifícios patrimoniais extravasa da lógica da responsabilidade civil em sentido estrito. A este respeito, a doutrina contrapõe o termo «*risarcimento*», que exprime o dever de indemnizar resultante da prática de factos ilícitos e culposos, e que visaria a reparação integral do prejuízo causado ao particular, colocando-o na situação em que estaria se o facto lesivo não se verificasse, ao termo «*indennizzo*», que exprime o dever de indemnizar resultante da imposição lícita de sacrifícios, e que, segundo princípios próprios, visaria uma mera compensação ou reintegração parcial da esfera jurídica do particular, segundo critérios limitativos, estabelecidos por vezes na lei, que se medirá em função do valor do sacrifício causado, mas que poderá não corresponder à sua totalidade, ou até ser meramente simbólica. Como exemplos desta situação, a doutrina indica a requisição de bens, a resolução unilateral de contratos por motivos de interesse público, a par de algumas situações previstas em lei especial⁴¹. Já quanto à expropriação por utilidade pública e à generalidade dos atos ablativos, a doutrina, embora situe a indemnização expropriatória no campo da «*indennizzo*», encara-a como pressuposto de validade do procedimento expropriatório e como contrapartida devida ao expropriado pela transferência do bem⁴². Tal é a conceção vigente, ainda que persista alguma discussão sobre a medida da compensação a atribuir ao particular, sendo consensual que a compensação de sacrifícios de índole não patrimonial encontra o seu fundamento no artigo 3.º da Constituição, que consagra o princípio da igualdade. O que não implica que se desconheça a noção de *responsabilidade por atos lícitos*. Na verdade, a doutrina utiliza tal noção frequentemente para exprimir as hipóteses de compensação de sacrifícios lícitamente impostos pelos entes públicos⁴³. Porém, a configuração do dever indemnizatório nesses casos distancia completamente esta noção da responsabilidade indemnizatória em sentido estrito, reconduzindo-a à figura da «*indennizzo*», daí que a conceção de responsabilidade francesa não vigore em Itália. Existe uma contraposição

⁴¹ V. Pietro Virga, *Diritto Amministrativo... cit.*, Vol. I, págs. 505 e 421, F. Caringella *et alii*, *Diritto Amministrativo, cit.*, pág. 726, Guido Corso, *Manuale..., cit.*, págs. 315 e segs., que seguimos de perto, e Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado..., cit.*, págs. 42 e segs. e 127 e segs.

⁴² V. Rocco Galli, *Corso di Diritto Amministrativo*, reimpressão da 2.ª ed., Cedam, Milano, 1996, págs. 590-591, e 866-867.

⁴³ V., p. ex., a obra citada na nota 42 e F. Caringella *et alii*, *Diritto Amministrativo, cit.*, pág. 726, Guido Corso, *Manuale..., cit.*, pág. 315.

entre responsabilidade indemnizatória por factos ilícitos e compensação de sacrifícios licitamente impostos.

2.4. O sistema espanhol e as suas particularidades

Um último país de particular interesse a considerar é Espanha. À semelhança de outros países, o direito espanhol inicialmente não reconhecia a responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos, com exceção de legislação avulsa referente, por exemplo, a danos causados em operações militares, ou a indemnizações por morte ou incapacidade resultante do uso de armas pelas forças de segurança. Mais tarde, o Código Civil de 1889 consagrou no artigo 1902.º um princípio geral de responsabilidade pelos danos causados a outrem com culpa ou negligência, estabelecendo o artigo 1903.º do mesmo diploma a responsabilidade por facto de terceiro, prevendo que o Estado seria responsável quando atuasse por mediação de um agente especial, mas não quando atuasse por meio de um funcionário com competência para praticar o ato em causa, caso em que se aplicaria o artigo anterior. Todavia, estas normas raras vezes foram aplicadas, pelo facto de o Estado atuar por via de funcionários normalmente competentes, e devido aos obstáculos à responsabilização direta dos funcionários levantados pela exigência de reclamação prévia por escrito prevista na *Ley de Responsabilidad Civil de Funcionarios Públicos del Orden Gubernativo* de 1904.

Esta situação mudou com a Constituição Republicana de 1931, cujo artigo 41.º previa a responsabilidade subsidiária do Estado ou da Corporação correspondente pelos danos causados pelos seus funcionários no exercício das suas funções e com violação dos seus deveres. Posteriormente ao fim da vigência desta Constituição, outros diplomas afirmaram o reconhecimento da responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos, com destaque para a *Ley de Expropiación Forzosa* de 1954, cujo artigo 121.º consagrou o direito de indemnização dos particulares pelos danos nos seus bens e direitos resultantes do funcionamento normal ou anormal dos serviços públicos, ou de atos

praticados no exercício de poderes discricionários não fiscalizáveis contenciosamente, salvaguardando o direito de regresso do ente público⁴⁴.

A responsabilidade indemnizatória dos entes públicos ganhava sólidas bases, que seriam reforçadas pela Constituição Espanhola de 1978, que a consagrou como garantia constitucional, no artigo 9.º, n.º 3, formulando o princípio da responsabilidade do Estado no artigo 106.º, n.º 2, integrado no Título IV, referente ao Governo e à Administração, estabelecendo o direito de indemnização dos particulares, nos termos da lei, pelas lesões causadas aos seus bens e direitos, desde que resultantes do funcionamento dos serviços públicos⁴⁵.

Ao contrário dos países já considerados, em Espanha existe um diploma legislativo que disciplina o regime geral da responsabilidade indemnizatória dos entes públicos, completando as previsões constitucionais. Trata-se da *Ley 30/1992*, conhecida como *Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, alterada pela *Ley 4/1999*, ainda em vigor, cujo artigo 139.º, n.º 1 reitera o conteúdo da previsão constitucional, afirmando que o dever de indemnizar cabe aos entes públicos.

Da análise da Constituição e da Lei resultam algumas notas características do regime de responsabilidade indemnizatória espanhol. Desde logo o carácter direto da responsabilidade dos entes públicos, independentemente de o funcionário ter atuado com dolo ou culpa, e independentemente da natureza jurídica do vínculo que liga este ao ente público, pelo que o particular pode exigir a indemnização diretamente ao ente público, até nos casos em que é impossível responsabilizar individualmente um agente pelo facto lesivo⁴⁶. Por outro lado salienta-se a ampla liberdade de conformação que o legislador ordinário tem quanto à regulação desta matéria, dada a remissão expressa da

⁴⁴ Sobre esta evolução, v. E. García de Enterría e T. R. Fernández, *Curso..., cit.*, Vol. II, págs. 361 e segs., e Jesús Leguina Villa, Intervenção no colóquio “A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado”, in Ministério da Justiça, *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado — Trabalhos preparatórios da reforma cit.*, págs. 81 e segs., ponto 2.

⁴⁵ Sobre estes preceitos constitucionais v. Fernando Garrido Falla, anotações ao artigo 106.º, n.º 2, in *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por este autor, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2002, págs. 1646 e segs., e Jesús Leguina Villa, anotações ao artigo 106.º, n.º 2, in *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, direção de María Emilia Casas Baamonde e Miguel R.-P. Y Bravo-Ferrer, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, págs. 1734 e segs.

⁴⁶ Assim, v. E. García de Enterría e T. R. Fernández, *Curso..., cit.*, Vol. II, págs. 368 e segs., Jesús Leguina Villa, anotações ao artigo 106.º, n.º 2, in *Comentarios a la Constitución Española..., cit.*, págs. 1737 e segs., e Fernando Garrido Falla, anotações ao artigo 106.º, n.º 2, in *Comentarios a la Constitución, cit.*, págs. 1652-1653.

Constituição para a lei ordinária, dispendo o artigo 149.º, n.º 1, alínea 18) da Constituição, que o Estado tem competência exclusiva na regulação desta matéria, devendo estabelecer «o sistema de responsabilidade de todas as Administrações Públicas», não tendo as Comunidades Autónomas competência para criar regimes de responsabilidade distintos, nem para derogar o regime estadual, o que atribui ao regime de responsabilidade indemnizatória espanhol um carácter unitário⁴⁷. Este sistema estabelece uma responsabilidade indemnizatória dos entes públicos independentemente do tipo ou forma de atividade extracontratual que desenvolvam, exigindo-se apenas que a lesão resulte do funcionamento normal ou anormal dos serviços públicos. É irrelevante averiguar se a Administração atuou sob a égide do direito público ou sob a égide do direito privado, tendo a *Ley 4/1999* abolido a divisão entre gestão pública e gestão privada⁴⁸. Particularmente interessante é o entendimento sobre os pressupostos da responsabilidade indemnizatória corrente em Espanha. Todos os países que considerámos fundam a responsabilidade indemnizatória, ainda que em apenas uma modalidade, na ilicitude e na culpa do agente que praticou o facto danoso, porém em Espanha a responsabilidade indemnizatória assume um carácter tendencialmente objetivo, prescindindo dos requisitos da culpa do agente ou da ilicitude do facto. A Constituição e a lei ordinária referem como únicos pressupostos da responsabilidade indemnizatória a existência de um dano em bens ou direitos dos particulares e o nexo de causalidade do dano com o funcionamento dos serviços públicos. Ou seja, o sistema espanhol visa garantir a intangibilidade do património do particular, resultando a censura jurídica dirigida ao facto do dano causado ao particular. É irrelevante averiguar da culpa do agente, salvo para efeitos de imputação de danos. Interessa antes averiguar se ocorreu um dano indemnizável resultante do funcionamento dos entes públicos, independentemente da licitude ou ilicitude do facto, um traço que levanta crescentes dúvidas e críticas à doutrina e à jurisprudência, reclamando-se uma aproximação ao sistema francês⁴⁹. Porém, o sistema vigente ainda encara o dano indemnizável como

⁴⁷ Neste sentido, v. E. García de Enterría e T. R. Fernández, *Curso...*, *cit.*, Vol. II, pág. 367.

⁴⁸ V. Jiménez Lechuga, *La responsabilidad...* *cit.*, pág. 225, Jesús Leguina Villa, anotações ao artigo 106.º, n.º 2, in *Comentarios a la Constitución Española...*, *cit.*, págs. 1738 e segs.

⁴⁹ V. E. García de Enterría e T. R. Fernández, *Curso...*, *cit.*, Vol. II, págs. 369 e segs., Jiménez Lechuga, *La responsabilidad...* *cit.*, pág. 226, e Jesús Leguina Villa, *Intervención*, *loc. cit.* na nota 44, págs. 87-88. Sobre a crítica no sentido da subjectivização do sistema, v. M. Sánchez Morón, *Derecho Administrativo, Parte General*, TECNOS, Madrid, 2005, pág. 898, aderindo a essa doutrina, e Ramón

pressuposto decisivo, sendo um sistema consideravelmente amplo e generoso na perspetiva dos particulares, a cujos direitos a lei procura assegurar uma reparação integral⁵⁰. Porém, os danos indemnizáveis não são encarados sem limitações. Na verdade, o artigo 139.º, n.º 2, da *Ley 30/1992* dispõe que o que o dano deverá ser efetivo, ou seja, deverá traduzir-se na produção concreta de um resultado negativo na esfera jurídica do particular, devendo ser também real e atual, não sendo indemnizáveis os danos futuros ou eventuais; deverá ser avaliável em termos pecuniários, ou seja, deverá ter uma tradução económica, ainda que se refira a direitos não patrimoniais; e individualizável em relação a uma pessoa a um grupo de pessoas, o que exclui do campo da responsabilidade os custos normais da vida em sociedade⁵¹. Acrescenta o artigo 141.º, n.º 1 da *Ley 30/1992* que o dano só será indemnizável se o particular não tiver o dever de o suportar de acordo com a lei. Este preceito tem grande relevo, dado que é encarado como a consagração da *teoria da lesão antijurídica*, elaborada por Orlando, um dos autores italianos que procuraram fundar a responsabilidade indemnizatória em pressupostos diversos dos fixados no Código Civil Italiano. Segundo esta teoria, o fulcro da responsabilidade deveria deslocar-se da ilicitude para o dano, sendo indemnizável qualquer lesão que o particular não tenha o dever de suportar. Trata-se de um entendimento de responsabilidade estritamente objetivista, que influenciou profundamente o direito espanhol. García de Enterría, o introdutor desta doutrina em Espanha, desenvolveu-a a partir da análise do carácter antijurídico da lesão. Segundo este autor, um dano é antijurídico se o particular não tiver o dever de o suportar, entendendo-se o carácter antijurídico do dano em termos estritamente objetivos. Bastará averiguar da existência de um dano causado indevidamente para que opere a responsabilidade indemnizatória, ainda que o agente atue licitamente. Tal só não sucederá se ocorrer uma causa de justificação que legitime a produção do dano, através de uma previsão legal, se existir um título jurídico que legitime a intervenção danosa, ou se o dano causado se contiver nos custos gerais da vida em sociedade. A juridicidade do dano terá de ser provada pelos entes públicos que procurem demonstrar que não

Parada, *Derecho Administrativo*, T. I, (*Parte General*), 15.ª ed., MARCIAL PONS, Madrid, 2004, págs. 630 e segs.

⁵⁰ V., nestes termos, E. García de Enterría e T. R. Fernández, *Curso...*, *cit.*, Vol. II, págs. 365 e 369, e Jiménez Lechuga, *La responsabilidad...* *cit.*, págs. 214 e segs.

⁵¹ Sobre estes requisitos, v. Jesús Leguina Villa, *Intervenção*, *loc. cit.* na nota 44, págs. 93 e segs., e E. García de Enterría e T. R. Fernández, *Curso...*, *cit.*, Vol. II, págs. 371 e segs.

incorrem num dever de indemnizar. Esta doutrina foi maioritariamente acolhida pela doutrina e pela jurisprudência e consagrada na lei⁵².

Os dados apresentados denotam a amplitude e a objetividade deste sistema e o seu abandono dos pressupostos tradicionais da responsabilidade indemnizatória. Decorrendo da Constituição e da lei que a responsabilidade resulta exclusivamente do funcionamento normal ou anormal dos serviços públicos, é desnecessária a distinção entre responsabilidade por factos ilícitos e responsabilidade por factos lícitos. O facto danoso pode resultar de uma atuação lícita ou ilícita, estando ambos os tipos de intervenções abrangidos pelo conceito de responsabilidade indemnizatória, pensado sobretudo na perspetiva da tutela do lesado, o que origina significativas diferenças face a outros países analisados⁵³.

Tais diferenças são claras quanto ao campo de aplicação da responsabilidade indemnizatória por intervenções lícitas. Em Espanha, a maioria das hipóteses da tradicional responsabilidade por factos lícitos são abrangidas pelo conceito amplo de responsabilidade. Porém, diferentemente das demais intervenções lícitas, a expropriação por utilidade pública é concebida numa lógica diversa da responsabilidade. Segundo a doutrina maioritária, ao passo que a expropriação é considerada um ato cuja finalidade direta, intencional, e necessária é a ablação do direito de propriedade pelo ente público, a responsabilidade resulta de um facto, que incidentalmente causa um dano que deve ser reparado, podendo tal facto resultar de uma conduta lícita ou ilícita. Por outro lado, ao passo que na responsabilidade a indemnização é um *posterius* face ao facto danoso, na expropriação, dado que os seus efeitos danosos são previstos e queridos de antemão, a indemnização é um *prius* face ao facto danoso, o que aproxima a natureza da expropriação de uma venda forçada, que se encontra submetida a um procedimento legal, sendo a indemnização seu pressuposto. Na expropriação, ao contrário da responsabilidade, não existe um dever de indemnizar, mas uma obrigação de pagamento prévio ao despojo do direito de propriedade do particular. Refere-se ainda que a responsabilidade, ao contrário da expropriação, não visa diretamente o sacrifício de direitos patrimoniais, antes resulta da prossecução do interesse público levada a cabo

⁵² Sobre a teoria de Orlando, v. Gomes Canotilho, *O problema da responsabilidade...*, cit., pág. 58 e segs., e 100 e segs., antevendo o seu triunfo, e E. García de Enterría e T. R. Fernández, *Curso...*, cit., Vol. II, págs. 371 e segs.

⁵³ Sobre este ponto, v. E. García de Enterría e T. R. Fernández, *Curso...*, cit., Vol. II, págs. 369 e segs., e Jiménez Lechuga, *La responsabilidad...* cit., pág. 271.

pelos entes públicos, no decurso da qual emergem factos lesivos, que se apresentam como um dano prévio e irreversível⁵⁴. Tal resulta da Constituição, cujo artigo 33.º, n.º 3 estabelece que ninguém pode ser privado dos seus bens ou direitos salvo por razões justificadas de utilidade pública ou interesse social, *mediante a correspondente indemnização*, nos termos da lei, estabelecendo para a expropriação um fundamento distinto da responsabilidade⁵⁵. O conceito de expropriação do direito espanhol é amplo, referindo-se ao sacrifício do direito de propriedade e demais direitos ou interesses patrimoniais, como resulta expressamente do n.º 1 do artigo 1.º da *Ley de Expropiación Forzosa*⁵⁶. Por outro lado, a lógica própria da expropriação aplica-se independentemente do tipo de ato pelo qual ela operou. No caso das leis expropriativas, tal é claro, entendendo-se que sempre que uma lei impuser sacrifícios ao património dos particulares, ela terá de prever a indemnização e não poderá excluí-la, sob pena de inconstitucionalidade, nomeadamente por violação do princípio da igualdade de contribuição para os encargos públicos, pelo que vigora em Espanha a *cláusula indemnizatória conjunta* do direito alemão⁵⁷. Paralelamente, o artigo 139.º, n.º 3, da *Ley* n.º 30/1992 admite a responsabilidade do Estado pela aplicação de normas não expropriatórias dos direitos dos particulares, quando estes não tenham o dever de suportar os prejuízos, nos termos da lei e desde que a norma em causa estabeleça tal obrigação.

Assim, em Espanha, expropriação e responsabilidade são dois conceitos que se complementam na garantia do património do particular e na reparação integral das suas lesões.

⁵⁴ Em termos próximos, v. E. García de Enterría e T. R. Fernández, *Curso...*, *cit.*, Vol. II, págs. 250-251, e 370-371, e Jiménez Lechuga, *La responsabilidad...* *cit.*, págs. 224 e segs.

⁵⁵ É a opinião dominante entre os comentadores da Constituição. V. Jesús Leguina Villa, anotações ao artigo 106.º, n.º 2, in *Comentarios a la Constitución Española...*, *cit.*, pág. 1737, e Fernando Garrido Falla, anotações ao artigo 106.º, n.º 2, in *Comentarios a la Constitución*, *cit.*, pág. 1652.

⁵⁶ V. Luciano Parejo Alfonso, *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 2003, págs. 820-821.

⁵⁷ V. E. García de Enterría e T. R. Fernández, *Curso...* *cit.*, Vol. II, págs. 379 e segs., e Parejo Alfonso, *Derecho Administrativo...* *cit.*, págs. 821 e 876-877.

2.5. O sistema do Direito da União Europeia

Na evolução mais recente, há que atender ao Direito da União Europeia, em virtude da sua crescente influência sobre o direito interno e das suas particularidades neste campo, sendo de referir o artigo 340.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, correspondente ao antigo artigo 288.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia. O segundo parágrafo desse preceito estabelece que a União é responsável extracontratualmente *segundo os princípios gerais comuns aos Estados membros*, devendo indemnizar os *danos causados pelas suas instituições ou agentes no exercício das suas funções*. Desta norma resulta que se visou articular a responsabilidade do direito da União com os vários direitos internos, resultando a primeira dos princípios comuns dos segundos, sendo patente a influência da conceção francesa neste preceito⁵⁸. O texto acolhe a ideia de responsabilidade da União pelos factos ilícitos praticados pelos seus agentes e instituições no exercício das suas funções, ou seja, a *faute de service*. Porém, este preceito pouco nos adianta, tendo um carácter remissivo. O regime da responsabilidade extracontratual da União resulta sobretudo da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União e do Tribunal Geral, que tem densificado os seus pressupostos. Segundo a jurisprudência constante destes Tribunais, a responsabilidade extracontratual da União depende da existência de uma *ilegalidade imputável às instituições da União*, resultante de ações ou omissões dos mesmos, e independentemente do tipo de atividade em causa, devendo tal ilegalidade resultar de uma *violação suficientemente caracterizada* de uma norma jurídica que tenha por fim conferir direitos aos particulares. Tal pressuposto depende da existência de uma violação grave e manifesta dos limites da discricionariedade das instituições da União na aplicação das normas europeias, através de uma ponderação casuística. Exige-se ainda a existência de um *prejuízo real, certo e concreto*, que poderá ser potencial, ainda que provável e seguro, patrimonial ou não patrimonial, e *a existência de um nexo de causalidade certo e suficientemente direto* entre a ilegalidade cometida e o dano

⁵⁸ Sobre esta evolução v. G. Recchia, *ob. e loc. cit.*, na nota 34, pág. 842., e Afonso N. F. Patrão, *Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007, págs. 139 e segs.

causado, de modo a que o facto seja causa determinante do dano. Para beneficiar da indemnização, o lesado terá de invocar estes requisitos *cumulativamente* e fazer prova dos mesmos, sob pena de improcedência da ação⁵⁹. Analisando estes pressupostos, dir-se-ia que a responsabilidade extracontratual da União tem um carácter objetivo, dada a ausência de qualquer referência ao requisito da culpa, todavia, tal não parece correto. A influência marcante do direito francês na jurisprudência europeia leva a que, à semelhança da *responsabilité pour faute*, os pressupostos da culpa e da ilicitude sejam tratados conjuntamente, sem qualquer distinção, o que não implica que a culpa seja totalmente desconsiderada, dado que a exigência de uma violação grave e manifesta do direito da União remetem-nos claramente para elementos subjetivos, ainda que a constatação da ilegalidade prevaleça sobre a indagação da culpa⁶⁰. Tal entendimento tem reflexos na consideração da responsabilidade da União por intervenções lícitas. Apegada ao modelo de responsabilidade por culpa do direito francês, a jurisprudência europeia tem tido grandes dificuldades em afirmar a responsabilidade da União por intervenções lícitas, ou, na sua terminologia, a responsabilidade da União em casos de «inexistência de atuação ilícita dos seus órgãos», sendo que a maioria dos direitos dos Estados-membros admite tal figura. Inicialmente, a jurisprudência da União evitava a apreciação destas questões. Por exemplo, o Tribunal de Primeira Instância, no acórdão referente ao processo n.º T-113/96, evitou admitir a responsabilidade da Comunidade Europeia por danos causados por uma norma do Ato Único Europeu que estabelecia a supressão de certas atividades económicas, invocando o particular que tal norma equivalia a uma expropriação, sendo devida compensação pela violação dos princípios da tutela dos direitos adquiridos e da proteção da confiança. Escudando-se na natureza de tratado internacional do Ato Único, o Tribunal julgou a ação improcedente, por se entender que não ocorrera um facto ilegal imputável às instituições comunitárias. Porém, a jurisprudência mais recente tem vindo a reconhecer a existência desta figura, nomeadamente no célebre Acórdão *Dorsch*, e nos Acórdãos *De Boer e Développement SA et Clemessy*, submetendo-o, com base nos princípios dos direitos nacionais, à

⁵⁹ Sobre estes pressupostos, v., p. ex., o Despacho do Tribunal Geral de 4 de Junho de 2012, (*Azienda Agricola Bracesco Srl - in liquidazione contra Comissão Europeia*) processo n.º T-440/09, e o Acórdão do mesmo Tribunal de 24 de Abril de 2012 (*Evropaïki Dynamiki contra Comissão*), processo n.º T-554/08, disponíveis em www.infocuria.eu.

⁶⁰ Neste sentido, v. G. Recchia, *ob. e loc. cit.* na nota 34, págs. 846 e segs., e Afonso Patrão, *Responsabilidade...cit.*, pág. 251.

existência de um *prejuízo especial e anormal*, ou seja, que ultrapasse os riscos inerentes à vida em sociedade e que se restrinja a uma categoria específica de pessoas. Porém a tendência restritiva permanece forte, como atesta o Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Setembro de 2008 (*FIAMM e FIAMM Technologies contra Conselho e Comissão*)⁶¹, que contraria um anterior Acórdão do Tribunal de Primeira Instância que admitira a figura, no quadro da responsabilidade por danos resultantes de um direito aduaneiro cobrado a um importador de bananas nos Estados Unidos, devido à desconformidade do regime de importação do direito comunitário com normas da Organização Mundial de Comércio, e afirma expressamente que a responsabilidade da Comunidade por factos lícitos não é um instituto admitido pelo Direito da União, considerando a decisão do tribunal *a quo* viciada de erro de direito, e acrescentando que a Comunidade responde apenas se a atuação das suas instituições for ilegal, nos estritos termos do artigo 288.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia. Assim, foi, a nosso ver lamentavelmente, negada frontalmente a existência da responsabilidade da União por factos lícitos, uma negação que a admitir-se constitui uma grave omissão do Direito da União, que negaria aos particulares uma compensação que lhes seria devida segundo o princípio da igualdade na contribuição perante os encargos, neste caso da União. Porém, de *iure condito* e de *iure condendo*, cremos que se deve admitir tal instituto, estando em aberto a sua discussão na jurisprudência.

Refira-se ainda a disciplina do Direito da União quanto à responsabilidade dos Estados pela sua violação. Este regime tem uma base essencialmente jurisprudencial, com recurso a princípios gerais dos direitos internos e aos princípios gerais do Direito da União, fornecendo o artigo 4.º, n.º 3 do Tratado sobre a União Europeia, onde se consagra que os Estados membros devem tomar as medidas necessárias para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou dos atos das instituições da União, algum apoio para a afirmação dessa responsabilidade.

Em matéria de pressupostos da responsabilidade dos Estados, a jurisprudência da União, na esteira dos Acórdãos do Tribunal de Justiça *Francovich*, *Brasserie du*

⁶¹ Este Acórdão foi proferido nos processos n.ºs C-120/06 P e C-121/06 P, estando disponível em www.infocuria.eu. V. Afonso N. F. Patrão, *Responsabilidade...cit.*, págs. 253 e segs., em especial 254 e 258-259, e jurisprudência aí citada, e G. Recchia, *ob. e loc. cit.*, na nota 34, págs. 850 e segs., que seguimos de muito perto.

*Pêcheur e Factofarme e Köbler*⁶², tem entendido que eles consistem numa *ação ou omissão imputável às instituições de um Estado membro*, que consubstancie uma *violação suficientemente caracterizada* de uma *norma do direito da União que vise conferir direitos aos particulares*, para além da existência de um *dano* e do *nexo de causalidade entre a violação praticada e o prejuízo sofrido* pelos particulares. Quanto ao primeiro pressuposto, não existem grandes diferenças face à responsabilidade da União, reportando-se a responsabilidade dos Estados a ilegalidades praticadas no exercício de todas as funções do Estado, sendo de particular interesse as omissões legislativas, nomeadamente de transposição de diretivas da União, sendo irrelevante a consideração da aplicabilidade direta da norma violada. O pressuposto da violação suficientemente caracterizada, apesar de não exigir a prova do dolo ou mera culpa da instituição estadual, contém juízos de censura, dado que o Tribunal de Justiça entende que a violação deve ser manifesta e grave, face aos limites da margem de apreciação dos Estados na aplicação de normas da União, tendo em conta o grau de clareza e precisão da norma violada, o âmbito da margem de apreciação deixada aos Estados, a intencionalidade ou o carácter voluntário do incumprimento e do prejuízo, o carácter desculpável ou não de um eventual erro de direito e a contribuição dos órgãos da União para o incumprimento estadual. Estes requisitos serão apreciados caso a caso, entendendo-se, em caso de inexistência de margem de apreciação dos Estados, que a mera violação da norma é suficientemente caracterizada. Quanto ao dano e ao nexo de causalidade, não há diferenças face à responsabilidade da União.

Note-se que a responsabilidade dos Estados pela violação do direito da União é apreciada pelos tribunais nacionais, podendo os Estados regulá-la legislativamente, desde que, segundo o Tribunal de Justiça, não estabeleçam requisitos desfavoráveis face à regulação da União⁶³.

Do exposto resulta que o sistema de responsabilidade dos Estados pela violação do direito da União tem notas de objetividade, ainda que não prescindia de elementos subjetivos. Este sistema teve reflexos particulares em Portugal, dado que para a revogação do Decreto-Lei n.º 48 051 contribuiu um acórdão do Tribunal de Justiça de

⁶² Acórdão de 19 de Novembro de 1991, processos n.ºs C-6/90 E C-6/91, Acórdão de 5 de Março de 1996, processos n.ºs C-46-93 e C-48-93, e Acórdão de 30 de Setembro de 2003, processo n.º C-224/01, respetivamente, in www.infocuria.eu.

⁶³ Sem prejuízo da instauração de uma ação por incumprimento pela Comissão Europeia, nos termos dos artigos 258.º a 260.º do Tratado sobre o Funcionamento da União.

14 de Outubro de 2004, que condenou o Estado por manter em vigor tal regime, que exigia o pressuposto da culpa, no campo de procedimentos pré-contratuais de empreitadas de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens, violando o regime da União, que dispensa a prova da culpa. Mais tarde, o artigo 7.º, n.º 2 do Regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, que visou corrigir a situação, foi alterado pela Lei n.º 31/2008, passando a remeter expressamente para o direito da União, na sequência de nova condenação do Estado Português em acórdão de 10 de Janeiro de 2008. Por outro lado, o artigo 15.º, n.º 1 do referido Regime consagra como um dos parâmetros da ilicitude da responsabilidade pelo exercício da função legislativa o Direito da União, ao passo que o n.º 4 desse preceito, que regula os pressupostos da responsabilidade do Estado pelo exercício da função legislativa, apresenta fortes influências dos critérios jurisprudenciais utilizados pelos tribunais da União, utilizando critérios de responsabilidade como «o grau de clareza e precisão da norma violada».

Assim, é clara a importância do Direito da União na disciplina desta matéria⁶⁴.

2.6. A evolução do direito português

Resta-nos referir a evolução desta problemática em Portugal. O início desta evolução apresenta poucas especificidades face ao caso francês. No século XIX, a responsabilidade indemnizatória dos entes públicos enfrentava em Portugal os mesmos obstáculos que se verificavam em França. Prova disso é a omissão das Constituições do século XIX nesta matéria⁶⁵, bem como o Código Civil de 1867, cujo artigo 2399.º previa apenas que os empregados públicos seriam responsáveis pelas perdas e danos que causassem se excedessem ou não cumprissem as disposições da lei no exercício das suas funções, respondendo nesse caso como qualquer cidadão, nos termos do artigo

⁶⁴ Sobre este ponto, v. as obras citadas na nota 58 e Carlos Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil... cit.*, anotações 7 e 8 ao artigo 15.º, págs. 319 e segs., e anotação 11 ao artigo 7.º, págs. 157 e segs., Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, págs. 423 e segs., que seguimos de perto, e Maria J. Rangel de Mesquita, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009, págs. 27 e segs.

⁶⁵ V. o artigo 14.º da Constituição de 1822, o artigo 147.º, § 27, da Carta Constitucional de 1826 e o artigo 26.º da Constituição de 1838.

2400.º do mesmo diploma. O debate sobre o reconhecimento da responsabilidade indemnizatória foi tão acalorado como em França, destacando-se a opinião de autores como Guilherme Moreira, Martinho Nobre de Melo, ou Fezas Vital, a favor do reconhecimento deste instituto. Destacou-se ainda a doutrina de Cunha Gonçalves que, como Duguit, defendeu uma responsabilidade fundada num critério objetivo, a partir da ideia de risco, segundo o princípio de que quem tira proveito de certas atividades, deve suportar os danos que delas decorrem, suprimindo qualquer critério de culpa ou ilicitude.

O reconhecimento da responsabilidade indemnizatória ocorreria no século XX, pese embora a Constituição de 1911 não a consagrasse, e a Constituição de 1933 apenas reconhecesse, no artigo 8.º, n.º 17, o direito à «reparação de toda a lesão efetiva conforme dispuser a lei». Todavia, em 1930 o Código de Seabra foi revisto, e a redação do seu artigo 2399.º foi alterada, passando este a prever que os entes públicos responderiam solidariamente com os empregados públicos pelos danos que estes causassem por excesso ou incumprimento da lei no exercício das suas funções. Novo passo seria dado pelo Código Administrativo de 1936-1940, que consagrou no artigo 366.º a responsabilidade exclusiva das autarquias locais pelos atos lesivos ilegais de titulares dos seus órgãos ou funcionários praticados dentro das suas atribuições e das suas competências, desde que obedecessem às formalidades legais⁶⁶.

Particularmente relevante foi a discussão travada neste período a propósito da responsabilidade por intervenções lícitas, tendo grande parte da doutrina recusado a sua existência fora dos casos previstos na lei, como a expropriação ou a revisão de sentenças injustas. A favor desta doutrina, invocavam-se os excessivos encargos financeiros que a consagração da responsabilidade por intervenções lícitas comportaria, bem como a tradição do nosso direito, adversa a essa consagração. Porém, admitia-se que a igualdade perante os encargos públicos exigia o ressarcimento dos danos especiais e anormais causados pelas intervenções dos entes públicos, ficando a sua consagração casuística dependente da discricionariedade do legislador. Tal entendimento seria invertido pela doutrina, através de Afonso Queiró, que defendeu a existência da responsabilidade por factos lícitos com base na analogia com o regime da expropriação

⁶⁶ V. Freitas do Amaral, *Curso...*, cit., Vol. II, págs. 681 e segs, Gomes Canotilho, *O problema da responsabilidade...*, cit., págs. 59 e segs., e Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado...*, cit., págs. 61 e 76.

e no artigo 8.º, n.º 17 da Constituição de 1933, e de Marcello Caetano, que alterando a sua opinião, passou a defender após 1950 a existência de um princípio geral de responsabilidade por factos lícitos com base no artigo 2397.º do Código Civil de 1867, que consagrava a indemnização no caso de lesões do direito de propriedade ordenadas por autoridade pública no exercício das suas atribuições ou se o benefício resultante do sacrifício se estendesse a uma povoação inteira⁶⁷. Seria esta última a orientação a ganhar consagração legislativa.

A entrada em vigor do Código Civil de 1966 trouxe novos dados, afirmando o artigo 501.º deste diploma que os entes públicos, quando atuem na esfera da gestão privada, responderão nos termos da responsabilidade do comitente pelos atos do comissário. No entanto, permanecia em falta um regime geral da responsabilidade extracontratual dos entes públicos. Esse regime surgiu com o Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, da autoria de Afonso Queiró, sendo plenamente consagrada a responsabilidade do Estado pelos factos funcionais praticados pelos titulares de órgãos ou funcionários, consagrando-se no artigo 2.º do referido diploma o direito de regresso do Estado e demais entes públicos contra os titulares de órgãos ou funcionários no caso de factos praticados por estes com negligência grosseira. Previu-se ainda, no artigo 3.º, a responsabilidade solidária do Estado com os funcionários no caso de atuação dolosa destes, sendo a responsabilidade pelo risco consagrada no artigo 8.º e a responsabilidade por factos lícitos regulada pelo artigo 9.º⁶⁸, quanto a atos administrativos ou atos materiais lícitos, que, praticados no interesse geral, impusessem encargos ou causassem prejuízos especiais e anormais aos particulares, (n.º1), e quanto a atos praticados em estado de necessidade e por motivo de imperioso interesse público que implicassem o sacrifício, total ou parcial, de coisa ou direito de terceiro (n.º2). Assim, foi instaurado entre nós um sistema de responsabilidade de tipo francês, que só mudaria com o Regime aprovado pela Lei n.º 67/2007.

Novas exigências surgiriam com o quadro constitucional e legal posterior a 25 de Abril de 1974, em particular na problemática que nos ocupa. Dado que este quadro se mantém em vigor, analisá-lo-emos na Parte II da presente dissertação, com recurso aos danos que esta evolução nos vários países nos forneceu.

⁶⁷ Sobre esta discussão v., no primeiro sentido, Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1974, págs. 144 e segs., citando a opinião diversa de Afonso Queiró; no segundo sentido, Marcello Caetano, *Manual...*, *cit.*, Tomo II, págs. 1238 e segs.

⁶⁸ Sobre este diploma, v. Marcello Caetano, *Manual...*, *cit.*, Tomo II, págs. 1218 e segs.

Parte II

Fundamento e regime da indemnização pelo sacrifício

Capítulo I

Fundamento constitucional da indemnização pelo sacrifício

1. O princípio do Estado de Direito e o artigo 22.º da Constituição

Com a instauração do Estado de Direito operada pela vigente Constituição de 1976, surgiram inovações constitucionais que teremos de considerar na busca do fundamento da indemnização pelo sacrifício. Das novas normas constitucionais podem retirar-se numerosos princípios e dados úteis nesta matéria. Desde logo, o princípio do Estado de Direito, consagrado no artigo 2.º da Constituição, que refere: «A República Portuguesa é um Estado de Direito democrático baseado (...) no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais.»⁶⁹. Desta norma, enquanto consagração do referido princípio, decorre uma miríade de subprincípios fundamentais que asseguram o respeito pelos direitos dos cidadãos, entre os quais o *direito geral à reparação dos danos causados pelas intervenções dos entes públicos*, na esteira do artigo 8.º, n.º 17 da Constituição anterior. A partir desta ideia, poderia fundar-se a indemnização pelo sacrifício no princípio do Estado de Direito, que imporia que as intervenções lesivas lícitas dos entes públicos fossem acompanhadas de indemnização, porém, esta ideia não nos fornece um fundamento específico, dado que este princípio tanto fundamenta a responsabilidade por factos ilícitos, como a responsabilidade pelo

⁶⁹ V. as anotações ao artigo 2.º de Gomes Canotilho e Vital Moreira, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 203 e segs.

risco e a responsabilidade por intervenções lícitas. É possível retirar do princípio do Estado de Direito o direito geral dos cidadãos à reparação dos danos, que cobre todo o tipo de responsabilidade pública, mas não devemos ir mais longe, dado que este princípio aglutina vários subprincípios, concretizados noutros preceitos, ao que acresce que, face aos problemas levantados pela responsabilidade por intervenções lícitas, é insuficiente retirar do princípio do Estado de Direito o seu fundamento. Não podemos prescindir de uma concretização constitucional e legal.

Haverá que considerar outras normas, nomeadamente o artigo 22.º da Constituição, com a epígrafe «Responsabilidade das entidades públicas», dispõe:

«O Estado e demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.»

É esta a norma constitucional que regula a responsabilidade indemnizatória, sendo complementada por outras previsões constitucionais⁷⁰. Este preceito levanta numerosos problemas⁷¹, cuja análise exorbita do âmbito das nossas considerações, porém, teremos de analisar algumas questões relevantes. São elas o sentido geral deste preceito, a sua natureza e o seu relevo em matéria de responsabilidade indemnizatória por intervenções lícitas.

Quanto ao sentido geral desta norma, é pacífico o entendimento de que ela consagra um princípio de responsabilidade *direta do Estado e demais entes públicos*, ou seja, *um princípio de responsabilidade dos poderes públicos* pelos factos dos seus funcionários e agentes praticados no exercício das suas funções e por causa delas que lesem os direitos dos particulares, independentemente da forma de atuação em causa. Decorre da Constituição que os entes públicos respondem pelos danos causados pelos factos dos seus funcionários e agentes que atuem em seu nome. Nas palavras de Freitas do Amaral: «o autor da lesão é a própria Administração no exercício da função administrativa», daí que a obrigação de indemnizar «se estabeleça diretamente entre o

⁷⁰ V. os artigos 271.º, (Responsabilidade dos funcionários e agentes), 117.º, (Responsabilidade dos titulares de cargos políticos) e 216.º, n.º 2 (Responsabilidade dos juízes), entre outros.

⁷¹ Sobre este preceito, no sentido correto, v. a anotação de Gomes Canotilho e Vital Moreira, in *Constituição Anotada cit.*, Vol. I, págs. 422 e segs., e António Barbosa de Melo, “Responsabilidade Civil Extracontratual — não cobrança de derrama pelo Estado”, in *Coletânea de Jurisprudência*, Ano XI, Tomo IV, 1986, págs. 33 e segs. Na jurisprudência, v. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 236/2004, de 13 de Abril de 2004, processo n.º 92/03, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

lesado (credor) e a Administração (devedora): é esta que, em primeira linha é responsável.»⁷². O facto lesivo dos agentes e funcionários é visto como facto do próprio ente público que representam, não sendo a responsabilidade dos entes públicos uma responsabilidade por facto de outrem. Os entes públicos respondem diretamente perante os cidadãos lesados pelas suas intervenções.

Já a natureza jurídica deste artigo levanta controvérsia, sendo tal preceito considerado um princípio geral⁷³, uma garantia institucional⁷⁴, ou reconhecendo-se-lhe uma dimensão subjetiva, no sentido de consagrar um verdadeiro *direito fundamental de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias* nos termos do artigo 17.º da Constituição⁷⁵. A importância desta questão reside no facto de tradicionalmente se entender que os *princípios-garantia* e as *garantias institucionais*, ao contrário dos direitos fundamentais, não gozam da aplicabilidade direta conferida pelo artigo 18, n.º 1 da Constituição; antes reconhecem o conteúdo essencial e objetivo de certo instituto, deixando-o aberto à conformação do legislador, vedando-lhe a sua descaracterização⁷⁶, o que a aplicar-se ao artigo 22.º atenuaria a sua força jurídica. A jurisprudência tem analisado esta questão, sendo que o Tribunal Constitucional encara tendencialmente o artigo 22.º como uma garantia institucional, com algumas decisões opostas⁷⁷. Os defensores da natureza de garantia institucional baseiam-se a inserção do artigo 22.º em sede de princípios fundamentais, bem como a amplitude do seu conteúdo, que não é claro quanto aos pressupostos de responsabilidade e do consequente direito à

⁷² V. Freitas do Amaral, *Curso... cit.*, Vol. II, pág. 699, e Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada cit.*, Vol. I, anotação IV ao 22.º, p. 426.

⁷³ É a opinião de Barbosa de Melo, in “Responsabilidade Civil Extracontratual — não cobrança de derrama pelo Estado”, *loc. cit.* na nota 71, pág. 36.

⁷⁴ É a opinião de Vieira de Andrade, in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 136, e do Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 236/2004 *cit.*

⁷⁵ É a opinião de Freitas do Amaral, in *Curso... cit.*, Vol. II, págs. 698-699, Rui Medeiros, anotações ao artigo 22.º, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, em especial X a XII, págs. 477 e segs., e Jorge Miranda, in *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 355-356.

⁷⁶ Seguimos de perto nesta definição Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais... cit.*, págs. 134-136, 184-186, e 193 e segs., que refere, no entanto, que as garantias institucionais em matéria de direitos fundamentais gozam de aplicabilidade direta.

⁷⁷ No primeiro sentido, v. os Acórdãos do Tribunal Constitucional, n.º 5/2005, de 5 de Janeiro, Processo n.º 335/02, n.º 12/2005, de 12 de Janeiro, Processo n.º 3/00, e n.º 185/2010, de 2 de Maio, Processo n.º 826/28; no segundo sentido, v. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 45/1999, de 19 de Janeiro, Processo n.º 101/98, in www.tribunalconstitucional.pt.

indemnização, o que seria incompatível com a densidade de conteúdo exigível a uma norma respeitante a um direito fundamental diretamente aplicável nos termos do n.º 1 do artigo 18.º, n.º 1, da Constituição⁷⁸. Tais argumentos são contrariados pela opinião oposta, que alega que a incompletude do conteúdo do artigo 22.º da Constituição não obsta a que se retire dele um direito fundamental⁷⁹.

Por nossa parte, entendemos que esta norma deve ser qualificada como um princípio geral⁸⁰ ou um «princípio-garantia» estreitamente ligado ao Estado de Direito e à proteção jurídica dos particulares, tendo uma dimensão sobretudo objetiva no sentido de acolher um instituto decorrente do princípio do Estado de Direito, cujo conteúdo o legislador deve concretizar, embora goze de larga margem de conformação. É decisiva neste ponto a localização sistemática do preceito, e a amplitude do seu conteúdo, que carece de densificação. No entanto, cremos que, pelo intuito de proteção jurídica que este artigo tem em mente, existe uma certa dimensão subjetiva neste preceito, ainda que atenuada, não no sentido de este consagrar o conteúdo de um direito fundamental, mas antes de salvaguardar o conteúdo essencial de um meio de tutela de direitos fundamentais, vedando ao legislador a sua violação. Não nos repugna a qualificação do artigo 22.º como uma garantia institucional, dado que também entendemos que este preceito confere uma tutela indireta de direitos, porém, cremos que a consequência de inaplicabilidade direta decorrente desta qualificação deve ser entendida em termos hábeis. É fora de dúvida que não decorre do artigo 22.º uma posição jurídica autónoma dos particulares, que decorrerá da verificação de pressupostos a fixar em lei, no entanto, cremos que esta norma tem a força jurídica de um princípio normativo do Direito Administrativo⁸¹, podendo ser invocado como fundamento de soluções, ao lado da lei, e, sobretudo ser aplicado em caso de violação pela lei do seu conteúdo essencial ou na falta de uma lei que consagre a responsabilidade civil do Estado. Assim, está constitucionalmente vedada ao legislador a desresponsabilização do Estado pela violação dos direitos dos particulares, bem como a insusceptibilidade de esta ser averiguada em tribunal. Temos como inquestionável que, se inexistisse um regime legal

⁷⁸ V. Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado...*, *cit.*, págs. 424 e segs..

⁷⁹ V. Rui Medeiros, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Anotada cit.*, Tomo I, anotação X ao artigo 22.º, pág. 478.

⁸⁰ V., em termos próximos, Barbosa de Melo, *ob. e loc. cits.* na nota 73.

⁸¹ Sobre a força jurídica destes princípios v. Afonso Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, policopiado, Coimbra, 1976, págs. 291 e segs., e 308 e segs.

que admitisse a responsabilidade do Estado, ou se as suas previsões contrariassem o conteúdo essencial do artigo 22.º da Constituição, estaríamos perante uma inconstitucionalidade por omissão, ou perante uma lei inconstitucional, o que nos obrigaria a aplicar esse conteúdo essencial, pelo que o artigo 22.º só deverá ser aplicado diretamente em casos excecionais⁸².

Analisados o sentido geral e a natureza do artigo 22.º da Constituição, vejamos se o princípio geral nele contido também se refere à responsabilidade por intervenções lícitas em sentido amplo e, por conseguinte, à indemnização pelo sacrifício. Para responder a esta questão, teremos que analisar o conteúdo deste preceito em matéria do pressuposto da ilicitude. Este pressuposto é referido nos artigos 22.º e o artigo 271.º, n.º 1, do Constituição, este último em sede de responsabilidade de titulares de órgãos, funcionários e agentes, que aludem à «violação dos direitos, liberdades ou garantias ou prejuízo para outrem», e à «violação dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos», respetivamente. É entendimento comum que, segundo estes preceitos, a ilicitude resulta da violação de posições jurídicas subjetivas, e não da mera violação de normas, distinguindo-se a ilegalidade da ilicitude, mais amplamente face ao que por exemplo o artigo 483.º, n.º 1 do Código Civil prescreve, embora o artigo 9.º, n.º 1 do RRCEE equipare ilicitude e ilegalidade⁸³. Assim, resulta da Constituição que o pressuposto da ilicitude é entendido enquanto ilicitude da conduta e ilicitude do resultado, exigindo-se que o facto praticado viole as posições jurídicas dos particulares. Porém, abrangerá o princípio geral deste preceito a responsabilidade decorrente de intervenções lícitas?

⁸² Neste ponto, distingue-se a *aplicabilidade direta* do artigo 22.º da Constituição da sua *exequibilidade imediata*, referindo-se esta à necessidade de mediação legislativa para conferir efeito prático a este preceito, afirmando alguma doutrina que o artigo 22.º é diretamente aplicável e exequível por si mesmo, sendo a mediação legislativa apenas conveniente para lhe conferir maior exequibilidade. V. Rui Medeiros, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Anotada cit.*, Tomo I, anotação XII ao artigo 22.º, pág. 480. Distingue-se ainda entre o princípio de responsabilidade direta da Administração previsto neste artigo, que seria diretamente aplicável, do seu restante conteúdo, que careceria de mediação concretizadora do legislador. No bom sentido, v. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada cit.*, Vol. I, anotação VII ao artigo 22.º, pág. 429. Por nossa parte, consideramos que o artigo 22.º não é imediatamente exequível, carecendo de mediação legislativa, não sendo diretamente aplicável quanto à totalidade do seu conteúdo, mas apenas em caso de violação do princípio que prevê.

⁸³ Neste sentido, v. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada cit.*, Vol. II, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, anotação VI ao artigo 271.º, págs. 853-854.

A resposta levantou durante muito tempo controvérsia na doutrina, e ainda hoje não é pacífica⁸⁴, sendo maioritário o entendimento, a nosso ver acertado, de que *o artigo 22.º da Constituição não abrange a obrigação de indemnizar decorrente de intervenções lícitas*. Contra esta doutrina, invocava-se o princípio do Estado de Direito, do qual decorreria que qualquer consagração do princípio geral da responsabilidade do Estado teria de abranger a responsabilidade decorrente de intervenções lícitas, sob pena de violação do princípio do Estado de Direito, ao que acresceria que, a admitir-se a opinião contrária, o artigo 22.º teria um âmbito mais restrito do que a lei ordinária, o que dificilmente se compreenderia, invocando-se ainda a referência da parte final do artigo 22.º a «prejuízo para outrem», visa abranger a responsabilidade por intervenções lícitas, por contraposição à «violação», que se referiria à responsabilidade por factos ilícitos⁸⁵.

Contra estes argumentos, a doutrina maioritária invoca a referência desse preceito à «responsabilidade solidária» dos entes públicos com os titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, que só pode conceber-se se o titular de órgão, funcionário ou agente tiver agido com culpa, caso contrário teríamos que entender que a Constituição onera os servidores do Estado com a responsabilidade ainda que estes tivessem agido licitamente ou sem culpa⁸⁶, referindo-se ainda que a expressão «prejuízo para outrem» não afirma a responsabilidade do Estado por intervenções lícitas, dado que, dos trabalhos preparatórios da elaboração deste preceito resulta que não se pretendeu incluir no âmbito de aplicação deste preceito esse instituto⁸⁷. Por outro lado, quer em caso de factos ilícitos, quer em caso de intervenções lícitas, pode afirmar-se que a responsabilidade resulta de um prejuízo para outrem, o que só poderá levar à conclusão da impossibilidade de fundar a doutrina oposta nesta expressão do texto.

Esta expressão terá outro significado. A doutrina maioritária, pese embora as dúvidas levantadas pela falta de clareza do texto constitucional, entende que o «prejuízo

⁸⁴ No sentido positivo, v. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 353-354, no sentido negativo, v. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada cit.*, Vol. I, anotação IX ao artigo 22.º, págs. 431-432, Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais... cit.*, pág. 353, e Rui Medeiros, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Anotada cit.*, Tomo I, anotações IX e XVII ao artigo 22.º, págs. 475-476 e 485.

⁸⁵ V. Jorge Miranda, *ob. e loc. cit.* na nota 84.

⁸⁶ Sobre esta discussão, e neste sentido, v., desenvolvidamente, Rui Medeiros, *Ensaio... cit.*, págs. 92 e segs. V. ainda os autores e obras citados na nota 71.

⁸⁷ V. Rui Medeiros, *Ensaio... cit.*, págs. 100 e segs.

para outrem» visa colocar no campo de aplicação deste preceito as lesões de posições jurídicas subjetivas diversas dos direitos, liberdades e garantias. A favor desta interpretação militam o artigo 271.º, n.º 1 da Constituição, que deverá ser aplicado em coordenação com o artigo 22.º e que, no fim da sua primeira parte, refere que os funcionários e agentes do Estado e demais entes públicos respondem pelas «*violações dos direitos ou interesses legalmente protegidos*», e os trabalhos preparatórios da elaboração deste preceito, ao que acresce o facto de a Constituição regular noutros preceitos institutos que tradicionalmente se reconduziam à responsabilidade do Estado por intervenções lícitas, como o artigo 62.º, n.º 2, que subordina a requisição e expropriação ao pagamento de justa indemnização, e o artigo 83.º, que remete para a lei a fixação dos critérios da indemnização resultante de apropriação pública dos meios de produção, como a nacionalização, o que seria incompreensível se a responsabilidade dos entes públicos por intervenções lícitas fosse coberta pelo artigo 22.º⁸⁸.

A estes argumentos acresce a lógica própria da responsabilidade do Estado por intervenções lícitas, que distancia este instituto do texto do artigo 22.º, *concebido para consagrar as hipóteses tradicionais de responsabilidade*. Por outro lado, é invocável a sobrecarga para os cofres públicos que resultaria da fundamentação da responsabilidade por intervenções lícitas no artigo 22.º. Com efeito, se esta responsabilidade é por natureza limitada, em virtude de resultar de factos praticados na prossecução do interesse público, não se compreende como possa ser afirmada sem recurso a uma lei que a preveja, seja enquanto elemento do regime geral da responsabilidade do Estado, seja enquanto norma especial. Caso contrário, estaríamos a desconsiderar o interesse, igualmente relevante, da sustentabilidade financeira do Estado, e a ultrapassar os limites do correto exercício dos direitos dos particulares, que de resto se tornaria inútil se inexistisse meio de os ressarcir dos seus prejuízos, pelo que a aplicação deste instituto deve depender da *dignidade jurídica e da intensidade das lesões* sofridas pelos particulares.

⁸⁸ Assim, v., Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada cit.*, Vol. I, anotação IX ao artigo 22.º, págs. 431-432 e Rui Medeiros, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Anotada cit.*, Tomo I, anotação XVII ao artigo 22.º, pág. 485, que altera o entendimento que exprimia em *Ensaio... cit.*, págs. 110 e segs., de que a parte final do artigo 22.º visava abranger a compensação de danos não patrimoniais, uma opinião a nosso ver indefensável, dado que da violação dos direitos, liberdades e garantias também podem resultar danos não patrimoniais.

Logo, o adequado fundamento constitucional da responsabilidade por intervenções lícitas deverá residir noutros preceitos.

2. O princípio da igualdade perante os encargos públicos

Refutada a tentativa de fundar a indemnização pelo sacrifício apenas na ideia de Estado de Direito e no artigo 22.º da Constituição, teremos de considerar outros fundamentos.

Entre nós, à semelhança do caso francês, a doutrina e a jurisprudência fundamentaram desde sempre este instituto no *princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos*. Este princípio, enquanto manifestação do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, implicaria que «se um direito tem de ser sacrificado ao interesse público, torna-se necessário que esse sacrifício não fique iniquamente repartido pela coletividade»⁸⁹. Tal finalidade seria atingida por via da indemnização imposta aos entes públicos. Nestes termos, sempre que um particular, «em comparação com os restantes cidadãos, suporta um sacrifício especial e desigual em benefício da comunidade deve ser, por efeito do princípio da igualdade, indemnizado por essa mesma comunidade»⁹⁰. A indemnização nestes casos visaria repor a igualdade entre os membros da comunidade, de modo a evitar desequilíbrios gravosos na contribuição de cada um para o funcionamento dos serviços públicos, equiparando as contribuições de todos os cidadãos. Em bom rigor, este princípio resulta da vinculação pela administração ao princípio da igualdade previsto no artigo 13.º, n.º 1, da Constituição, segundo o qual não podem ocorrer diferenciações da dignidade social dos cidadãos perante a lei, de onde decorre que a Administração não pode impor aos particulares sacrifícios especiais sem que os compense, sob pena de violar esse

⁸⁹ Citamos Marcello Caetano, *Manual..., cit.*, Tomo II, pág. 1239.

⁹⁰ Transcrevemos Alves Correia, *Manual..., cit.*, Vol. I, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, págs. 730-731.

preceito⁹¹. Este princípio afirmou-se no direito francês desde a Declaração de Direitos de 1789, tendo influenciado outros países, e adapta-se perfeitamente a hipóteses de imposição de encargos especiais aos particulares, desde a tradicional responsabilidade por factos lícitos à expropriação⁹². E compreende-se porquê. Assentando a responsabilidade por intervenções lícitas neste princípio, justifica-se que só sejam ressarcidos os danos que excedam a medida da contribuição com que cada cidadão deve concorrer para o bem-estar da coletividade. Daqui resulta, a consagração, entre nós e em França, das exigências de especialidade e anormalidade do prejuízo causado, que visam limitar a medida dos danos indemnizáveis. Assim, podemos dizer que a limitação da indemnização por intervenções lícitas constitui o preço a pagar pela existência de serviços que garantam as necessidades da coletividade, ao passo que a obrigação de indemnizar imposta aos entes públicos se pode conceber como a contrapartida do exercício de uma atividade lícita que pode causar danos que perturbem o equilíbrio na contribuição dos cidadãos para os encargos públicos⁹³.

É esta função da reposição de igualdade que impõe à jurisprudência e à doutrina grande cautela na apreciação dos pressupostos da responsabilidade por intervenções lícitas, evitando-se a sobrecarga dos cofres públicos com indemnizações excessivas face à dignidade das situações. A este respeito, refere Gomes Canotilho⁹⁴ que o sacrifício deve tratar-se de um ataque grave, devendo evidenciar «consistência jurídica suficiente para, no caso de compressão grave, poder justificar, a favor do titular, uma proteção ressarcitória», acrescentando que da intervenção dos entes públicos deverá resultar «a imposição de um sacrifício desigual perante os outros concidadãos». Assim, só deverão caber na indemnização por intervenções lícitas danos especiais e anormais inequivocamente graves. A jurisprudência segue esta doutrina. Como refere o Supremo Tribunal Administrativo, o dano indemnizável deverá ter «certo peso ou gravidade, em termos de ultrapassar os limites daquilo que o cidadão tem de suportar enquanto

⁹¹ Neste sentido, v. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada cit.*, Vol. I, anotação XI ao artigo 13.º, pág. 345, que no entanto ligam o princípio da igualdade perante os encargos públicos ao artigo 22.º da Constituição, que vimos não relevar nesta matéria.

⁹² V. Alves Correia, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1990, págs. 457 e segs.

⁹³ V. Louis de Gastines, *ob. e loc. cits.*, na nota 24, págs. 148 e segs..

⁹⁴ V. *O problema da responsabilidade...*, *cit.*, págs. 270 e segs.

membro da comunidade, isto é, que extravase dos encargos... exigíveis como contrapartida da existência e funcionamento dos serviços públicos...»⁹⁵.

Por nossa parte, aderimos a esta doutrina. Face às especificidades da responsabilidade por intervenções lícitas, a igualdade perante os encargos públicos é de longe o princípio que melhor explica a sua natureza e o seu regime. Com efeito, foi este o princípio que sempre presidiu à consagração de hipóteses de ressarcimento de prejuízos causados por intervenções lícitas lesivas dos direitos dos particulares. Exemplos disto são os artigos 62.º, n.º 2, da Constituição, que, referindo-se à expropriação, não deixa de ter presente, ainda que em menor grau, devido às especificidades deste instituto, o princípio da igualdade perante os encargos públicos, ao mencionar a «justa indemnização» devida em caso da expropriação⁹⁶. O mesmo sucede com o artigo 83.º da Constituição, referente à nacionalização. Assim, indemnização por intervenções lícitas e igualdade são dois conceitos indissociáveis, não se averiguando razões para procurar outro fundamento constitucional para este instituto⁹⁷.

Esta doutrina parece-nos aplicável à indemnização pelo sacrifício introduzida pelo RRCEE, havendo razão para alterar a doutrina aplicada na vigência do Decreto-Lei n.º 48 051. Independentemente da distinção entre responsabilidade por factos lícitos e indemnização pelo sacrifício, o fundamento de ambos os institutos é o princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, dado que em ambos os casos se trata de ressarcir danos resultantes de intervenções autorizadas pelo direito, que levantam problemas em sede de repartição dos encargos públicos, ainda que em termos diversos. Este entendimento tem sido seguido pela doutrina que se debruçou sobre o

⁹⁵ Citamos o Acórdão deste Tribunal de 5 de Novembro de 2003, processo n.º 01100/02. No mesmo sentido, ver os Acórdãos do mesmo Tribunal de 10 de Outubro de 2002, de 13 de Janeiro de 2004, de 21 de Junho de 2007, de 30 de Abril de 2008, de 17 de Dezembro de 2008, e de 28 de Fevereiro de 2012, processos n.ºs 048404, 040581, 0110/06, 0913/07, 0348/08 e 01077/11, respetivamente, disponíveis em www.dgsi.pt.

⁹⁶ Neste sentido, v. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada cit.*, Vol. I, anotação XVII ao artigo 62.º, pág. 808-809.

⁹⁷ V. Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado...*, *cit.*, págs. 54-55 e nota 38. Discordamos de Rui Medeiros que, in *Ensaio... cit.*, págs. 239 e segs., defendia que o fundamento da responsabilidade por intervenções lícitas reside no princípio da justa indemnização por expropriação previsto no artigo 62.º, n.º 2 da Constituição, não só porque este artigo também comunga da ideia de igualdade perante os encargos públicos, como também pelo facto de uma interpretação deste artigo em termos amplos levantaria problemas, dada a especificidade do regime previsto por este preceito.

novo regime da responsabilidade civil extracontratual dos entes públicos, sem grandes alterações⁹⁸.

Assim, o fundamento da indemnização pelo sacrifício reside no princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, exigência de justiça distributiva que reequilibra as contribuições dos cidadãos para os custos da vida em sociedade.

⁹⁸ V. Fernando Alves Correia, *ob. e loc cits.* na nota 2, págs. 144 e segs., Vieira de Andrade, *ob. e loc cits.* na nota 8, pág. 354, e Carlos Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil... cit.*, anotação 1 ao artigo 16.º, págs. 359 e segs.

Capítulo II

Regime da indemnização pelo sacrifício

1. Âmbito de aplicação da indemnização pelo sacrifício

1.1. Preliminares. Conceitos operativos e primeira aproximação ao problema

Considerado o fundamento constitucional da indemnização pelo sacrifício, teremos de analisar a questão central do âmbito instituto da indemnização pelo sacrifício no nosso direito, em particular a sua relação com outras figuras. Na verdade, até este ponto, temos analisado a indemnização pelo sacrifício e as figuras com ela relacionadas aglutinando-as no conceito geral de *responsabilidade indemnizatória dos entes públicos por intervenções lícitas em sentido amplo*, porém, o problema jurídico em causa é mais complexo do que a simplicidade deste quadro, nos vários ordenamentos jurídicos da Europa, e em particular entre nós, com a entrada em vigor do artigo 16.º do RRCEE. Anteriormente à entrada em vigor deste diploma, o Decreto-Lei n.º 48 051 regulava o instituto da responsabilidade por factos lícitos no artigo 9.º, uma designação que não foi acolhida pelo novo diploma. Assim impõem-se as questões: *responsabilidade por factos lícitos e indemnização pelo sacrifício são conceitos equivalentes?* O âmbito de aplicação do novo e do antigo instituto coincidem? A existirem diferenças entre os dois institutos, a que critério há que recorrer para reconduzir uma prestação de ressarcimento emergente de intervenções lícitas dos entes públicos a um ou outro instituto? Que reflexos têm as diferenças entre estes dois institutos nos respetivos regimes jurídicos? São questões complexas, cuja resposta tem ocupado amiúde a doutrina estrangeira, com diversidade de soluções.

A solução destas questões consistirá na pedra de toque da conceção que será defendida no decurso da presente dissertação. Para compararmos entre estes dois institutos, antes de considerarmos o seu campo de aplicação específico, convirá atentar

nos dois textos legislativos relevantes nesta problemática. Dispunha o texto do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051, entendido como a consagração da responsabilidade por factos lícitos:

«1. O Estado e demais pessoas coletivas públicas indemnizarão os particulares a quem, no interesse geral, mediante atos administrativos legais ou atos materiais lícitos, tenham imposto encargos ou causado prejuízos especiais e anormais.

2. Quando o Estado ou as demais pessoas coletivas públicas tenham, em estado de necessidade e por motivo de imperioso interesse público, de sacrificar especialmente, no todo ou em parte, coisa ou direito de terceiro, deverão indemnizá-lo.»

Já o artigo 16.º do RRCEE, único preceito do seu Capítulo V, prescreve, sob a epígrafe «Indemnização pelo sacrifício» o seguinte:

«O Estado e demais pessoas coletivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afetação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado.»

A leitura destes preceitos torna clara a existência de semelhanças e diferenças entre os institutos constantes dos dois preceitos, e permite-nos constatar alguns dados úteis na análise aprofundada da relação entre responsabilidade por factos lícitos e indemnização pelo sacrifício e o seu âmbito com algum apoio, ainda que diminuto.

Atendendo a ambos os preceitos, resulta desde logo que ambos procuraram referir-se à atividade ablativa dos entes públicos, pelo menos em parte. Com efeito, ambos os preceitos se referem a formas de atuação dos entes públicos que por razões de interesse público ou geral, impõem encargos ou causam prejuízos especiais e anormais aos particulares. Ou seja, quer a anterior responsabilidade por factos lícitos quer, em parte, o preceito consagrador da indemnização pelo sacrifício regulam hipóteses de prestações de ressarcimento resultantes de danos causados pelos entes públicos a coberto do direito e por ele autorizados, surgindo o dano como aceitável na perspetiva do interesse público, como explicitaremos adiante. Porém, surgem aqui diferenças entre os dois institutos. De facto, o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051 parecia restringir o seu campo de aplicação às formas tradicionais da atividade administrativa, o ato administrativo e os atos materiais legais danosos. Ficavam aparentemente de fora do seu campo de aplicação os danos resultantes de regulamentos, ou seja, de normas gerais e

abstratas elaboradas pela Administração no exercício das suas funções. Tal não é o caso do artigo 16.º do RRCEE que, desconsiderando a distinção de formas de atividade, procurou abarcar toda a atividade dos entes públicos, jurídica e material⁹⁹. Particularmente interessante é o facto de o artigo 9.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 48 051 se referir aos sacrifícios especiais de coisas ou direitos de terceiro causados por motivos de imperioso interesse público em estado de necessidade. Abrangiam-se inequivocamente os danos resultantes de uma das mais tradicionais hipóteses de responsabilidade por factos lícitos: *o estado de necessidade*, entendido enquanto facto lesivo praticado com preterição das normas do procedimento administrativo com vista a dar resposta a imperiosas exigências de interesse público que não poderiam ser acauteladas de outra forma, como consta dos artigos 3.º, n.º 2 e 151.º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo (CPA)¹⁰⁰. Tal figura não é referida em ponto algum pelo artigo 16.º do RRCEE, o que levanta dúvidas sobre o enquadramento do estado de necessidade no seu âmbito de aplicação. Mais tarde veremos em que termos se soluciona esta questão.

Na análise dos dois preceitos resulta outra diferença. No artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051, a referência aos «atos administrativos» torna claro que se abrangiam apenas os danos causados no exercício de uma das funções do Estado, a função administrativa, de longe a hipótese mais frequente de responsabilidade pública. Diversamente, na estrutura do RRCEE, ao lado do Capítulo I com disposições gerais, encontra-se o Capítulo II, referente à responsabilidade pelo exercício da função administrativa, o Capítulo III, que por sua vez se refere à responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional, o Capítulo IV, que disciplina a responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional, e o Capítulo V, que contém o regime da indemnização pelo sacrifício¹⁰¹. Assim, o novo diploma admitiu a responsabilidade pelo exercício de todas as funções estaduais e procurou autonomizar a indemnização pelo sacrifício, o que leva a crer que se pretendeu acentuar que a sua disciplina consiste numa figura geral,

⁹⁹ Sobre este ponto, v. Fernando Alves Correia, *ob. e loc. cit.*, na nota 2, págs. 147 e segs., que seguimos de perto, e Luís Cabral de Moncada “A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 9 e segs., em especial 71 e segs.

¹⁰⁰ Neste sentido, v. Marcello Caetano, *Manual...*, *cit.*, Tomo II, págs. 1305 e segs.

¹⁰¹ V. Carlos Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil... cit.*, anotação 1 ao artigo 1.º, págs. 26 e segs.

aplicável a todas as funções do Estado sem exceção¹⁰². Porém, se não levanta dúvidas a aplicação deste preceito no campo da função administrativa e da função política, o mesmo não sucede a propósito da função jurisdicional, cuja responsabilidade se tem considerado assegurada pelo artigo 13.º do referido Regime, que regula a responsabilidade pelo erro judiciário, ao que acresce que se entende serem dificilmente concebíveis situações de indemnização pelo sacrifício no caso da função jurisdicional¹⁰³. Por nossa parte, sem discordarmos frontalmente desta doutrina, consideramos que não se deve arredar a possibilidade de ocorrerem casos respeitantes ao exercício da função jurisdicional subsumíveis ao regime do artigo 16.º do RRCEE, com o alcance que lhe daremos, em virtude do vasto leque de atuações, mesmo *materialmente administrativas*, que cai no âmbito daquela função¹⁰⁴. A aplicação deste preceito à função legislativa também levanta problemas. Com efeito, o artigo 15.º, n.º 1, do RRCEE, que regula a responsabilidade civil pelo exercício da função legislativa em caso de factos ilícitos, formula como pressuposto do dano indemnizável uma exigência comum à indemnização pelo sacrifício, a *anormalidade do dano*, limitativa dos prejuízos indemnizáveis. Assim, questiona-se o facto de, estando a responsabilidade por factos ilícitos praticados no exercício da função legislativa limitada a montante pela ilicitude, que apenas pode consistir na violação da Constituição, de ato legislativo com valor reforçado, do direito internacional e do direito da União Europeia, e a jusante pela anormalidade do dano, se a aplicação da indemnização pelo sacrifício à função legislativa não será uma extensão demasiada das hipóteses de responsabilidade, com a consequente sobrecarga dos cofres públicos¹⁰⁵. Analisando esta questão, diremos que a responsabilização do legislador acarreta necessariamente problemas, mais não seja pelo facto de atingir um leque de lesados consideravelmente mais vasto do que a função

¹⁰² É esta a opinião maioritária da doutrina. V., p. ex., Fernando Alves Correia, *ob. e loc cit.* na nota 2, págs. 150 e segs., e Luís Cabral de Moncada, *A responsabilidade civil extra-contratual do Estado. A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro*, Abreu Marques e Vinhas, 2008, págs. 90 e segs., e Guilherme da Fonseca e Miguel Bettencourt da Câmara, *A responsabilidade civil dos poderes públicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, págs. 62 e segs.

¹⁰³ Neste sentido, v. os autores e obras citados na nota 102.

¹⁰⁴ Neste sentido, v., o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 6 de Dezembro de 2012, processo n.º 07144/11, disponível em www.dgsi.pt, que condenou o Estado ao pagamento de uma indemnização pelo sacrifício resultante de atos praticados no decurso de um inquérito criminal por um Magistrado do Ministério Público.

¹⁰⁵ Esta questão é levantada por Fernando Alves Correia, *ob. e loc cit.* na nota 2, pág. 151, citando opinião paralela manifestada pelo Presidente da República em sede de veto político. Contra, v. Guilherme da Fonseca e Miguel Bettencourt da Câmara, *A responsabilidade civil... cit.*, pág. 16.

administrativa, ao que acresce a relativa prevalência que a função legislativa ainda hoje tem sobre as demais funções do Estado. Assim, estamos num domínio privilegiado do confronto entre as exigências do interesse público e de sustentabilidade financeira do Estado e os interesses dos lesados. Foi este conflito que levou o legislador a delimitar, quanto a nós com certo rigor, os pressupostos da responsabilidade pelo ilícito legislativo, cuja verificação deve ser cuidadosamente apreciada. Quanto à indemnização pelo sacrifício, idêntica cautela deverá ser observada, porém, tendo em conta o pressuposto acrescido da especialidade do dano formulado pelo artigo regulador da indemnização pelo sacrifício, que limita os danos indemnizáveis, bem como o grande relevo das hipóteses de danos resultantes do exercício da função legislativa que se reconduzem ao seu âmbito de aplicação, não se deverão colocar obstáculos de maior à aplicação da indemnização pelo sacrifício neste caso, sob pena de privarmos o lesado de um meio de tutela relevante, caso falhem os pressupostos da responsabilidade pelo ilícito legislativo, cabendo aos tribunais apreciar cautelosamente a verificação dos seus pressupostos.

Na análise de ambos os institutos há ainda que considerar os pressupostos de cada um. A este respeito, existe certa identidade entre a responsabilidade por factos lícitos do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051 e a indemnização pelo sacrifício do artigo 16.º do RRCEE. Ambos os preceitos consagram como pressupostos a especialidade e anormalidade do prejuízo. Porém, existem diferenças, dado que o diploma de 1967 não definia estes pressupostos, cuja concretização coube à doutrina e a jurisprudência¹⁰⁶, ao contrário do RRCEE, que prevê uma definição no artigo 2.º, que refere:

«Para os efeitos da presente lei, consideram-se especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afetarem a generalidade das pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito».

Atendendo a este preceito, que deve ser aplicado em conjugação com o artigo 16.º do mesmo Regime, é clara a semelhança do mesmo com o entendimento que a doutrina expressava a este respeito, e com o artigo 496.º do Código Civil Português, que

¹⁰⁶ Sobre estes pressupostos na vigência do Decreto-Lei n.º 48 051, v. António Dias Garcia, “Da responsabilidade civil objetiva do Estado e demais entidades públicas”, in *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública*, organização de Fausto de Quadros, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, págs. 189 e segs., em especial 206 e segs.

a propósito dos danos não patrimoniais usa um raciocínio semelhante¹⁰⁷. São claros na estruturação da definição da especialidade e anormalidade do prejuízo os reflexos de várias conceções da doutrina e da jurisprudência alemãs, nomeadamente da *teoria da intervenção individual (Einzeleingriffstheorie)*, entendida no sentido que lhe dava Gomes Canotilho¹⁰⁸, de encarar a especialidade do prejuízo como violação do princípio da igualdade na contribuição para os encargos públicos, atingindo desigualmente uma pessoa ou um grupo de pessoas em relação aos demais cidadãos, e, como é referido a propósito da delimitação entre a expropriação e a vinculação social da propriedade, da *teoria do sacrifício especial (Sonderopfertheorie)*, e da *teoria da gravidade, (Sweretheorie)*, que refere como pressuposto do dano indemnizável a gravidade da lesão¹⁰⁹. Salvo quanto a este último ponto, não deparamos com grandes novidades face ao que a doutrina entendia na vigência da legislação anterior¹¹⁰. O dano especial tem sido sempre entendido entre nós como um dano sofrido por uma determinada pessoa ou um certo grupo de pessoas, em virtude de uma certa posição relativa, ao passo que o dano anormal é entendido como um dano que ultrapassa os custos inerentes à vida em sociedade, pelo que não recai sobre o particular o dever de suportar a intervenção lícita lesiva.

Porém, o artigo 16.º do RRCEE acrescenta um dado relevantíssimo em matéria de cálculo da indemnização, referindo que, no mesmo, deverá atender-se «designadamente, *ao grau de afetação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado*». É evidente que esta expressão confere ampla liberdade ao julgador na determinação da indemnização, no quadro de um julgamento de equidade, recomendando-se-lhe uma atenção particular à dignidade jurídica da posição do lesado, que deverá apresentar-se suficientemente forte para determinar a aplicação da indemnização pelo sacrifício, pelo que por essa via se sublinha o *carácter compensatório da indemnização pelo sacrifício*. Este preceito impõe também a análise da intensidade da lesão sobre o conteúdo da posição jurídica afetada, atendendo-se à deterioração do seu conteúdo, que terá de ser traduzida em termos económicos, de modo

¹⁰⁷ Neste sentido, v. Carlos Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil... cit.*, anotações ao artigo 2.º, págs. 79 e segs., e anotação 10 ao artigo 15.º, págs. 331 e segs.

¹⁰⁸ V. *O problema da responsabilidade... cit.*, págs. 276 e segs.

¹⁰⁹ Sobre estas teorias, v. Alves Correia, *O plano urbanístico... cit.*, págs. 494 e segs.

¹¹⁰ V. António dias Garcia, *ob. e loc cits.* na nota 106.

a que possa ser ressarcida, quer a posição seja patrimonial, quer seja não patrimonial¹¹¹. Mas esta expressão tem outro sentido, particularmente importante. A referência à «violação» e ao «sacrifício» de direitos ou interesses é problemática, como explicitaremos adiante, mas podemos avançar que ela se refere a dois modos distintos de realização de lesões, ou seja, a *dois fundamentos distintos da obrigação indemnizatória prevista neste preceito*, referindo-se ao âmbito de aplicação concreto do preceito em questão, o que, a nosso ver, sustentará a posição que defenderemos.

A comparação dos dois preceitos que efetuámos dá-nos uma ideia, ainda que imperfeita, da relação entre a indemnização pelo sacrifício e a responsabilidade por factos lícitos, porém, permanece em aberto a relação entre os dois institutos e a sua distinção definitiva. Ao que acresce que teremos de introduzir um terceiro e importantíssimo conceito nesta relação. Como vimos, os primeiros casos que colocaram à doutrina e à jurisprudência problemas em matéria de responsabilidade por intervenções lícitas em sentido amplo foram os casos de *expropriação*, ou seja, de *atos dos poderes públicos que, por exigências de interesse geral, privam o particular de direitos de conteúdo patrimonial e operam a sua transferência definitiva para uma entidade que fica obrigada a pagar ao expropriado a correspondente indemnização*¹¹², sendo que as restantes figuras indemnizatórias emergiram do estudo destes casos. No entanto, se inicialmente a relação entre expropriação, responsabilidade por factos lícitos e indemnização pelo sacrifício não levantou problemas, reconduzindo-se todos os institutos à responsabilidade por factos lícitos, em breve surgiram dúvidas. E compreende-se porquê. Como é sabido, a expropriação em sentido clássico determina a ablação do direito de propriedade de bens imóveis, privando totalmente o particular deste direito, e operando uma verdadeira aquisição de bens pelo beneficiário da expropriação, o que, face à particular dignidade reconhecida ao direito de propriedade, que lhe confere assento constitucional, levou a que a expropriação fosse minuciosamente regulamentada, em termos de procedimento e em termos de cálculo da indemnização, sendo unânime o entendimento de que esta terá de obedecer a critérios de justiça, não podendo ser de tal modo irrisória que de nada sirva ao particular, nem tão excessiva que constitua um locupletamento injusto do particular à custa dos cofres

¹¹¹ Em termos próximos, v. Carlos Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil... cit.*, anotação 4 ao artigo 16.º, pág. 364, e Luís Cabral de Moncada *ob. cit.* na nota 102, pág. 96, que seguimos de perto.

¹¹² V. Marcello Caetano, *Manual..., cit.*, Tomo II, pág. 1020.

públicos. Assim, as Constituições europeias consagram o princípio da justa indemnização em caso de expropriação¹¹³ e entre nós o artigo 62.º, da Constituição, estabelece o seguinte:

«1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou morte, nos termos da Constituição.

2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efetuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização.»

O alcance deste preceito é equívoco¹¹⁴, mas parece claro que a Constituição exige que a indemnização por expropriação deve respeitar os princípios da igualdade e da proporcionalidade e o princípio da equivalência de valores, no sentido de se atingir uma «justa medida». Mas o texto constitucional vai mais longe, pois ao preceituar que a expropriação só pode ter lugar mediante justa indemnização, acolhe a nosso ver o princípio *do pagamento contemporâneo*¹¹⁵, encarando a indemnização como condição de validade do próprio ato expropriatório, pelo que o seu pagamento deverá ocorrer contemporaneamente ou antes do despojo do direito do particular. Esta observação permite-nos constatar uma importante diferença entre a responsabilidade por factos lícitos e a indemnização pelo sacrifício, por um lado, e a expropriação, por outro. Nos dois primeiros institutos a indemnização surge *como consequência de um facto danoso*, ou seja, é posterior em relação ao mesmo, porém, nos casos da expropriação, a indemnização é *condição de validade do próprio ato ablativo do direito, sendo prévia ou contemporânea da lesão*¹¹⁶. Não menos importante é o regime da indemnização por expropriação. Embora a Constituição deixe a configuração do regime ao legislador ordinário, é certo que os princípios constitucionais da indemnização por expropriação influenciam decisivamente a construção legal. Neste sentido, o artigo 23.º, n.º 1 do Código das Expropriações (CE) refere que «a justa indemnização não visa compensar o benefício alcançado pela entidade expropriante, mas ressarcir o prejuízo que para o expropriado advém da expropriação, correspondente ao valor real e corrente do bem de

¹¹³ V. o artigo 14.º, n.º 3 da *Grundgesetz* alemã, o artigo 42.º, n.º 3, da Constituição italiana e o artigo 33.º, n.º 3, da Constituição espanhola.

¹¹⁴ Em termos próximos, v. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada cit.*, Vol. I, anotação XVII ao artigo 62.º, págs. 808-809.

¹¹⁵ V., neste sentido, o artigo 1.º do Código das Expropriações aprovado pela Lei n.º 168/99, de 4 de Setembro.

¹¹⁶ Neste sentido, v. E. García de Enterría e T. R. Fernández, *Curso...*, *cit.*, Vol. II, págs. 251 e segs., e, entre nós, Vieira de Andrade *ob. e loc cits.* na nota 8, págs. 357 e segs.

acordo com o seu destino efetivo ou possível numa utilização económica normal, à data da publicação da declaração de utilidade pública, tendo em consideração as circunstâncias e as condições de facto existentes naquela data». Assim, na perspetiva adequada, a indemnização por expropriação *substitui o bem objeto de ablação pelo seu valor de mercado*, ainda que normativamente entendido, alcançando uma *compensação integral da perda do direito* que o particular sofreu, como sucede no direito comparado¹¹⁷. Estes traços do regime da indemnização expropriatória constituem outra diferença entre os três institutos em análise. De facto, se tanto a indemnização pelo sacrifício como a antiga responsabilidade por factos lícitos exigem como pressupostos dos danos indemnizáveis a *especialidade e a anormalidade*, que postulam que o *dano a ressarcir tenha certa dignidade jurídica*, a indemnização expropriatória abstrai destas considerações, substituindo um bem pelo seu valor de mercado, normativamente entendido. Logo, ao passo que, nos casos dos dois primeiros institutos os danos a indemnizar se encontram balizados, ficando excluídos da indemnização os danos que não sejam especiais e anormais, na expropriação alcança-se uma compensação integral dos danos causados ao particular.

Da descrição que fizemos dos três institutos em causa decorrem as duas questões que teremos de considerar. Em primeiro lugar, há que aprofundar a determinação do *sentido dogmático da responsabilidade por factos lícitos, da indemnização pelo sacrifício, e da expropriação por utilidade pública*, de modo a que as possamos distinguir, de seguida há que determinar *que casos se reconduzem a cada um dos institutos*, de modo a que precisemos o âmbito de cada um. São questões indissociáveis e de grande relevo, na perspetiva do interesse público e na perspetiva do lesado. Tal é claro particularmente no campo das ablações de direitos patrimoniais resultantes de intervenções lícitas, dado que, se os reconduzirmos ao regime da expropriação aplicar-se-á o regime que determina o cálculo da indemnização segundo o valor de mercado do bem ou direito afetado, ao passo que, se os reconduzirmos ao regime geral da responsabilidade dos entes públicos, terá de ser provada a especialidade e a anormalidade do dano, de modo a que este possa ser considerado indemnizável, o que apresenta sempre dificuldades, ao que acresce que o modo de cálculo da será feito segundo critérios equitativos.

¹¹⁷ V. F. Alves Correia, *Manual...*, cit., Vol. II, págs. 209 e segs., e nota 180, que seguimos de perto.

Para além da interessante questão dogmática, o problema da distinção entre estes três institutos é o *problema da determinação do regime respeitante ao pressuposto do dano indemnizável e ao cálculo da indemnização*, com consequências práticas importantíssimas, e interesses contrapostos em causa. De um lado os cofres públicos, que reclamam sustentabilidade e proporcionalidade das indemnizações a atribuir aos lesados e o interesse público, que receia a inibição dos entes públicos provocada pela aplicação de regimes indemnizatórios demasiado generosos, de outro lado os interesses dos lesados, que reclamam adequada proteção e cobertura face ao campo de intervenção crescente dos entes públicos.

A solução desta questão e a ponderação destes interesses não tem sido pacífica e, para esboçarmos uma solução, teremos de nos socorrer dos dados da jurisprudência estrangeira, mais habituada a deparar-se com esta questão, e que nos fornecerá o apoio necessário para tomarmos posição na divergência doutrinal que a introdução da indemnização pelo sacrifício levantou entre nós. Todavia, antes disso, faremos uma breve referência à relação entre indemnização pelo sacrifício, responsabilidade por factos lícitos e expropriação antes da entrada em vigor do Regime aprovado pela Lei n.º 67/2007.

1.2. A relação entre responsabilidade por factos lícitos, indemnização pelo sacrifício e expropriação na vigência do Decreto-Lei n.º 48 051

A distinção entre os três institutos que vimos de referir é um problema antigo na nossa doutrina, e que já se levantava na vigência do Decreto-Lei n.º 48 051. Com efeito, logo nos primeiros anos de vigência deste diploma surgem manifestações da dificuldade da doutrina em separar a responsabilidade por factos lícitos da indemnização pelo sacrifício. O artigo 9.º deste diploma consagrava a responsabilidade por factos lícitos como figura geral, e referia-se à imposição de um sacrifício de direitos ou de bens nos casos de estado de necessidade (n.º 2). Porém, era equívoco o alcance da referência à imposição de encargos e à causação de prejuízos constante do seu n.º 1. Assim, a doutrina referia indistintamente a responsabilidade por factos lícitos e a

indenização pelo sacrifício, referindo-se a esta última por vezes como representando qualquer dano causado a coberto da responsabilidade por factos lícitos¹¹⁸. Neste sentido, a expropriação era reconduzida à responsabilidade por factos lícitos, inexistindo qualquer distinção entre os três conceitos. Dotado de rigor dogmático, o Decreto-Lei n.º 48 051 parecia ter instaurado firmemente um sistema de responsabilidade indemnizatória de tipo francês, conferindo à responsabilidade por factos lícitos um carácter agregador de todas as prestações indemnizatórias resultantes de intervenções lícitas. Porém, as suas disposições seriam questionadas, em grande parte por só abrangerem os danos causados no exercício da função administrativa, cuja regulação não levantava dúvidas de maior.

Logo em 1974 Gomes Canotilho questiona a estrutura legal vigente, defendendo, inovadoramente, «um sistema totalizante de prestações reparatórias», que deveria abranger os danos causados lícitamente no exercício das funções legislativa e jurisdicional, a partir da ideia da superioridade normativa das disposições constitucionais sobre as restantes normas jurídicas¹¹⁹, uma orientação que só vingaria anos depois.

Após a entrada em vigor da Constituição de 1976, os problemas adquiriram novo relevo, em virtude de o novo diploma constitucional se referir em diversos preceitos à responsabilidade indemnizatória, ao que acresciam as exigências levantadas pelos princípios que a fundavam. Neste sentido, a doutrina defendeu crescentemente a necessidade de regular a responsabilidade do Estado pelo exercício das funções legislativa e jurisdicional. Constatando a referência exclusiva à função administrativa do artigo 9.º do diploma de 1967, a doutrina esboçou numerosas construções, à margem da lógica da responsabilidade por factos lícitos, para regular a responsabilidade indemnizatória em caso de atos legislativos e jurisdicionais lícitos. Assim, a ideia de indenização pelo sacrifício surge para justificar a responsabilidade do legislador por atos lícitos ablativos de direitos dos particulares, recorrendo-se para este efeito a uma analogia com os preceitos constitucionais sobre expropriação e nacionalização. Nesta linha está a posição de Manuel Afonso Vaz, que em nome da defesa da liberdade do legislador, rejeita a existência da responsabilidade por atos legislativos lícitos, defendendo que tais hipóteses se aproximam da expropriação, sendo a indenização

¹¹⁸ V., paradigmaticamente, Marcello Caetano, *Manual...*, cit., Tomo II, pág. 1241.

¹¹⁹ V. *O problema da responsabilidade...*, cit., págs. 171 e segs., e 223 e segs.

condição de licitude da lei ablativa, que seria inconstitucional se a não previsse¹²⁰. Diferentemente, Rui Medeiros, com base no artigo 62.º, n.º 2 da Constituição, defendeu a existência de um princípio da indemnização pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados causados por atos legislativos lícitos, prescindindo completamente do requisito da especialidade previsto pelo artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051, embora referisse que das normas constitucionais sobre expropriação e nacionalização se retiravam os pressupostos de uma responsabilidade civil do Estado por atos legislativos lícitos¹²¹. Outra forte crítica viria de Maria Lúcia Amaral, que opondo-se à doutrina que defendia a existência entre nós de uma responsabilidade do Estado por atos legislativos lícitos, propugnou, com base na análise de outros ordenamentos jurídicos, a inexistência de tal instituto e defendeu a vigência de um dever de indemnizar do legislador à margem da lógica da responsabilidade em caso de leis impositivas de sacrifícios graves e especiais, que deveriam incluir uma cláusula indemnizatória, sob pena de inconstitucionalidade. A responsabilidade ficava relegada para os casos de danos causados por leis violadoras de direitos fundamentais entre o momento da entrada em vigor e o momento da declaração de inconstitucionalidade. Para a autora, a declaração de inconstitucionalidade da lei expropriatória absorveria a responsabilidade do legislador, sendo esta subsidiária no caso de insuficiência dos efeitos reparatórios da declaração de inconstitucionalidade, ou no caso de esta não ser possível por a omissão da cláusula indemnizatória ser devida a erro de prognose do legislador¹²².

A pressão no sentido da quebra da unidade do sistema criado em 1967 foi grande, pese embora a doutrina maioritária continuasse a resolver todas as questões levantadas por via da responsabilidade, muitas vezes segundo uma interpretação incorreta do artigo 22.º da Constituição, colocando no seu campo de aplicação a responsabilidade por intervenções lícitas¹²³. Porém, as dúvidas eram crescentes¹²⁴.

Ao complexo problema da relação entre responsabilidade por factos lícitos e indemnização pelo sacrifício, juntar-se-iam problemas em matéria de direito do urbanismo. Com efeito, perante as normas constantes dos planos urbanísticos,

¹²⁰ V. Manuel Afonso Vaz, *A responsabilidade civil do Estado. Considerações breves sobre o seu estatuto constitucional*, Universidade Católica, Porto, 1995, págs. 12-14.

¹²¹ V. *Ensaio... cit.*, págs. 235 e segs., e 320 e segs.

¹²² V. *Responsabilidade do Estado... cit.*, págs. 633 e segs., e 709 e segs.

¹²³ V. Jorge Miranda, *Manual... cit.*, Tomo IV, págs. 357 e segs.

¹²⁴ V. p. ex., Maria da Glória F. P. Dias Garcia, *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Conselho Económico e Social, Lisboa, 1997, pág. 46.

entendidos como regulamentos cujas disposições conformam a utilização do solo pelos particulares, a doutrina deparou-se com numerosas hipóteses de normas que, sem o efeito translativo da expropriação, produziam graves restrições ao direito de propriedade dos particulares. Destes casos decorriam duas ordens de problemas. Por um lado, havia que distinguir as limitações de direitos decorrentes das disposições do plano dignas de indemnização, das limitações impostas pelas mesmas disposições que, situando-se no campo da vinculação social da propriedade, se continham na medida dos custos normais da vida em sociedade, não sendo indemnizáveis. Por outro lado, havia que determinar o enquadramento dogmático das limitações indemnizáveis, e, em conformidade, aplicar o regime indemnizatório adequado. Para responder a estas questões, alguma doutrina, que tem em Fernando Alves Correia o seu expoente máximo, lançou mão do conceito alemão de *expropriação de sacrificio* (*Aufopferungsentziehung*), segundo o qual todas as limitações do direito de propriedade operadas pelos planos urbanísticos que imponham uma destruição ou limitação essencial de uma posição jurídica abrangida pela garantia constitucional do direito de propriedade e às quais falte o momento translativo da expropriação, deverão ser qualificadas como expropriatórias (*expropriações do plano*), e, logo, acompanhadas de indemnização, a calcular nos termos do regime da expropriação. Em suma, tratava-se de *aplicar entre nós o conceito amplo de expropriação* que vimos vigorar na Alemanha, aplicando o regime da expropriação a situações que extravasavam do seu âmbito clássico, ainda que com fundamentos nem sempre sólidos¹²⁵. Esta doutrina teve profunda influência na questão em análise, não só porque alterou os quadros da relação entre responsabilidade indemnizatória e expropriação, mas também porque alterou a conceção acerca da responsabilidade por factos lícitos. De facto, a introdução entre nós do conceito amplo de expropriação passou a constituir um dos alicerces fundamentais das conceções críticas do sistema do Decreto-Lei n.º 48 051, dado que, para subtrair ao campo de aplicação do artigo 9.º deste diploma situações que acarretavam sacrifícios graves e especiais dos direitos dos particulares, ou para defender o dever de indemnizar em casos não previstos por aquele preceito, alguma doutrina *interpretou em termos latos, o conceito constitucional de propriedade, que abrangeria qualquer posição patrimonial, e o conceito constitucional de expropriação, que se referiria a qualquer intervenção*

¹²⁵ Sobre esta doutrina v. Fernando Alves Correia, *O plano urbanístico... cit.*, págs. 491 e segs., e 515 e segs., que seguimos de perto.

impositiva de sacrifícios graves e especiais ao património dos particulares por razões de interesse público, retirando do campo da responsabilidade numerosos atos ablativos de direitos que antes se incluíam pacificamente nele¹²⁶.

A esta conceção não eram alheios dados legislativos, provenientes da legislação urbanística. Neste sentido, aponta-se o artigo 143.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 390/99, de 22 de Setembro, cujo artigo 143.º, n.º 1 prevê que as restrições determinadas pelos planos urbanísticos vinculativos dos particulares que não possam ser compensadas pelos mecanismos de perequação obrigatoriamente previstos pelos planos geram uma obrigação de indemnizar, desde que, nos termos do n.º 2, se tratem de restrições singulares às possibilidades objetivas de aproveitamento do solo, preexistentes e consolidadas, que comportem uma restrição de «efeitos equivalentes à expropriação», sendo o seu montante, nos termos do n.º 4, calculado nos termos do Código das Expropriações; e o artigo 18.º, n.º 2 da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo, (Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto, abreviadamente LBOTU), que preceitua que as restrições significativas impostas pelos planos urbanísticos diretamente vinculativos dos particulares com «efeitos equivalentes à expropriação» a direitos de uso do solo preexistentes e consolidados são indemnizáveis caso não possam ser compensadas pelos mecanismos de perequação previstas nos planos urbanísticos (*expropriações do plano*). Referem-se ainda os artigos 112.º, n.º 6 e n.º 7, e o artigo 116.º, n.º 2 do RJIGT, que determinam a obrigação de indemnizar em caso de limitações decorrentes de medidas preventivas dos planos urbanísticos, e, no CE, o artigo 8.º, n.º 3, que determina a aplicação às servidões administrativas¹²⁷ do regime do cálculo da indemnização por expropriação¹²⁸, todos vigentes. A partir destes exemplos, o conceito amplo de expropriação foi utilizado como modelo explicativo dos referidos preceitos, que passaram a ser considerados como a consagração legislativa da expropriação de sacrifício.

Estes dados agravaram as dificuldades na relação entre responsabilidade por factos lícitos, indemnização pelo sacrifício e expropriação. Assim, eram aventadas

¹²⁶ Exemplo desta conceção é a obra de Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado...*, *cit.*, págs. 661 e segs., e 709 e segs.

¹²⁷ Entendidas como encargos impostos por lei sobre certo prédio em proveito da utilidade pública de uma coisa, na noção de Marcello Caetano, *Manual...*, *cit.*, Tomo II, pág. 1052.

¹²⁸ V. estes exemplos em Fernando Alves Correia, *ob. e loc cits.* na nota 2, pág. 159.

varias propostas de reformulação do instituto da responsabilidade, inspiradas nos traços específicos da expropriação, no sentido de retirar do domínio da responsabilidade toda a atividade ablativa dos entes públicos, com o fundamento de que já não estaríamos perante situações de responsabilidade, dado que a indemnização não seria uma consequência, mas sim uma condição de licitude do ato danoso¹²⁹. Referia-se então que, ainda que não se defendesse um conceito amplo de expropriação, seria sempre necessário recorrer a um conceito restrito de responsabilidade, que se confinasse às situações tradicionais e às hipóteses de danos causados licitamente ao abrigo de causas de justificação¹³⁰.

Estas propostas influenciariam a elaboração da legislação administrativa futura. Com efeito, em 2001 decorriam trabalhos preparatórios da elaboração de nova legislação do contencioso administrativo e da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos, que culminariam nas propostas de Lei n.º 92/VIII, 93/VIII, e 95/VIII, dando as duas primeiras origens à Lei n.º 15/2002 e a Lei n.º 13/2002, que aprovaram, respetivamente, Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), e a terceira, após várias vicissitudes, ao Regime aprovado pela Lei n.º 67/2007. No decurso destes trabalhos manifestou-se esta controvérsia, surgindo opiniões em defesa do conceito amplo de expropriação e da exclusão da responsabilidade por atos lícitos e defensores do conceito de indemnização pelo sacrifício, de cujo âmbito se deveriam excluir as medidas de natureza expropriativa, cuja lógica seria diversa da responsabilidade indemnizatória¹³¹. Na esteira destas ideias, o vigente artigo 37.º, n.º 2, alínea g), do CPTA, manda aplicar a forma de ação administrativa comum aos «pedidos de condenação ao pagamento de indemnizações decorrentes da imposição de sacrifícios

¹²⁹ Sobre esta discussão, v. Rui Medeiros, *Responsabilidade civil dos poderes públicos— Ensinar e investigar*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2005, págs. 51 e segs, citando como exemplo desta doutrina Maria Lúcia Amaral.

¹³⁰ Este caminho foi aventado por Vieira de Andrade, “Panorama geral do direito da responsabilidade «civil» da Administração em Portugal”, in José L. Martínez López-Muñiz, e Antonio C. Velásquez, (coordenadores) *La responsabilidad Patrimonial de los poderes públicos, III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo Valladolid*, MARCIAL PONS, Madrid, 1999, págs. 39 e segs., em especial pág. 42.

¹³¹ V., no primeiro sentido, Maria Lúcia Amaral, “A responsabilidade do Estado-legislador: Reflexões sobre uma reforma”, e, no segundo sentido, Margarida Cortez, “Contributo para uma reforma da lei da responsabilidade civil da Administração”, ambos em *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado — Trabalhos preparatórios da reforma cit.*, págs. 217 e segs., e 257 e segs., respetivamente, sobretudo 227 e segs. e 263 e segs.

por motivos de interesse público», referindo-se a alínea f) do mesmo preceito aos pedidos em matéria de responsabilidade civil extracontratual. Assim, a legislação processual administrativa parecia acolher a doutrina da distinção entre indemnização pelo sacrifício e responsabilidade, abalando o sistema instaurado em 1967 e lançando numerosas dúvidas, não inteiramente dissipadas pelo novo Regime da responsabilidade indemnizatória¹³². As dúvidas da doutrina mantiveram-se após os trabalhos preparatórios, argumentando-se que a futura previsão da indemnização pelo sacrifício retirava do campo da responsabilidade toda a atividade pública que originasse a imposição de encargos sobre os particulares, ficando a responsabilidade limitada aos casos de factos ilícitos e culposos e aos casos de danos causados por atividades, coisas ou serviços especialmente perigosos¹³³, ou que, embora a nova figura não pusesse em causa a responsabilidade indemnizatória, tratar-se-ia de uma figura geral, não exclusiva de nenhuma função do Estado e, por falta de previsão específica, parcialmente coincidente com a antiga responsabilidade por factos lícitos, referindo-se a danos que resultariam lateralmente de certa atividade¹³⁴.

Tal era o quadro legislativo e doutrinal nesta matéria, do qual ressalta uma forte crítica ao denominado sistema unitário de responsabilidade indemnizatória, bem como uma enorme diversidade de propostas e a dificuldade da doutrina na construção de um sistema coerente. Em face deste quadro, a jurisprudência não apresentava sinais diversos. As soluções da jurisprudência deste período foram em grande medida dubitativas e desencontradas. Por exemplo, o Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal de Justiça e os Tribunais de Relação, debruçando-se sobre casos de imposições, legislativas ou enquadradas num processo expropriatório, de proibições de construção aos proprietários de terrenos abrangidos, nomeadamente pelo traçado de vias públicas, (*servidões non aedificandi*), com a conseqüente desvalorização de terreno, lançaram mão do conceito de expropriação de sacrifício para defender a existência de uma obrigação de indemnizar¹³⁵. Já o Supremo Tribunal Administrativo mostrou

¹³² V. Vieira de Andrade, *A justiça administrativa (Lições)*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág. 206, nota 385.

¹³³ Assim, v. João Raposo, “Novas fronteiras da responsabilidade civil extracontratual da Administração”, in *CJA*, N.º 58, 2006, págs. 67 e segs., sobretudo, pág. 69.

¹³⁴ V. Luís Cabral de Moncada, *ob. e loc. cit.*, na nota 99, págs. 16 e 71 e segs.

¹³⁵ V. entre tantos, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 569/2001, de 12 de Dezembro, processo n.º 161/2001, publicado no *Diário da República*, II Série, de 04 de Fevereiro de 2002, págs. 2280 e segs., e ainda o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 2012, processo n.º

soluções desencontradas, dado que, apesar de acolher a figura da expropriação de sacrifício num caso de servidões *non aedificandi*, reconduziu o seu regime ao artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051, efetuando o cálculo da indemnização nos termos deste preceito¹³⁶, ao passo que, analisando o regime do artigo 37.º, n.º 2, alínea g), do CPTA a propósito de um pedido de indemnização pelo sacrifício resultante da aplicação de um Plano de Ordenamento de Orla Costeira, concluiu resultar deste preceito a distinção entre responsabilidade em sentido estrito e indemnização pelo sacrifício, considerando de seguida que a expropriação constitui um caso paradigmático de indemnização pelo sacrifício, ainda que considerasse que tal distinção não resultava do artigo 4.º, n.º1, alínea g), do ETAF¹³⁷.

Assim, até à entrada em vigor do RRCEE, a relação entre responsabilidade por factos lícitos, indemnização pelo sacrifício e expropriação era bastante equívoca, inexistindo uma resposta única para este problema. Porém, é certo que a entrada em vigor deste Regime obriga-nos a reponderar a relação entre estes três institutos e a esboçar uma reformulação do nosso sistema de responsabilidade indemnizatória. Todavia, para que possamos efetuar essa reformulação, parece-nos útil recorrer aos contributos da jurisprudência de outros ordenamentos jurídicos, de longe mais experimentada na apreciação destas questões.

5253/04.2TBVNG.P1.S1, nota 11, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 9 de Janeiro de 2001, processo n.º 2118/2000, e os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 24 de Abril de 2003, processo n.º 0330740, e de 2 de Março de 2006, processo n.º 0536230, estes disponíveis em www.dgsi.pt.

¹³⁶ V. o Acórdão deste Tribunal de 1 de Fevereiro de Novembro de 2001, processo n.º 046825, sumariado em www.dgsi.pt.

¹³⁷ V. o Acórdão de 30 de novembro de 2004, processo n.º 0616/04, in www.dgsi.pt.

1.3. A relação entre responsabilidade indemnizatória, indemnização pelo sacrifício e expropriação na jurisprudência estrangeira

1.3.1. A solução da jurisprudência francesa

Em ponto anterior¹³⁸, constatámos que a figura da *responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques* constitui para a doutrina e a jurisprudência maioritárias o instituto congregador das prestações de ressarcimento resultantes de intervenções lícitas dos entes públicos, daí que se caracterize o sistema francês de responsabilidade indemnizatória como *unitário*. Ou seja, tradicionalmente, em França, não se colocavam problemas na distinção entre expropriação e responsabilidade por intervenções lícitas, pelo facto de a primeira se reconduzir à segunda, ao passo que, se era referida a noção de sacrifício, a mesma era utilizada pela jurisprudência para caracterizar o prejuízo por intervenções subsumíveis à *responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques*, pelo que também aqui inexistiam distinções, à semelhança do que defendeu entre nós Marcello Caetano. Todavia, o entendimento da jurisprudência e da doutrina recente introduziu dados novos que levaram a uma reformulação, ainda que *ténue* e em curso, da relação entre os três institutos.

Como vimos, o campo da responsabilidade por factos lícitos é em França abarca os mais diversos casos¹³⁹. A este respeito, a jurisprudência do *Conseil d'État* é esclarecedora, sendo de referir algumas hipóteses subsumidas no seu campo de aplicação. Assim, em primeiro lugar, destacam-se os casos de *recusa de intervenção de forças de segurança*. Esta designação refere-se a casos em que o particular, dispondo de uma sentença condenatória que constitua título executivo contra terceiros, vê os entes públicos que coordenam as forças de segurança recusar o auxílio das forças de segurança na execução dessa decisão, e a casos em que a omissão da intervenção das forças de segurança por motivos de interesse público geral causa prejuízos ao particular, tratando-se de *omissões lícitas danosas dos entes públicos*. Nestes termos, o *Conseil d'État* tem condenado o Estado Francês ao pagamento de indemnizações por recusa

¹³⁸ V. supra, Parte I, Capítulo I, ponto 2.1.

¹³⁹ Sobre esta jurisprudência, v. J.-F. Lachaume, Hélène Pauliat, Stéphane Braconnier e Clotilde Deffigier, *Droit Administratif, Les grandes décisions de la jurisprudence*, 15.^a ed., PUF, Paris, 2010, págs. 876 e segs.

lícita de prestação de auxílio das forças de segurança ao despejo de arrendatários ou ocupantes sem título legítimo condenados a desocupar o imóvel¹⁴⁰. Ampliando esta ideia, o *Conseil d'État* condenou o Estado ao pagamento ao prejuízo de indemnizações em caso de recusa de intervenção de forças de segurança para forçar grevistas que ocupavam ilicitamente as instalações de empresas, impedindo-as de exercer a sua atividade¹⁴¹. Para este efeito, exige-se que o dano seja consequência direta da omissão dos entes públicos, e que se revista de especialidade e anormalidade, nos termos já referidos¹⁴².

Outro grupo de casos de *responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques* resulta da aplicação de regulamentos válidos que apesar da sua licitude, acarretam efeitos lesivos dos direitos dos particulares dignos de indemnização. Neste sentido, o *Conseil d'État* condenou, num *leading case*, o Estado Francês ao pagamento de indemnizações resultantes da aplicação de regulamentos elaborados pelo Conselho Superior Audiovisual que permitiram a instalação de diversas antenas de emissão de rádio que impediram os proprietários de terrenos vizinhos de utilizar aparelhos essenciais às tarefas domésticas e os forçaram a realizar despesas para eliminar os efeitos das perturbações eletromagnéticas derivadas das antenas, cujos requisitos técnicos não se coadunavam com a salvaguarda dos direitos dos proprietários de terrenos vizinhos, considerando que os danos sofridos pelos particulares excediam em muito os custos normais das relações de vizinhança, tendo um carácter especial e anormal¹⁴³. Na mesma linha encontram-se os casos de regulamentos que interditam a circulação de veículos pesados em determinada rua por motivos de segurança pública, lesando empresas de transporte com sede nessa rua, que se viam impedidas de exercer a sua atividade¹⁴⁴. A responsabilidade indemnizatória permanece nestes casos balizada pelos pressupostos da especialidade e anormalidade do dano.

¹⁴⁰ É vasta a jurisprudência nesta matéria. V., p. ex., as decisões do *Conseil d'État* de 10 de Outubro de 2005, de 15 de Maio de 2009, de 27 de Janeiro de 2010 e de 11 de Julho de 2012, n.ºs 267043, 316626, 320642 e 348918, respetivamente, disponíveis em www.conseil-etat.fr.

¹⁴¹ V., p. ex., a decisão do *Conseil d'État* de 30 de Novembro de 2011, n.º 343731, in www.conseil-etat.fr.

¹⁴² V. a decisão do *Conseil d'État* de 27 de Maio de 2005, n.º 267628, que julgou improcedente o pedido de indemnização de uma empresa afetada pela obstrução de uma estrada por grevistas por não considerar provados os requisitos de especialidade e anormalidade do dano.

¹⁴³ V. a decisão do *Conseil d'État* de 13 de Junho de 2001 e respetiva análise, com o n.º 211403, in www.conseil-etat.fr.

¹⁴⁴ V. a decisão do *Conseil d'État* de 4 de Outubro de 2010, n.º 310801, in www.conseil-etat.fr.

Particularmente discutida pela jurisprudência é a responsabilidade por factos lícitos no quadro da função legislativa, a *responsabilité du fait des lois*. A amplitude deste instituto à luz da jurisprudência recente é considerável, pois abrange a indemnização decorrente de danos causados por leis lícitas diretamente ablativas dos direitos dos particulares, e a indemnização por danos causados lateralmente pela execução de uma lei. Neste sentido, o *Conseil d'État* tem entendido que o silêncio da lei a respeito da reparação dos prejuízos que podem decorrer da sua execução não exclui a responsabilização do legislador, nem é necessário que a lei consagre uma cláusula indemnizatória conjunta. São paradigmáticos os casos de leis de proteção de espécies em vias de extinção, que, proibindo o abate de certas espécies de aves, levaram a um aumento exponencial do seu número, o que causou danos a empresas que se dedicavam à piscicultura e que viam as suas reservas de peixe destruídas pelas aves cujo abate não podiam efetuar, sofrendo danos que os tribunais consideraram indemnizáveis¹⁴⁵. Indo mais longe, entende-se que a responsabilidade pode não derivar diretamente da lei em causa, mas antes de um regulamento de execução da mesma, considerando-se verificado nesse caso o nexo de causalidade entre a lei lesiva e o prejuízo causado¹⁴⁶. Curiosamente, a jurisprudência francesa invoca a *responsabilité du fait des lois* em casos de danos decorrentes de leis contrárias a convenções internacionais ratificadas pelo Estado Francês ou ao direito da União Europeia. Ou seja, a jurisprudência francesa encara a responsabilidade do Estado nestes casos como uma responsabilidade por factos lícitos, o que levanta dúvidas quanto ao rigor desta solução¹⁴⁷. Nestes casos aplicam-se os mesmos pressupostos válidos para a *responsabilité du fait des lois* em geral¹⁴⁸. A respeito deste instituto destaca-se o rigor com que a jurisprudência francesa aprecia o nexo de causalidade entre a lei em causa e o dano, exigindo-se que exista uma ligação direta entre ambos, de modo que seja inquestionável que os encargos acrescidos que recaíram sobre o particular resultaram da referida lei. Por outro lado, a jurisprudência

¹⁴⁵ Neste sentido, entre tantos, v. as decisões do *Conseil d'État* de 30 de Julho de 2003, n.º 215957, e de 1 de Fevereiro de 2012, n.º 347205, in www.conseil-etat.fr.

¹⁴⁶ V. a decisão do *Conseil d'État* de 11 de Outubro de 2008, n.º 288528, in www.conseil-etat.fr.

¹⁴⁷ Entre nós, o artigo 15.º do RRCEE trata estes casos como responsabilidade por factos ilícitos.

¹⁴⁸ V. as decisões do *Conseil d'État* de 8 de Fevereiro de 2007, n.º 279522, e de 14 de Novembro de 2011, n.º 306007, in www.conseil-etat.fr., respetivamente, a propósito do direito internacional e do direito da União Europeia.

sublinha que o prejuízo deve ser revestir-se de uma gravidade acrescida, de modo a que exceda claramente os riscos próprios da atividade atingida pela lei ou os custos gerais da vida em sociedade, indo na mesma linha os pressupostos da especialidade e anormalidade do dano.

A amplitude da *responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques* é clara nos casos respeitantes a medidas de carácter económico e social. Esta designação refere-se a ações ou omissões que não visam o sacrifício direto dos direitos do particular, antes procuram acorrer a exigências de interesse geral, causando ocasionalmente danos especiais e anormais. É o caso da responsabilidade resultante da decisão do Estado de abandonar projetos de obras públicas por razões financeiras, frustrando as expectativas das autarquias que contribuíram financeiramente para o projeto¹⁴⁹. Nestes casos, apesar de ser maior o afastamento em relação às situações de responsabilidade em sentido estrito, os Tribunais admitem a obrigação de indemnização do Estado desde que verificados os pressupostos típicos da *responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques*.

De referir são ainda várias situações atípicas, como a responsabilidade resultante do abandono de projetos de alteração de planos urbanísticos que tornariam edificáveis terrenos onde anteriormente seria impossível construir, ou casos de impossibilidade de execução de decisões judiciais contra entidades que beneficiem de privilégios de imunidade¹⁵⁰.

Um problema que merece crescente atenção à jurisprudência é o enquadramento dos atos ablativos de direitos patrimoniais privados, sobretudo a expropriação por utilidade pública. Por regra, ainda se reconduz este tipo de intervenções à *responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques*, embora o campo de aplicação deste instituto se encontre em vias de uma mudança, porventura profunda. Inicialmente, a expropriação constituiu o paradigma desta modalidade de responsabilidade, tendo sido construídas a partir dela a maioria dos casos posteriormente enquadrados neste instituto, todavia, esta é uma ideia que não reflete com rigor a presente posição da jurisprudência francesa. Hoje, é cada vez mais maior a distância entre responsabilidade e expropriação, como atestam os dados da legislação sobre expropriação, no caso o *Code de*

¹⁴⁹ V. a decisão do *Conseil d'État* de 15 de Novembro de 2000, n.º 207418, in www.conseil-etat.fr.

¹⁵⁰ V., respetivamente, as decisões do *Conseil d'État* de 15 de Maio de 2013, n.º 358330, e de 14 de Outubro de 2011, n.º 329788, in www.conseil-etat.fr.

l'expropriation pour cause d'utilité publique de 1977, que implicam que a expropriação começa a ser contraposta à responsabilidade indemnizatória, a nosso ver por razões estruturais e por razões materiais. As razões estruturais resultam da constatação de que a expropriação, diversamente da responsabilidade, não consubstancia um puro *facto jurídico* inesperado que sacrifica o direito de propriedade, antes implica um procedimento legalmente regulado que permite à Administração, ainda que com a intervenção dos tribunais em matéria de indemnização, obter a transferência a seu favor da propriedade de um imóvel, mediante o pagamento de justa indemnização. Assim se justifica a caracterização corrente da expropriação como um *procedimento de aquisição de bens por motivos de interesse público* ou como uma *venda forçada*¹⁵¹. As razões materiais resultam da indemnização atribuída ao particular. Na verdade, a indemnização em casos de *responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques* se limita a ressarcir os danos especiais e anormais sofridos pelos particulares, contrariamente à indemnização por expropriação, que visa repor integralmente a situação patrimonial do particular, operando uma substituição do bem expropriado pelo seu valor, colocando o particular em situação de adquirir um bem equivalente ao bem objeto de expropriação. A este respeito, o artigo L. 13-13 do *Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, é elucidativo quanto à distinção de pressupostos entre os dois institutos, referindo que a indemnização por expropriação cobre a *integralidade do prejuízo direto, material e certo causado pela expropriação*. Assim, a legislação sobre expropriações incluiu na indemnização todos os danos diretamente causados pela expropriação, sendo que o seu fulcro consiste na indemnização calculada por referência ao valor do bem expropriado, sem prejuízo de serem admitidas indemnizações acessórias por prejuízos lateralmente resultantes da expropriação, como custos de limpeza dos terrenos pelo particular¹⁵². A afinidade entre os dois institutos resume-se ao *facto* de ambos se fundarem no artigo 13.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que consagra o princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos. Todavia, a expropriação encontra fundamento acrescido no artigo 17.º da referida Declaração, que garante a inviolabilidade do direito de propriedade. Ambos os

¹⁵¹ V., p. ex., J. Ferbos e A. Bernard, *Expropriation des biens*, 9.ª ed., Le Moniteur, Paris, 1998, pág. 17, e R. Hostiou e J.-F. Stuillou, *Expropriation et Préemption*, LITEC, Paris, 2001, pág. 13.

¹⁵² V. J. Ferbos e A. Bernard, *Expropriation....cit.*, pág. 390 e, na jurisprudência, as sentenças da *Cour de Cassation* de 22 de Setembro de 2010, de 16 de Março de 2011, e de 8 de Fevereiro de 2011, n.ºs 1067, 296, e 166, respetivamente, disponíveis em www.courdecassation.fr.

institutos visam repor a igualdade de contribuição para os referidos encargos, compensando o sacrifício exorbitante imposto a um particular, mas em termos inteiramente distintos.

De referir é ainda o instituto das servidões urbanísticas (*servitudes d'urbanisme*), cujo tratamento denota dados interessantes sobre a posição do direito francês nesta matéria. A este respeito destaca-se o artigo L. 160-5 do *Code de l'urbanisme*, cuja redação data de 2000, dispondo que por via de regra, não são indemnizáveis os danos resultantes das servidões urbanísticas, nomeadamente os danos resultantes das servidões *non aedificandi*, salvo se as mesmas determinarem um ataque a direitos adquiridos ou se importarem uma modificação do estado anterior dos terrenos afetados que cause um prejuízo material, certo e direto. Em face desta redação, dir-se-ia que este preceito operaria uma extensão do conceito de expropriação de modo a abranger os danos resultantes da imposição de servidões administrativas, dado que se aplicam os critérios de cálculo da expropriação nestas hipóteses. Todavia, a doutrina e a jurisprudência não retiram tais consequências deste preceito. Pelo contrário, o preceito é visto como um exemplo de *responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques*, que formula uma regra de limitação do seu campo de aplicação, em nome da salvaguarda da sustentabilidade dos cofres públicos. Por conseguinte, o instituto aplicado nestes casos, salvo em matéria de cálculo de indemnização, é a responsabilidade indemnizatória e não a expropriação, argumentando a jurisprudência que o único fundamento deste instituto é o princípio da igualdade perante os encargos públicos, que exige apenas a indemnização dos prejuízos que impliquem um prejuízo especial e exorbitante para o particular. Ou seja, estas hipóteses são equiparadas para alguns efeitos à expropriação por utilidade pública, mas não se confundem com esta¹⁵³. Desta análise retira-se que o conceito de expropriação do direito francês não tem o alcance amplo de outros ordenamentos jurídicos, como resulta de uma decisão do *Conseil Constitutionnel*¹⁵⁴ em matéria de servidões florestais que, reconhecendo que o artigo L. 321-5-1 do *Code forestier*, paralelo ao artigo L. 160-5 do *Code de l'urbanisme*, equipara para efeitos de cálculo da indemnização as servidões florestais à expropriação, afirma que a imposição deste tipo de encargos não constitui uma privação do direito de propriedade como a concebe o

¹⁵³ V., por exemplo, as decisões do *Conseil d'État* de 3 de Março de 1995 e de 16 de Abril de 2013, n.ºs 132167 e 365646, respetivamente, in www.conseil-etat.fr.

¹⁵⁴ V. a decisão deste Tribunal de 14 de Outubro de 2011, n.º 2011-182, disponível em www.conseil-constitutionnel.fr.

artigo 17.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, mas apenas um limite ao exercício do direito de propriedade, distinguindo os dois institutos¹⁵⁵.

Assim, concluímos que o quadro do sistema francês está em mudança, mas não em rotura. Apesar de se ter atenuado a rigidez do sistema, o instituto da *responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques* continua a fornecer a solução geral para a maioria dos casos, o que provoca uma extensão considerável do mesmo, que passa a abranger casos com poucas semelhanças com a lógica da responsabilidade, admitindo indemnizações em casos de medidas de políticas económicas e sociais gerais, indispensáveis à prossecução do interesse público, sendo que os montantes elevados das indemnizações atribuídas pelos tribunais levantam o risco de paralisar a ação administrativa. Neste sentido, questiona-se se tal extensão não estará a desvirtuar a responsabilidade indemnizatória, transformando o Estado em garante de riscos sociais, reclamando-se a passagem de uma lógica de responsabilidade para uma lógica de solidariedade, ao passo que se exige à jurisprudência uma rigorosa ponderação entre a liberdade de ação da Administração e os direitos dos particulares¹⁵⁶. Tais são os caminhos percorridos pela moderna jurisprudência francesa nesta matéria.

1.3.2. A solução da jurisprudência alemã

A complexidade do sistema alemão de responsabilidade indemnizatória e o seu carácter plural foram explicitados em ponto anterior¹⁵⁷. Para o direito alemão, o que poderíamos designar de responsabilidade indemnizatória por intervenções lícitas em sentido amplo merece um tratamento diverso e fragmentado. A doutrina tradicional reparte os casos reconduzíveis àquele instituto entre a expropriação (*Enteignung*), o princípio da indemnização pelo sacrifício (*Aufopferung*), as intervenções com efeitos

¹⁵⁵ Reconduzindo estas hipóteses à *responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques*, v. Pascale Fombeur, “Les évolutions jurisprudentielles de la responsabilité sans faute”, in *L'actualité juridique- Droit Administratif*, N.º especial, Julho-Agosto de 1999, págs. 100 e segs..

¹⁵⁶ Neste sentido, v. Pascale Fombeur, *ob. cit.* na nota 155, e Jean Rivero, *Droit Administratif*, 23.ª ed., por Jean Waline, Dalloz, Paris, 2010, pág. 501.

¹⁵⁷ V. *supra*, Parte I, Capítulo I, ponto 2.2.

expropriatórios e as intervenções com efeitos impositivos de sacrifício (*enteignender Eingriff* e *aufopfernder Eingriff*), as intervenções análogas (*Enteignungsleicher Eingriff* e *aufopferungsleicher Eingriff*), e o princípio da indemnização pelo sacrifício de direitos pessoais (*Aufopferungsanspruch*). Atentando ao entendimento da jurisprudência mais recente, veremos que grande parte da doutrina tradicional permanece em vigor, no entanto, avultam sinais de apuramento dogmático de alguns conceitos e de crítica a alguns dos velhos institutos. E os institutos derivados da expropriação e da indemnização pelo sacrifício são os mais afetados.

Como se referiu, a intervenção com efeitos expropriatórios ou agressão expropriatória (*enteignender Eingriff*) deriva de intervenções lícitas dos entes públicos não intencionalmente dirigidas à ablação do direito do particular, que acabam por produzir lateralmente sacrifícios indemnizáveis, sendo que este instituto se considera um corolário dos princípios da indemnização pelo sacrifício constantes dos §§ 74 e 75 da Introdução ao Código Geral Prussiano (*Einl. ALR*). Este entendimento é propugnado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) em diversos casos. Este Tribunal considera que a intervenção com efeitos expropriativos consiste numa intervenção em si lícita dos entes públicos que inesperadamente causa danos especiais e anormais ao particular, cuja produção deve ser aceite por razões legais ou factuais, mas cuja medida transpõe o limiar da razoabilidade e entra no campo da expropriação¹⁵⁸. Segundo a jurisprudência constante, estes casos referem-se a intervenções danosas que ultrapassam os limites da vinculação social dos direitos patrimoniais e que exigem uma compensação adequada. O fundamento deste instituto residiria no princípio da indemnização pelo sacrifício especial causado ao particular, violando o princípio da igualdade perante os encargos públicos. Quanto à origem normativa deste instituto, a jurisprudência do *Bundesgerichtshof* identifica-a com os §§ já referidos da *Einl. ALR*¹⁵⁹, o que tem implicações dogmáticas e práticas importantíssimas, pois, a partir desta ideia, a jurisprudência conclui que a indemnização nestes casos deve ser calculada com base nos princípios da indemnização por expropriação, que emergiram daqueles parágrafos e estão agora positivados no artigo 14.º, n.º 3 da *Grundgesetz*, que consagra a exigência de uma indemnização equitativa

¹⁵⁸ A jurisprudência neste sentido é abundante. V., p. ex., as decisões do *Bundesgerichtshof* de 3 de Março de 2011, processo III ZR 174/10, e de 14 de Março de 2013, processo III ZR 253/12, disponíveis em www.bundesgerichtshof.de.

¹⁵⁹ V. a decisão do *Bundesgerichtshof* de 3 de Março de 2011 cit. na nota 158.

que pondere os interesses públicos e particulares, bem como a cláusula indenizatória conjunta. Assim, este entendimento resulta num alargamento do conceito de expropriação, que passa a ser entendido como qualquer intervenção que sacrifique direitos patrimoniais. É esta a ideia subjacente a várias decisões do *Bundesgerichtshof*, que considerou, por exemplo, que os princípios da indemnização por expropriação poderiam ser aplicados em casos de danos resultantes de inundações de habituações causadas pela abertura de comportas de sistemas de retenção de águas integrados em sistemas de saneamento e tratamento de águas, condenando um município a pagar uma indemnização a um proprietário afetado¹⁶⁰, apelando ao instituto da *enteignender Eingriff*, e, curiosamente, também ao § 906 do BGB, que impõe aos proprietários que coloquem nos seus terrenos equipamentos que originem gases, cheiros, ruídos e outras emissões semelhantes, a obrigação de indemnizar os vizinhos pelos danos causados que excedam a medida do razoável, uma ideia algo contrária à doutrina tradicional, dado que este preceito obedece a uma lógica distinta da expropriação por utilidade pública. Na mesma linha, este Tribunal considerou indemnizáveis ao abrigo da *enteignender Eingriff* os danos causados por buscas lícitamente levadas a cabo num apartamento pelas forças de segurança no âmbito de um inquérito criminal, desde que das mesmas resulte um sacrifício especial para o proprietário do prédio¹⁶¹, bem como os danos causados a uma associação de caça pela construção de uma linha de caminho-de-ferro imposta por um plano urbanístico num terreno integrado numa reserva de caça, o que provocou alterações do terreno que levaram à migração de aves da zona e a alterações de fauna que diminuiriam a aptidão do terreno para a caça, pese embora todos os procedimentos de expropriação em sentido formal tivessem sido regularmente decididos¹⁶². Assim, o *Bundesgerichtshof* permanece apegado à doutrina tradicional de Fritz Ossenbühl. Levando à letra o pensamento deste autor, este Tribunal introduz várias limitações ao campo de aplicação da *enteignender Eingriff*, de modo a evitar críticas à sua amplitude. Assim, o *Bundesgerichtshof* excluiu do campo de aplicação deste instituto os danos resultantes do indeferimento pelos serviços sociais de um pedido de reembolso do valor pago a título de custos de tratamento num hospital

¹⁶⁰ V. a decisão do *Bundesgerichtshof* de 11 de Março de 2004, processo III ZR 274/03, in www.bundesgerichtshof.de.

¹⁶¹ V. a decisão do *Bundesgerichtshof* de 14 de Março de 2013 citada na nota 158.

¹⁶² V. a decisão do *Bundesgerichtshof* de 20 de Janeiro de 2000, processo III ZR 110/99, in www.bundesgerichtshof.de.

público de um paciente que faleceu nesse hospital¹⁶³, considerando que nesse caso se deveria antes averiguar a licitude do ato, sendo que, em todo o caso, a hipótese em análise estaria muito afastada do campo de aplicação do instituto em questão. Esta decisão demonstra que os tribunais são sensíveis às críticas a este instituto, no sentido de que a sua excessiva amplitude pode levar a tornar o Estado e demais entes públicos verdadeiros garantes dos riscos sociais, daí que se devam separar do campo das prestações indenizatórias hipóteses que desvirtuariam o seu sentido.

No campo do sacrifício de direitos pessoais (*Aufopferungsanspruch*), o quadro é o mesmo. As formulações do *Bundesgerichtshof* são claramente apegadas à doutrina tradicional. Exemplos disso são as decisões que consideram este instituto aplicável aos casos de danos resultantes de vacinações obrigatórias, com base no § 75 da *Einl. ALR*, desde que se prove a existência de um sacrifício especial¹⁶⁴. Também nestes casos o campo de aplicação é delimitado com rigor, considerando-se que só serão ressarcidos nos termos deste instituto os sacrifícios imputáveis às atuações ditas normais da Administração. Ficam de fora danos que extravasem do campo da intervenção rotineira da administração, como os danos causados pelas forças armadas alemãs em operações militares na II Guerra Mundial, que poderão ser ressarcidos apenas ao abrigo do direito internacional¹⁶⁵.

Idênticas considerações valem no campo das intervenções análogas (*enteignungsleicher Eingriff* e *aufopferungsleicher Eingriff*), mantendo a jurisprudência o entendimento de que elas exprimem casos de imposição ilegítima, respetivamente, de sacrifícios patrimoniais e pessoais no quadro do funcionamento normal dos serviços públicos¹⁶⁶.

A jurisprudência administrativa também continua apegada à doutrina tradicional. Um claro exemplo disso são as decisões recentes do Supremo Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*), que considerou indemnizáveis os danos resultantes de obras de ampliação de um aeroporto previstas num plano urbanístico, que afetaram os proprietários de terrenos vizinhos com o aumento exponencial do ruído e a

¹⁶³ V. a decisão do *Bundesgerichtshof* de 10 de Fevereiro de 2005, processo III ZR 330/04, in www.bundesgerichtshof.de.

¹⁶⁴ Neste sentido, v. a decisão do *Bundesgerichtshof* de 20 de Julho de 2000, processo III ZR III ZR 64/99, in www.bundesgerichtshof.de. V. a mesma formulação na decisão citada na nota 163.

¹⁶⁵ Nestes termos, v. a decisão do *Bundesgerichtshof* de 26 de Junho de 2003, processo III ZR III ZR 245/98, in www.bundesgerichtshof.de

¹⁶⁶ V. as decisões citadas nas notas 159, 163 e 165.

consequente desvalorização do terreno, considerando que tais danos violavam a garantia constitucional da propriedade, constituindo encargos desproporcionados e especiais. Louvando-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Supremo Tribunal Administrativo Federal, considerou que a figura indemnizatória a aplicar não poderia ser a expropriação em sentido clássico, diretamente prevista no artigo 14.º, n.º 3 da *Grundgesetz*, mas a indemnização pelo sacrifício nos termos da *enteignender Eingriff*, segundo os §§ 74 e 75 da *Einl. ALR*¹⁶⁷.

Todavia, o quadro tradicional enfrenta as críticas do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*). Apesar de este Tribunal não ter «declarado a morte» do conceito amplo de expropriação e dos seus institutos análogos¹⁶⁸, a aplicação destes institutos tem sido rejeitada. Por exemplo, numa decisão de 10 de Outubro de 1997¹⁶⁹, o Tribunal Constitucional Federal apreciou um pedido de declaração de inconstitucionalidade de uma norma da legislação ambiental que, segundo o recorrente, não estabelecia uma indemnização adequado pelos danos resultantes da proibição de exploração de pedra britada em terrenos que lhe pertenciam e que haviam sido classificados como zona protegida. Segundo o recorrente, no caso era devida uma indemnização por expropriação, ao abrigo da intervenção com efeitos expropriatórios e do artigo 14.º, n.º 3 da *Grundgesetz*. Analisando o pedido, o Tribunal Constitucional rejeitou a aplicação destes institutos, considerando que a norma em causa não constituía uma expropriação no sentido constitucional, mas antes uma determinação do conteúdo e limites da propriedade no sentido do 2.º período do n.º 1 do artigo 14.º da *Grundgesetz*, dado que a norma em causa não visaria a ablação direta da posição jurídica do particular, mas a prossecução de um interesse geral, afetando indiretamente posições jurídicas subjetivas, cabendo, em todo o caso, não uma indemnização por expropriação, mas uma compensação adequada pelos encargos causados ao lesado que violem o princípio da proporcionalidade. Assim, se o legislador tem liberdade de conformação da propriedade, tal liberdade está limitada constitucionalmente pelo artigo 14.º, n.º 1 da *Grundgesetz*, pelo que haverá que ponderar cuidadosamente os interesses públicos e

¹⁶⁷ V. as decisões do *Bundesverwaltungsgericht* de 16 de Março de 2006, processos 4 A 1073.0, e 4 A 1075.04, disponíveis em www.bverwg.de.

¹⁶⁸ Com efeito, na decisão de 15 de Fevereiro de 2006, processo 2BvR 1476/03, disponível em www.bverfg.de, o *Bundesverfassungsgericht* considerou que os institutos da *enteignungsleicher Eingriff* e da *aufopferungsleicher Eingriff* não se aplicavam em caso de guerra, deixando em aberto a questão da sua admissibilidade.

¹⁶⁹ V. a referida decisão foi proferida no processo 1BvR 310/84, in www.bverwg.de.

particulares na atribuição de uma compensação, estando ultrapassada a figura da intervenção com efeitos expropriatórios. Na mesma linha, este Tribunal considerou que as normas de um plano urbanístico que reservaram para espaços verdes uma parcela junto de terrenos anteriormente classificados como zonas comerciais, impedindo os proprietários de utilizar os terrenos vizinhos para a instalação de estabelecimentos, não se tratavam de normas expropriatórias, mas de normas delimitadoras da propriedade privada, acrescentando que o conceito constitucional de expropriação exige um desapossamento do particular, e que tal conceito não pode ser reinterpretado de modo desmesuradamente extensivo, sem prejuízo do funcionamento de uma adequada compensação¹⁷⁰. Idêntico raciocínio foi aplicado num caso de um proprietário impedido de demolir um prédio classificado como património histórico por legislação especial, sem que o Estado pretendesse obter a transferência do direito de propriedade, considerando o Tribunal que caso uma lei que determine o conteúdo do direito de propriedade imponha encargos que violem o princípio da proporcionalidade e da igualdade, a mesma deverá prever uma compensação adequada caso essa violação seja previsível. No entanto, caso o particular considere a lei ou o ato administrativo de aplicação contrários a leis de valor reforçado ou à Constituição, o meio de reação adequado deverá ser a sua impugnação e só posteriormente o pedido de indemnização. Recentemente¹⁷¹, o Tribunal Constitucional Federal considerou que as normas de um plano urbanístico que previam a ampliação de um aeroporto, causando aumentos de ruído e desvalorização dos terrenos de residências vizinhas, constituem normas que determinam o conteúdo do direito de propriedade e não normas expropriativas, pelo que tais normas deverão ter em conta o conteúdo do direito de propriedade constitucionalmente garantido, de modo a prever adequados mecanismos de compensação se existirem fortes hipóteses de imposição de encargos desproporcionais. O Tribunal repudia o alargamento do conceito de expropriação, em virtude de a *Grundgesetz* não consagrar uma garantia pecuniária geral do valor das posições patrimoniais privadas, e também porque tal doutrina impediria o julgador e o legislador de valorar todas as circunstâncias do caso na atribuição de uma compensação que tenha em conta a totalidade dos encargos impostos ao lesado, dado que estaria limitado pelos

¹⁷⁰ V. a decisão de 22 de Fevereiro de 1999, processo 1BvR 565/91, in www.bverfg.de.

¹⁷¹ V. a decisão de 23 de Fevereiro de 2010, processo 1BvR 2736/08, e a decisão do mesmo Tribunal de 22 de Fevereiro de 2008, processo 1BvR 2722/06, in www.bverfg.de.

critérios do valor de mercado dos bens, próprios da indemnização por expropriação. Assim, conclui o Tribunal, «uma compensação baseada apenas no estrito valor de mercado dos bens é totalmente estranha à lógica da Constituição».

Desta divergência jurisprudencial retiram-se conclusões importantíssimas. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão defende, segundo a opinião maioritária, a «doutrina da determinação do conteúdo envolvendo um dever de compensação», um aperfeiçoamento da «teoria da determinação do conteúdo da propriedade»¹⁷², segundo a qual se deve abolir o conceito amplo de expropriação substituí-lo por um conceito estrito, que abrangeria apenas as hipóteses de intervenções que visem a ablação direta de uma posição jurídica individual e concreta em virtude de um interesse público determinado, ficando o titular de tal posição impedido de a utilizar para fins de realização pessoal, o que constitui o cerne do direito de propriedade¹⁷³. Fora deste conceito ficariam os atos gerais que incidam indiretamente sobre posições jurídicas subjetivas, sem implicar a sua ablação, e que por via de regra não implicam uma indemnização. Tais casos estariam regulados pelo artigo 14.º, n.º 1, 2.º período da *Grundgesetz*, segundo o qual «os limites e o conteúdo do direito de propriedade são fixados pela lei», e não pelo n.º 3 do mesmo preceito, referente à indemnização por expropriação, sendo que caso uma lei delimitadora do conteúdo da propriedade cause limitações excessivas, a reação deverá ser em primeira linha a sua impugnação e só numa segunda linha o pedido de indemnização, sem prejuízo da previsão *a priori* de uma compensação dos encargos desproporcionais expectáveis. A partir desta ideia tornar-se-iam desnecessários os institutos da agressão expropriatória e da quase-expropriação (*enteignender Eingriff* e *enteignungsleicher Eingriff*), que passariam a ser cobertos pela determinação do conteúdo da propriedade. Esta linha, seguida pelo Tribunal Constitucional desde 18 de junho de 1981, no caso *Nasbauskiesung*, distingue formalmente a expropriação das leis delimitadoras do conteúdo do direito de propriedade, assentando na aparência externa e na finalidade das intervenções lesivas, porém, a jurisprudência mais recente acrescenta uma nota material à formulação inicial desta doutrina, insistindo na necessidade de uma compensação adequada caso os

¹⁷² Na designação de Miguel Nogueira de Brito, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 1009.

¹⁷³ V. G. Folke Schuppert, “The rights to property”, in *The Constitution of The Federal Republic of Germany*, coordenação de U. Karpen, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988, págs. 107 e segs., sobretudo 112 e segs.

encargos violem o princípio da proporcionalidade e da igualdade perante os encargos públicos. Por outras palavras, a distinção entre a expropriação e a determinação do conteúdo da propriedade passaria a assentar também na intensidade da intervenção sobre o direito de propriedade de uma e de outra e no grau de violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade de cada uma.

Que dizer desta doutrina? Por nossa parte, cremos que dela se retiram dados imprescindíveis na consideração do âmbito da indemnização pelo sacrifício, também em Portugal. Em primeiro lugar, há que repensar o conceito de expropriação e a sua distinção da indemnização pelo sacrifício deverá assentar não só na forma, mas na intensidade das lesões e na dignidade jurídica de cada situação. Trata-se de um critério extremamente útil na subsunção de cada situação num dado instituto jurídico, como veremos. Deste debate resulta que, independentemente da posição final a tomar nesta matéria, não é absoluta a necessidade de um conceito amplo de expropriação. Não parece aceitável a doutrina alemã que defende a inutilidade desta doutrina e a considera um retorno ao conceito amplo de expropriação, com o argumento de que ela assenta em critérios de igualdade e proporcionalidade já tidos em consideração na agressão expropriatória¹⁷⁴; pelo contrário, é claro que tais critérios deverão fundamentar necessariamente qualquer figura indemnizatória por intervenções lícitas, como vimos, sob pena de negarmos ao julgador um fundamento adequado de atribuição de indemnizações e de retirarmos ao legislador um limite, aliás atenuado, à sua liberdade de conformação, ao que acresce que este critério permite à jurisprudência alemã tratar de forma adequada a situação dos lesados por leis delimitadoras do conteúdo da propriedade sem necessidade de aplicar o paradigma da indemnização por expropriação, o que não só não abala a teoria, como permite ter em conta elementos que a solução contrária descuraria. Já quanto a ideia de precedência da ação de impugnação (defesa primária) sobre a ação de indemnização (defesa subsidiária), rejeitamo-la, salvo em casos limite, em que seja mais conveniente ao particular atacar o ato lesivo que deixou de atribuir uma compensação exigível constitucionalmente, dado que se afigura incompatível com uma tutela jurisdicional efetiva dos direitos do particular, pois o dano pode ser de tal modo intenso que só a atribuição rápida de uma compensação logra uma reparação em tempo útil, e desnecessária face à formulação mais recente da

¹⁷⁴ V. H. Maurer, citado por Fernando Alves Correia, *ob. e loc. cit.* na nota 2, pág. 158, nota 40.

jurisprudência, daí que não deixamos de exprimir simpatia pela jurisprudência que cada vez menos usa tal argumento em defesa daquela teoria.

Em suma, é incontornável o relevo da jurisprudência alemã nesta matéria, pese embora esteja longe a formulação de critérios sólidos de enquadramento das várias figuras indemnizatórias.

1.3.3. A solução da jurisprudência italiana

Como se referiu¹⁷⁵, o direito italiano separa as figuras indemnizatórias resultantes de intervenções lícitas dos entes públicos das restantes prestações de ressarcimento. À indemnização resultante de intervenções ilícitas (*risarcimento*), e que implica a reparação da totalidade dos danos causados, opõe-se a indemnização, em rigor *compensação*, dos danos causados lícitamente (*indennizzo*), implica apenas uma reintegração parcial da esfera jurídica violada. Atendendo aos dados da jurisprudência, não se verificam alterações radicais, embora se tenha precisado o enquadramento de algumas situações. Particularmente importantes têm sido os desenvolvimentos em matéria de expropriações. O artigo 42.º, n.º 3 da Constituição, embora formule apenas o princípio da justa indemnização por expropriação, tem sido a base constante da doutrina para afirmar a responsabilidade resultante de intervenções lícitas, daí que, na falta de regulação, é a este preceito que se recorre. Porém, a indemnização por expropriação, segundo o ordenamento jurídico italiano, calcula-se por referência ao valor de mercado do bem objeto de expropriação¹⁷⁶, o que a afasta dos critérios de cálculo normalmente utilizados nas várias hipóteses de *risarcimento*, que, por via de regra, se limitam a indemnizar o dano emergente, o que levou a jurisprudência recente a estender o regime da expropriação a várias hipóteses de responsabilidade por intervenções lícitas. Pioneiro a este respeito foi o Tribunal Constitucional Italiano (*Corte Costituzionale*), que na sentença n.º 179/99¹⁷⁷, na esteira de decisões anteriores, considerou que algumas

¹⁷⁵ V. supra, Parte I, Capítulo I, ponto 2.3.

¹⁷⁶ V. a *Legge* de 24 de Dezembro de 2007, que reformulou o regime das indemnizações por expropriação.

¹⁷⁷ Datada de 12 de Maio de 1999, disponível em www.cortecostituzionale.it.

normas de direito do urbanismo, cuja execução implicou a imposição de proibições de edificar a alguns proprietários, se tratavam de normas substancialmente expropriativas e preordenadas à expropriação dos bens em causa, dado que impunham um vínculo a determinados bens, com duração indeterminada, e que não se continham nos limites resultantes da vinculação social da propriedade (limites não ablativos), que por regra não atingem o cerne da garantia constitucional da propriedade privada, o que obrigaria à previsão prévia de uma indemnização, calculada por referência ao valor do bem, e também à perda das suas possibilidades de utilização e demais prejuízos sofridos, alcançando-se uma reintegração praticamente integral, ainda que não necessariamente, da esfera jurídica violada. Foi a falta desta verdadeira *Junktim klausel* a determinar o juízo de inconstitucionalidade destas normas. Esta doutrina foi reatada em casos análogos, sem modificações¹⁷⁸. Na mesma linha, o Tribunal considerou inconstitucionais normas constantes de planos regionais que previam a prorrogação da vigência de normas anteriores que reservaram algumas parcelas de terrenos para a construção de instalações públicas, o que determinou a sua ocupação urgente pelas autoridades regionais, qualificando tais normas como substancialmente expropriativas, o que implicaria a sua inconstitucionalidade no caso de falta de previsão contemporânea de indemnização¹⁷⁹.

Nestas decisões é afirmada a noção de «expropriação substancial», que implica a extensão do conceito de expropriação a atos ablativos do direito de propriedade que, sem operar a mudança de titularidade do bem, atingem a substância do direito de propriedade¹⁸⁰. Trata-se de uma doutrina que encara a expropriação como paradigma das intervenções impositivas de sacrifícios patrimoniais.

No campo de intervenções impositivas de sacrifícios pessoais, a fundamentação é diversa. Por exemplo, na decisão n.º 118/96¹⁸¹, num caso de lesões causadas por efeitos secundários de vacinas obrigatórias, o Tribunal considerou que a lei reguladora da vacinação obrigatória impunha um encargo que, no seu todo, visa um interesse público geral, no caso a saúde pública, de cuja prossecução resultam benefícios para a comunidade, mas que podem provocar danos que devem ser previstos pela lei

¹⁷⁸ V. a sentença n.º 411/2001, de 18 de Dezembro desse ano, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁷⁹ V. a sentença n.º 314/2007, de 20 de Junho desse ano, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁸⁰ V. N. Assini e P. Mantini, *Manuale di Diritto Urbanistico*, 3.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2007, pág. 236.

¹⁸¹ Datada de 18 de Abril desse ano, in www.cortecostituzionale.it.

impositiva em toda a sua extensão. Assim, o Tribunal considerou a norma em causa inconstitucional, por não prever a indemnização da totalidade dos danos, incluindo os danos anteriores à entrada em vigor da lei, com base no direito à saúde, previsto pelo artigo 32.º n.º 1 da Constituição, que consagra a saúde como garantia constitucional. Todavia, neste caso, a indemnização a atribuir não seguiria os critérios da indemnização por expropriação, antes seria determinada segundo juízos de equidade. O Tribunal fundamenta a solução destes casos não na analogia com a expropriação, mas nos preceitos consagradores dos direitos sacrificados, o que implica um tratamento claramente distinto¹⁸².

Estas ideias têm sido seguidas pelo Conselho de Estado (*Consiglio di Stato*), que lançou mão do conceito de «vínculos preordenados à expropriação» para caracterizar normas de planos urbanísticos que prorrogaram a vigência de vínculos impostos por planos anteriores, que afetavam zonas industriais e que determinaram a sua ocupação urgente pela Administração¹⁸³. Porém, também este Tribunal exprime cautelas quanto à aplicação da indemnização por expropriação em certos casos, estabelecendo uma distinção entre vínculos substancialmente expropriativos e vínculos resultantes do poder de conformação do conteúdo da propriedade do legislador. Esta distinção foi exposta a propósito de normas de um plano urbanístico que reservaram para espaços verdes públicos determinadas parcelas, reclamando os proprietários uma indemnização dos danos causados ao abrigo da noção de expropriação substancial¹⁸⁴. Aplicando os critérios do Tribunal Constitucional, o Conselho de Estado considerou que apenas se podem considerar como substancialmente expropriativos vínculos desproporcionais que não devam ser tolerados pelo proprietário, atingindo um imóvel concreto, e que imponham restrições à sua utilização que configurem uma verdadeira ablação do *ius utendi* do proprietário, nomeadamente através de uma proibição absoluta de construir por tempo indeterminado. Considerando que se mantinham intocadas as possibilidades de utilização do terreno pelo proprietário, desde que fossem respeitados os limites constantes do plano, e não sendo objetivo das autoridades operar a transferência da

¹⁸² Sobre esta matéria, v. R. Bifulco, *La responsabilità dello stato per atti legislativi*, Cedam, Milano, 1999, págs. 179 e segs.

¹⁸³ V. as decisões do *Consiglio di Stato* n.º 1885/2008, de 28 de Abril, e n.º 8041/2006, de 28 de Dezembro, disponíveis em www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸⁴ V. a decisão do *Consiglio di Stato* n.º 2718/2005, de 25 de Maio, in www.giustizia-amministrativa.it.

propriedade, o Conselho de Estado rejeitou o recurso, concebendo as normas em causa como um exercício legítimo da função de conformação do direito de propriedade dos planos urbanísticos. Nesta linha, o Conselho de Estado negou natureza expropriativa a normas de um plano que alteraram a qualificação de terrenos face ao plano anterior, bem como a normas de proteção do património histórico, que impuseram proibições de demolição a proprietários de imóveis classificados como de interesse histórico¹⁸⁵.

Refira-se ainda a posição da jurisprudência em matéria de atos e contratos administrativos. Neste campo, a legislação toma posição quanto ao seu enquadramento dogmático, nomeadamente a *Legge* n.º 241/1990 sobre o procedimento administrativo, que prevê várias hipóteses de responsabilidade dos entes públicos. Segundo o artigo 11.º, n.º 4 deste diploma, em caso de acordos que substituam um ato administrativo ou que determinem o conteúdo da decisão final do procedimento, caso a mesma seja discricionária, a Administração pode resolver unilateralmente o acordo por motivos de interesse público supervenientes à sua celebração, sem prejuízo da liquidação de uma indemnização (*indennizzo*) que cubra os danos sofridos pelo particular. Outro caso é regulado pelo artigo 21-5, n.º 1 do mesmo diploma, que estabelece que a Administração pode revogar atos administrativos de eficácia duradoura por motivos de interesse público supervenientes, estando obrigada a indemnizar os particulares diretamente lesados pela revogação, caso a mesma tenha efeitos danosos, acrescentando o n.º 1-3 desse preceito que a revogação de um ato administrativo de eficácia duradoura ou instantânea afete relações contratuais entre a Administração e os particulares, deverá ser liquidada uma indemnização (*indennizzo*), que abrangerá apenas o dano emergente sofrido pelo particular. Destas disposições decorre que a lei qualifica estas hipóteses de extinção de acordos ou de relações contratuais pelos entes públicos como hipóteses de responsabilidade por intervenções lícitas, dado que utiliza o termo *indennizzo* e não o termo *risarcimento* para qualificar a obrigação indemnizatória nestes casos, pelo que a indemnização não corresponderá à integralidade do prejuízo, mas antes a uma *compensação equitativa* dos danos. A doutrina maioritária perfilha esta qualificação, caracterizando estes casos como responsabilidade pré-contratual¹⁸⁶, e idêntico caminho é seguido pela jurisprudência. Assim, o Conselho de Estado tem considerado que estas

¹⁸⁵ V. as decisões do *Consiglio di Stato* n.º 7863/2006, de 27 de Dezembro, e n.º 5361/2001, de 4 de Dezembro, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸⁶ V. Galli, *Corso...*, cit., pág. 866, F. Caringella *et alii*, *Diritto Amministrativo*, cit., pág. 726, e Guido Corso, *Manuale...*, cit., págs. 315-316.

normas impõem uma compensação, e não uma indemnização que cubra a totalidade dos prejuízos, rejeitando pretensões de concessionários que reclamavam uma indemnização por danos emergentes e lucros cessantes em casos de revogação de concessões¹⁸⁷.

Em síntese, podemos afirmar que na Itália a perspectiva tradicional continua a ser perfilhada pela jurisprudência, no entanto, as mesmas cautelas que a jurisprudência alemã demonstra começam a surgir na jurisprudência italiana.

1.3.4. A solução da jurisprudência espanhola

As particularidades do âmbito da aplicação da responsabilidade indemnizatória em Espanha foram referidas em ponto anterior¹⁸⁸. Por um lado, vigora um conceito de responsabilidade em sentido amplo, que abrange qualquer tipo de intervenção danosa dos entes públicos, independentemente da sua ilicitude, por outro lado, o artigo 1.º, n.º 1 da *Ley de Expropiación Forzosa* considera a expropriação como «qualquer privação singular da propriedade ou de direitos e interesses patrimoniais legítimos, independentemente das pessoas ou titulares a que pertençam, acordada imperativamente, e que implique venda, permuta, arrendamento ou mera cessação do seu exercício», consagrando um conceito amplo de expropriação. Da aplicação jurisprudencial destes institutos retiram-se dados relevantes.

No campo da responsabilidade, o *Tribunal Supremo* já se pronunciou a propósito de algumas intervenções lícitas danosas, precisando o seu enquadramento. Este Tribunal considerou que, num caso de interrupção de acessos a estabelecimentos comerciais decorrentes de obras de melhoramento de vias públicas, os proprietários dos estabelecimentos apenas poderiam pedir uma indemnização ao abrigo da responsabilidade patrimonial do Estado, e não ao abrigo da expropriação, sendo que os danos indemnizáveis devem revestir-se de certa anormalidade, ultrapassando a medida dos riscos decorrentes da vida em sociedade, que deverão em regra sem suportados

¹⁸⁷ V. a decisão do *Consiglio di Stato* n.º 265/2003, de 9 de Maio, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸⁸ V. supra, Parte I, Capítulo I, ponto 2.4.

pelos proprietários¹⁸⁹. Idêntica doutrina é aplicada perante decisões administrativas discricionárias lícitas, como demonstram as decisões do *Tribunal Supremo* que reconheceram o direito de indemnização a proprietários de estabelecimentos comerciais na zona de Gibraltar, que haviam sido impedidos de laborar em virtude da decisão do Governo de encerrar a fronteira, que foi considerada lícita e insuscetível de impugnação¹⁹⁰. São ainda notáveis os casos de indemnização dos danos causados por decisões de abate de animais contaminados com brucelose, entendendo o *Tribunal Supremo*, com base no *Real Decreto* 1328/2007, de 7 de Julho, que a indemnização nesses casos não deverá corresponder à totalidade do valor dos animais, conferindo a estas hipóteses um carácter de compensação pelo sacrifício¹⁹¹. Na linha da doutrina tradicional, a jurisprudência evita utilizar o conceito de licitude, referindo-se antes ao carácter antijurídico da intervenção, que não se confunde com a licitude, antes se refere à conformidade da intervenção com o ordenamento jurídico, que a inexistir, determina a imposição de encargo especial ao particular¹⁹².

Particularmente analisada é a responsabilidade do Estado por atos legislativos lícitos que imponham encargos especiais. Estas hipóteses são influenciadas pelos dados legislativos, dado que o artigo 33.º, n.º 3 da Constituição exige que as leis ablativas da propriedade prevejam uma indemnização prévia, ao passo que o artigo 139.º, n.º 3 da *Ley* 30/1992 estabelece a responsabilidade do legislador em caso de leis de natureza não expropriatória, nos termos estabelecidos pelas próprias leis. Assim, torna-se decisiva a questão da determinação da natureza da lei. A este respeito, a jurisprudência procura distinguir as leis expropriatórias, subsumíveis ao artigo 33.º, n.º 3 da Constituição, sujeitas à cláusula indemnizatória conjunta, das limitações legais ao conteúdo do direito de propriedade, subsumíveis ao n.º 2 do mesmo preceito, segundo o qual a vinculação social da propriedade delimita o seu conteúdo, nos termos da lei. Esta distinção tem ocupado amiúde os Tribunais. Desde logo, o *Tribunal Constitucional*¹⁹³ considerou que as normas de um plano urbanístico das Ilhas Baleares que consideraram como áreas protegidas terrenos que anteriormente eram classificados como urbanizáveis e que

¹⁸⁹ V. a sentença do *Tribunal Supremo* n.º 3805/2003, de 3 de Junho, disponível em www.poderjudicial.es.

¹⁹⁰V. a sentença deste Tribunal n.º 3861/2003, de 5 de Junho, in www.poderjudicial.es.

¹⁹¹V. a sentença deste Tribunal n.º 522/2013, de 13 de Fevereiro, in www.poderjudicial.es.

¹⁹²V. a sentença do *Tribunal Supremo* n.º 3232/2010, de 22 de Junho, in www.poderjudicial.es.

¹⁹³V. a sentença deste Tribunal n.º 13/1997, de 13 de Fevereiro, disponível em www.hj.tribunalconstitucional.es.

impuseram proibições de edificar aos proprietários não constituíam normas expropriatórias, mas normas delimitadoras do conteúdo do direito de propriedade, em virtude de não atingirem o seu conteúdo essencial, pelo que não seriam inconstitucionais por falta de previsão da cláusula indemnizatória conjunta, sendo que a indemnização dos danos causados apenas poderia ser pedida nos termos da responsabilidade indemnizatória. Na mesma linha, o *Tribunal Supremo*¹⁹⁴ considerou que as normas da legislação de caça da Extremadura que impuseram proibições de caçar em áreas de parques naturais não constituíam normas que configuravam o conteúdo dos direitos sobre os terrenos em causa e não normas expropriatórias, pelo que seria apenas devida uma indemnização ao abrigo do artigo 139.º, n.º 3 da *Ley* 30/1992 e da legislação especial sobre áreas protegidas, tendo aplicado idêntico raciocínio perante normas de planos que classificaram terrenos como áreas protegidas e impuseram o cancelamento de várias licenças de construção, entendendo que nesse caso apenas estavam em causa normas gerais que impunham sacrifícios especiais, dignos de compensação nos termos da responsabilidade indemnizatória¹⁹⁵. Esta doutrina é aplicada perante normas que imponham servidões *non aedificandi* por motivos de proteção ambiental, que são concebidas pelo *Tribunal Supremo* como limitações constitucionalmente legitimadas ao abrigo do artigo 33.º, n.º 2 da Constituição, não se aplicando a indemnização por expropriação prevista no n.º 3 do mesmo preceito, antes a responsabilidade indemnizatória¹⁹⁶.

A jurisprudência referida atesta o relevo da distinção entre leis expropriatórias, sujeitas à *Junktim klausel*, e leis delimitadoras do conteúdo do direito de propriedade, que apenas exigirão uma compensação se os lesados não tiverem o dever de suportar os danos causados. Na jurisprudência é maioritário o entendimento de que a expropriação exige, como refere o artigo 1.º, n.º 1 da *Ley de Expropiación Forzosa*, uma *privação* ou intervenção tendente à ablação direta do direito de propriedade, que implica um sacrifício especial do conteúdo essencial dos direitos do particular, ao passo que a delimitação apenas interfere com o conteúdo normal, mas não essencial, do direito de propriedade. Neste sentido, refere-se que a expropriação corresponde a uma intervenção individual e concreta, ao passo que as delimitações se caracterizam pela generalidade e

¹⁹⁴ Na sentença n.º 183/1999, de 20 de Janeiro, in www.poderjudicial.es.

¹⁹⁵ V. a sentença deste Tribunal n.º 1362/2011, de 22 de Maio, in www.poderjudicial.es.

¹⁹⁶ V. a sentença deste Tribunal n.º 6613/2012, de 17 de Outubro, in www.poderjudicial.es.

pela abstração, traduzindo conformações legislativas do direito de propriedade. É comum o entendimento de que na expropriação ocorre uma «interação de patrimónios entre a entidade beneficiária da expropriação e o expropriado», que implica um benefício da primeira à custa do segundo, que, por quebrar a igualdade perante os encargos públicos, reclama uma indemnização que contrabalance o desequilíbrio¹⁹⁷. A utilização desta distinção permite retirar do campo da expropriação várias servidões urbanísticas (decorrentes da construção de aeroportos e de vias públicas), e limitações análogas, e força a jurisprudência a determinar com rigor o conteúdo essencial do direito de propriedade. A este respeito, o critério é semelhante ao do direito alemão: atinge o conteúdo essencial do direito de propriedade qualquer intervenção que prive o particular das possibilidades de realizar tal direito para fins pessoais¹⁹⁸. Se uma intervenção não cumprir este requisito, será tida como delimitadora, podendo desencadear uma compensação ao abrigo da responsabilidade em certos casos, mas não uma indemnização por expropriação.

Em hipóteses de leis delimitadoras do conteúdo do direito de propriedade, o *Tribunal Supremo* tem afirmado a responsabilidade indemnizatória do Estado com base no princípio da proteção da confiança, considerando que as leis que atinjam situações jurídicas consolidadas, ao abrigo das quais se constituem legítimas expectativas impõem um sacrifício grave e especial aos particulares, sendo devida uma indemnização pelos danos causados, nomeadamente em casos de planos urbanísticos que classificaram como rústicos terrenos anteriormente urbanizáveis, afetando particulares que se viram impedidos de executar projetos de urbanização (*perda de aproveitamento urbanístico*), desde que se prove a gravidade do dano e a existência de direitos consolidados, o que nem sempre se afigura fácil¹⁹⁹.

Por vezes, o legislador auxilia o intérprete, tomando posição sobre o enquadramento de certas hipóteses. É o caso da *Ley* n.º 33/2003, reguladora do Património das Administrações Públicas, cujo artigo 101.º dispõe que em caso de resgate antecipado de concessão de exploração de bens dominiais, o titular da concessão terá direito a uma indemnização do prejuízo material causado pela revogação, o que representa a recondução deste caso à responsabilidade indemnizatória. Também o artigo

¹⁹⁷ Assim, v. E. García de Enterría e T. R. Fernández, *Curso... cit.*, Vol. II, págs. 240 e segs.

¹⁹⁸ V. Ramón Parada, *Derecho Administrativo*, T.I, *cit.*, págs. 563 e segs.

¹⁹⁹ V. as sentenças deste Tribunal n.º 6636/2011, de 18 de Outubro e n.º 4714/2012, de 9 de julho, in www.poderjudicial.es.

33.º do texto refundido da *Ley de Suelo*, aprovado pelo *Real Decreto Legislativo 2/2008*, prevê diversas situações de responsabilidade indemnizatória, nomeadamente a lesão de bens ou direitos que imponha uma proibição de edificar especialmente gravosa, ou a modificação e anulação de licenças urbanísticas, resultantes de alterações de planos urbanísticos, ou a ocupação de terrenos determinada por planos urbanísticos²⁰⁰.

No quadro da jurisprudência, são ainda de referir outras hipóteses. Assim, o *Tribunal Supremo* reconduz à responsabilidade indemnizatória situações de existência de causa ilegítima de inexecução de sentenças condenatórias da Administração, nomeadamente em caso de alterações legislativas que tornem impossível a execução da sentença. Nestas situações, este Tribunal entende que é devida uma indemnização que repare os prejuízos decorrentes da falta de execução da sentença, daí a designação de «indemnização substitutiva da execução». Todavia, o tribunal goza de ampla conformação na determinação da indemnização, que deverá ser fixada de forma equitativa²⁰¹.

Também no campo contratual se referem hipóteses de responsabilidade indemnizatória por intervenções lícitas, considerando o *Tribunal Supremo* que, em caso de rotura do equilíbrio financeiro do contrato causada por modificações decorrentes de intervenções de entes públicos distintos do ente público que celebrou o contrato (*facto do príncipe*), não se poderá exigir ao ente público a reposição do equilíbrio financeiro, mas antes a adequada indemnização ao ente público autor do facto do príncipe²⁰².

Em conclusão, podemos afirmar que a amplitude do sistema de responsabilidade indemnizatória espanhol obriga a jurisprudência e a legislação a levar a cabo um tratamento desenvolvido das hipóteses de intervenções lícitas lesivas dos entes públicos, por vezes em termos paralelos à jurisprudência de outros países.

Feito este percurso pela jurisprudência europeia, estamos em condições de analisar os termos atuais da problemática em questão no nosso direito, atentando às posições da doutrina e da jurisprudência.

²⁰⁰ Sobre estes exemplos, v. Catalina Escuin Palop, *Curso de Derecho Administrativo*, 3.ª ed., TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2005, págs. 802-803.

²⁰¹ V. a sentença do *Tribunal Supremo* n.º 3385/2013, de 19 de Junho, com amplas referências, in www.poderjudicial.es.

²⁰² V., neste sentido, a sentença do *Tribunal Supremo* n.º 3125/2011, de 16 de Junho, in www.poderjudicial.es

1.4. A atual relação entre responsabilidade por factos lícitos, indemnização pelo sacrifício e expropriação à luz da doutrina

Apesar do seu reduzido tempo de vigência, o artigo 16.º do RRCEE suscita acesa controvérsia quanto ao seu âmbito específico de aplicação, surgindo numerosas propostas doutrinárias quanto à relação do novo instituto da indemnização pelo sacrifício com as restantes prestações de ressarcimento resultantes de intervenções lícitas dos entes públicos. Convirá atentar no seu conteúdo antes de formularmos a nossa proposta de solução.

Entre as referidas propostas destaca-se a de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos²⁰³. Estes autores, equiparando as noções de indemnização pelo sacrifício e de responsabilidade por factos lícitos, consideram que o referido preceito padece de inconstitucionalidade, por violar o artigo 62.º, n.º 2 da Constituição, em virtude de submeter as intervenções ablativas de direitos patrimoniais à verificação dos pressupostos de especialidade e anormalidade do dano, o que implicaria aplicar a tais hipóteses o modelo da responsabilidade civil e violaria este preceito constitucional, que prescinde destes requisitos e considera a indemnização como pressuposto da intervenção ablativa. Assim, haveria que interpretar restritivamente este preceito, cabendo no seu campo de aplicação apenas as hipóteses de responsabilidade pelo sacrifício de direitos pessoais e os casos de danos causados em estado de necessidade. Fora do seu campo de aplicação ficariam as hipóteses de sacrifício de direitos patrimoniais, cujo regime constaria do artigo 62.º, n.º 2 da Constituição, o que determinaria a aplicação de uma indemnização calculada por referência ao valor do bem ou direito sacrificado. Guilherme da Fonseca e Miguel Bettencourt da Câmara defendem uma posição semelhante²⁰⁴.

²⁰³ V. *Responsabilidade... cit.*, págs. 41 e segs. e 57 e segs.

²⁰⁴ V. *A responsabilidade civil... cit.*, págs. 62 e segs.

Numa posição ligeiramente distinta, Maria da Glória Dias Garcia²⁰⁵ advoga um princípio amplo de responsabilidade dos entes públicos por intervenções lícitas, que abrangeria situações previstas em lei especial, como a expropriação ou a ocorrência de causa legítima de execução de sentença, e as situações abrangidas pelo regime geral do artigo 16.º do RRCEE, nos termos da doutrina de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos. Neste contexto, a indemnização pelo sacrifício em sentido estrito referir-se-ia a situações não cobertas pelas tradicionais modalidades de responsabilidade indemnizatória.

António Menezes Cordeiro²⁰⁶ considera equivalentes os institutos da indemnização pelo sacrifício e da responsabilidade por factos lícitos e vai mais longe, apontando ao novo regime um lapso, presente na referência ao «direito ou interesse violado», o que seria incompatível com a noção de responsabilidade por factos lícitos, em que não existe violação, por falta do requisito da ilicitude do ato.

Mário Aroso de Almeida²⁰⁷, aplaudindo as alterações resultantes do novo diploma, considera que o novo instituto da indemnização pelo sacrifício se distingue claramente da responsabilidade indemnizatória, invocando não só o artigo 16.º do novo Regime, mas também o artigo 37.º, n.º 2, alínea g) do CPTA, e que tal distinção deve ser feita com base nos critérios aventados por Manuel Afonso Vaz e Maria Lúcia Amaral, o que implica a aproximação da noção de indemnização pelo sacrifício ao conceito de expropriação, em que a indemnização surge como pressuposto da licitude do facto.

Alves Correia²⁰⁸ entende que a responsabilidade por facto lícito é uma dimensão da indemnização pelo sacrifício e enquadra ambos os institutos num conceito abrangente de responsabilidade, capaz de conferir unidade a todas as figuras indemnizatórias. Rejeitando a tese que retira do campo de aplicação da indemnização pelo sacrifício todas as intervenções impositivas de sacrifícios patrimoniais, Alves

²⁰⁵ V. Maria da Glória F. P. D. Dias Garcia “A responsabilidade civil do Estado e das Regiões Autónomas pelo exercício da função político-legislativa e a responsabilidade do Estado e demais entes públicos pelo exercício da função administrativa”, in *Revista do CEJ*, N.º 13, 1.º Semestre de 2010, págs. 305 e segs., sobretudo págs. 316-317 e 320-321.

²⁰⁶ V., do autor, “A responsabilidade civil do Estado”, in *O Direito*, Ano 142.º (2010), N.º 4, págs. 623 e segs., sobretudo 652 e segs.

²⁰⁷ V., do autor, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 125 e nota 62.

²⁰⁸ V. *ob. e loc cits.* na nota 2, págs. 144, 152 e segs., e 155 e segs.

Correia considera porém que nem todas as intervenções deste tipo se reconduzem ao artigo 16.º do RRCEE. Este preceito abrangeria apenas as hipóteses de sacrifícios patrimoniais que resultem indiretamente das intervenções dos entes públicos, sendo excluídos do seu âmbito de aplicação os sacrifícios patrimoniais causados por um ataque direto (ablação) dos entes públicos, reguladas por leis especiais, cuja aplicação é salvaguardada pelo artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007, como a expropriação, a requisição e nacionalização, para além das hipóteses abrangidas pela *expropriação de sacrifício*, entendida enquanto extensão do regime da expropriação a hipóteses de ablação do conteúdo essencial do direito de propriedade, às quais falte o momento translativo do direito e a relação tripolar entre a entidade expropriante, o expropriado, e o beneficiário da expropriação. Alves Correia utiliza o conceito amplo de expropriação para delimitar o âmbito de aplicação da indemnização pelo sacrifício, estabelecendo uma distinção entre os dois institutos. No seu entender, a expropriação de sacrifício teria o seu fundamento principal no princípio da justa indemnização por expropriação, constante do artigo 62.º, n.º 2 da Constituição, ao passo que a indemnização pelo sacrifício se fundaria exclusivamente nos princípios do Estado de Direito e da igualdade perante os encargos públicos. Por outro lado, a indemnização pelo sacrifício tomaria por referência os danos especiais e anormais, que seriam integralmente reparados, uma vez provados tais pressupostos, ao passo que a indemnização por expropriação deveria corresponder ao valor de mercado do bem expropriado. Em suma, a indemnização pelo sacrifício referir-se-ia a hipóteses em que a indemnização é consequência do facto danoso, ao passo que a expropriação de sacrifício teria na indemnização um pressuposto de licitude. Esta tese é seguida por José Miguel Sardinha, que considera o artigo 143.º n.º 4 do RJGIT como a consagração da expropriação de sacrifício e invoca a salvaguarda, feita por defensores da tese oposta, das situações especialmente reguladas²⁰⁹.

Para Luís Cabral de Moncada²¹⁰, a indemnização pelo sacrifício sucede à responsabilidade por factos lícitos, sendo a primeira vocacionada para regular as figuras indemnizatórias resultantes de sacrifícios laterais decorrentes das medidas de intervenção próprias do Estado Social, a cuja lógica dificilmente se adequa a responsabilidade. A indemnização pelo sacrifício, ao exigir o pressuposto da especialidade do dano, teria

²⁰⁹ V. do autor, “Em torno da expropriação de sacrifício”, in *CJA*, N.º 99, págs. 3 e segs.

²¹⁰ V. do autor, *ob. cit.* na nota 102, págs. 20 e segs., 90 e segs. e 98 e segs.

uma índole compensatória de certo tipo de danos, e não uma índole reparadora da totalidade do prejuízo, própria da responsabilidade civil, daí que se lhe adequaria a denominação de *compensação pelo sacrifício*. Com esta amplitude, seriam reconduzíveis à indemnização pelo sacrifício lesões em tido o tipo de posições jurídicas, quer pessoais, quer patrimoniais. A indemnização pelo sacrifício, ao contrário da expropriação, abrangeria os danos resultantes de qualquer tipo de atividade administrativa, nomeadamente operações materiais, e visaria compensar danos que são uma consequência incidental da intervenção administrativa, ao passo que a expropriação visa a ablação direta dos direitos do particular e tem como pressuposto a substituição do bem pelo seu valor de mercado. Todavia, continuaria a vigorar a responsabilidade civil.

Freitas do Amaral²¹¹, embora identifique indemnização pelo sacrifício e responsabilidade por factos lícitos, estabelece uma distinção entre dois modos de causação de danos abrangidos pelo artigo 16.º do Regime aprovado pela Lei n.º 67/2007. No seu entender, ao referir-se ao direito ou interesse violado ou sacrificado, este preceito abrangeria, no primeiro caso, as hipóteses de danos causados por factos ilícitos à partida, mas que se tornariam lícitos por operar uma causa de justificação, e no segundo caso, intervenções impositivas de sacrifícios a merecer compensação. Só no primeiro caso estaríamos perante responsabilidade civil, que implicaria a reparação total do dano real, já que o segundo caso se referiria a uma compensação medida pelo valor do bem atingido pela intervenção lesiva. Seriam exemplos de responsabilidade por facto lícito a expropriação e a requisição, as servidões administrativas, a ocupação temporária de terrenos adjacentes a estradas em execução de obras públicas, ou a existência de causa legítima de inexecução das sentenças dos tribunais administrativos contra a Administração.

Carla Amado Gomes²¹², reconhecendo que a expropriação tem na indemnização um pressuposto de licitude e um elemento, devendo a indemnização obedecer a um princípio de equivalência de valores, entende que o conceito constitucional de expropriação abrange tão só o conceito clássico da mesma, que teria como elemento principal a transferência de uso ou título de propriedade de um bem, em regra privado,

²¹¹ V. *Curso...*, cit., Vol. II, págs. 679-680 e 743 e segs.

²¹² V. da autora, “A compensação administrativa pelo sacrifício: reflexões breves e notas de jurisprudência”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. IV, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, págs. 151 e segs., sobretudo págs. 155 e segs., e 168 e segs.

para a esfera de um ente público, daí que rejeite as teses de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos e de Alves Correia, entendendo que a indemnização pelo sacrifício abrange lesões pessoais e patrimoniais, e defende que ela se distingue da responsabilidade, por lhe faltar a censura jurídica que a responsabilidade dirige às condutas ilícitas, e por não visar a reintegração da esfera jurídica do lesado. A indemnização pelo sacrifício tenderia a manter os efeitos do dano, repondo a igualdade e justificando em absoluto a intervenção lesiva, daí que a indemnização não abranja lucros cessantes e se pautar por critérios de equidade. O que leva a autora a designá-la, com propriedade, de «*compensação pelo sacrifício*» que, à semelhança da *compensação por expropriação*, se integraria num conceito amplo de *compensação por facto lícito*, distante da ideia de responsabilidade. Seriam reconduzíveis à compensação pelo sacrifício intervenções fundadas em normas habilitantes (*factos lícitos à partida*), e intervenções cobertas por causas de exclusão de ilicitude (*factos lícitos à chegada*).

Esta ideia é sublinhada por João Caupers²¹³, que rejeita qualquer ligação da indemnização pelo sacrifício à responsabilidade, por se tratar de mera «ficção», dado que não estaríamos perante um comportamento digno de indemnização, mas antes perante comportamentos lícitos carecidos de compensação, daí que aplauda o novo instituto, embora questione a sua inserção legislativa.

Para Carlos Cadilha²¹⁴, o preceito regulador da indemnização pelo sacrifício, abrange a responsabilidade por factos lícitos mas não se confunde com ele, não só porque abrangeria todo o tipo de atividade pública, para além dos atos e das operações materiais administrativas, mas também porque, como decorre das referências à imposição de encargos e à produção de danos, o preceito abrange a atividade ablativa dos entes públicos, cujas consequências danosas são uma finalidade direta e intencional da mesma, e qualquer atividade lícita da qual decorram danos, ainda que não pretendidos pelos entes públicos. Seria esse o sentido da referência ao direito ou interesse violado ou sacrificado, que identificaria o tipo de consequência lesiva decorrente de cada tipo de atividade, constituindo a lesão um prejuízo ou um ónus, consoante os casos. Esta doutrina explica a inclusão no campo de aplicação da indemnização pelo sacrifício dos danos causados em estado de necessidade. Todavia,

²¹³ V., do autor, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10.^a ed., Âncora, Lisboa, 2009, págs. 342-343.

²¹⁴ V. *Regime da Responsabilidade Civil...*, cit., anotações ao artigo 16.º, págs. 359 e segs.

neste caso, a indemnização teria certa *índole reparatória*, ainda que limitada, e não *compensatória*, como sucede em regra nos casos de indemnização pelo sacrifício, ou seja, nem sempre a prestação de ressarcimento atribuída ao abrigo da indemnização pelo sacrifício estaria longe de atingir o montante económico exato do prejuízo causado, nota típica da compensação. Conclui o autor que seriam situações de indemnização pelo sacrifício os danos causados por medidas de proteção sanitária, como vacinações obrigatórias, ou por medidas de direção económica, como a suspensão de incentivos industriais, e ainda os danos resultantes de trabalhos públicos cujos danos não sejam acautelados pelos planos urbanísticos, por intervenções ambientais, e por omissões, como a recusa de intervenções policiais. Excluídas estariam as hipóteses previstas em legislação especial, como a expropriação, a requisição, as servidões administrativas e a ocorrência de causa legítima de inexecução de sentenças de tribunais administrativas.

Cláudia Saavedra Pinto²¹⁵, analisando a indemnização pelo sacrifício no campo contratual, rejeita a tese de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos e afasta a indemnização pelo sacrifício do campo da responsabilidade, dado que a licitude dos atos abrangidos pela primeira afasta a censura característica da responsabilidade civil. Por outro lado, o carácter intencional dos atos abrangidos indemnização pelo sacrifício, torna os danos aceitáveis na perspetiva do interesse público, o que levaria a uma compensação, traduzida na substituição de um direito pelo seu valor, e não a uma reparação. Acrescenta a autora que a indemnização pelo sacrifício e a expropriação são institutos distintos, dado que a primeira resulta de medidas de carácter geral, ao passo que a segunda é uma intervenção dirigida à ablação de um bem concreto. Por outro lado, ao passo que a indemnização pelo sacrifício se funda nos princípios da igualdade perante os encargos públicos e da proteção da confiança, a expropriação, para além destes dois princípios funda-se no princípio da justa indemnização. A autora defende a existência de um conceito de *indemnização pelo sacrifício em sentido amplo*, onde se incluiriam todos os atos ablativos dos direitos dos particulares, incluindo os regulados em legislação especial, como a expropriação, ou o exercício de modificação unilateral do contrato administrativo, e de um conceito de *indemnização pelo sacrifício em sentido estrito*, que se referiria a todas as hipóteses de figuras indemnizatórias decorrentes de intervenções lícitas não reguladas especialmente, e onde se incluiria «o facto do

²¹⁵ V., da autora, *O «Facto do Príncipe» e os contratos administrativos*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 109 e segs.

príncipe», ou seja, a extinção do contrato administrativo por motivos imputáveis a um ato autoritário de entes públicos distintos do contraente público, fora do campo dos poderes de conformação da relação contratual atribuídos aos entes públicos. A autora caracteriza a indemnização pelo sacrifício como uma compensação, por não abranger vantagens que o lesado deixou de obter por força do ato danoso (*lucros cessantes*), referindo-se apenas às consequências imediatas da perda do bem ou direito sacrificado (*danos emergentes*).

Segundo Vieira de Andrade²¹⁶ a indemnização pelo sacrifício tem uma natureza diversa da responsabilidade em sentido estrito, por se referir a situações cujos efeitos danosos são aceitáveis do ponto de vista do interesse público e em que não é possível a reconstituição natural da esfera jurídica do lesado, objetivo primordial da responsabilidade civil. Inovadoramente, este autor traça uma distinção entre responsabilidade por factos lícitos, expropriação e indemnização pelo sacrifício. O autor considera que as referências do artigo 16.º do RRCEE à imposição de encargos e à causação de danos incorrem no risco de serem interpretadas como referências aos efeitos impositivos ou ablativos das intervenções, o que deixa em aberto a questão da *distinção entre responsabilidade por factos lícitos e indemnização pelo sacrifício*, ambas cobertas pelo novo preceito. Tal distinção seria feita nos seguintes termos: a indemnização pelo sacrifício referir-se-ia a intervenções de carácter geral que indiretamente causam prejuízos especiais e anormais, visando a compensação de danos decorrentes de medidas normativas; pelo contrário a responsabilidade por factos lícitos referir-se-ia à atividade ablativa dos entes públicos, que acarreta direta e intencionalmente a lesão de posições jurídicas subjetivas, e que exigiria uma verdadeira indemnização. A indemnização pelo sacrifício teria uma *índole compensatória* medida pela intensidade da lesão decorrente indiretamente da intervenção, e a responsabilidade por factos lícitos uma *índole reparatória* do prejuízo causado pela ablação, que seria limitada pelas exigências de especialidade e anormalidade do dano, mas que se aproximaria mais da reparação integral do que a compensação equitativa de sacrifícios. Em casos de convergência de ambas as dimensões, como sacrifícios impostos por medidas normativas que implicassem a ablação de direitos, de que seria exemplo o resgate de concessões públicas por motivos de alteração de políticas económicas prevaleceria a dimensão de responsabilidade por factos lícitos, o que levaria à atribuição

²¹⁶ V. *ob. e loc cits.* na nota 8, págs. 352 e segs. e *ob. e loc cits.* na nota 18, pág. 370.

de uma indemnização reparatória. Vieira de Andrade discorda do conceito amplo de expropriação, por considerar que o conceito constitucional de propriedade não pode ser interpretado de modo a ser considerado como sinónimo de património, devendo antes abranger as faculdades essenciais à realização do homem como pessoa, e por considerar que a expropriação tem uma dimensão simultaneamente apropriativa e subtrativa, que a distingue categoricamente da responsabilidade por factos lícitos, dado que na expropriação opera-se não só uma ablação, mas uma substituição do bem pelo seu valor de mercado, e argumenta ainda que uma extensão do regime da indemnização por expropriação prejudicaria a sustentabilidade dos cofres públicos. Tal extensão apenas se poderia justificar se ocorresse uma equivalência substancial de situações, nomeadamente pela intensidade da lesão, o que não sucederia na maioria das hipóteses. As situações designadas de expropriação de sacrifício seriam indemnizáveis ao abrigo da responsabilidade por factos lícitos incluída no artigo 16.º do novo Regime, sem prejuízo da situação do lesado, que teria direito a uma indemnização que teria em conta a totalidade das circunstâncias. Acrescenta o autor que as hipóteses de extensão do regime da indemnização por expropriação previstas em legislação especial constituem uma equiparação para efeito de cálculo, e não uma consagração de um conceito amplo de expropriação.

À posição deste administrativista opõe-se Pedro Machete²¹⁷, que embora entenda que o legislador procurou distinguir responsabilidade e indemnização pelo sacrifício, e que a indemnização pelo sacrifício visa compensar o encargo desigual imposto ao particular por uma interpretação lícita, argumenta que a *indemnização pelo sacrifício em sentido amplo* e a expropriação se fundam no princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, o que constituiria uma *matriz axiológica comum* aos institutos e que seria suficiente para fundar um sistema unitário. Este autor rejeita a distinção traçada por Vieira de Andrade entre *indemnização reparatória* e *indemnização compensatória* com base na ideia de que em ambos os casos valem as exigências da especialidade e anormalidade do dano, o que tornaria desnecessária tal distinção para efeitos de cálculo de indemnização, concordando com Alves Correia na afirmação de que na indemnização pelo sacrifício são sempre reparados integralmente

²¹⁷ V., do autor, comentário ao artigo 16.º, in *Comentário ao Regime... cit.* na nota 1, pontos 2, 2.3 e 3.1 e 6, págs. 420-421, 438 e segs., 450 e segs., e 473 e segs., e o comentário ao artigo 2.º, ponto 4., págs. 87-88.

os danos especiais e anormais, não havendo lugar a indemnizações não correspondentes à integralidade do prejuízo. Quanto ao enquadramento dos sacrifícios de direitos patrimoniais, Pedro Machete, embora acompanhe as críticas de Vieira de Andrade ao conceito amplo de expropriação, seguindo a doutrina alemã da determinação do conteúdo do direito de propriedade, admite que as intervenções que anulem o valor económico ou a utilidade de um bem deverão ser indemnizáveis ao abrigo da expropriação de sacrifício, na esteira de Alves Correia. Fora destas situações valeria o artigo 16.º do Regime da Responsabilidade, enquanto norma geral. No que respeita às referências à imposição de danos e causação de prejuízos, o autor perfilha o entendimento de Carlos Cadilha de que as mesmas aludem a danos causados intencionalmente e não intencionalmente, seguindo o entendimento de Freitas do Amaral quanto ao sentido da referência ao interesse violado ou sacrificado.

Expostas as concepções da doutrina, atendamos à concretização jurisprudencial da questão em análise.

1.5. A solução da jurisprudência portuguesa

Percorrendo a jurisprudência administrativa e constitucional, recolhem-se dados importantíssimos quanto aos casos reconduzíveis à indemnização pelo sacrifício, e sobre o seu âmbito e natureza.

Entre as hipóteses consideradas pelos tribunais contam-se os casos de *decisões de abate de animais por razões de saúde pública* que causem danos às explorações dos seus proprietários. Por exemplo, perante uma ação de responsabilidade por facto lícito, à luz do direito anterior, decorrente de uma decisão de abate de suínos por receio de contágio de brucelose, o Supremo Tribunal Administrativo²¹⁸, enquadrando o caso neste instituto, reconheceu ao artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051 uma natureza geral e excecional, operando «para suprir eventuais falhas ou omissões legais do regime ressarcitório contemplado para o caso concreto», e entendeu que o proprietário das

²¹⁸ V. o acórdão deste Tribunal de 11 de Março de 2010, processo n.º 083/10. Contra, v. o acórdão do mesmo Tribunal de 28 de Fevereiro de 2012 cit. na nota 95, ambos in www.dgsi.pt.

reses, ao prosseguir fins lucrativos, assume um risco «inerente aos riscos normais da vida em sociedade, devendo ser suportado por todos os cidadãos a ele sujeitos», concluindo o Tribunal que «*estes riscos não têm de ser cobertos pelo ente público que determina o abate, a título de responsável pelo ressarcimento do sacrifício que a destruição das reses acarreta*», e que «*a indemnização justa possa ser numa parte inferior ao valor de mercado do gado abatido*». Assim, o Supremo Tribunal Administrativo rejeitou uma reparação integral, reconhecendo à responsabilidade por factos lícitos certo carácter compensatório e não reparatório.

Idêntico entendimento foi aplicado em casos de danos resultantes de *apreensões de bens* empreendidas por forças de segurança ou autoridades administrativas no decurso de inquéritos criminais, hipóteses que o Supremo Tribunal Administrativo enquadra na responsabilidade por factos lícitos, com os seguintes pressupostos: «um ato lícito do Estado ou de outra pessoa coletiva pública; praticado por motivo de interesse público; um prejuízo especial e anormal; e o nexo de causalidade entre o ato e o prejuízo». Nestas hipóteses, este Tribunal considera que a indemnização deve ser atribuída de modo equitativo, e não com base no estrito valor de mercado dos bens²¹⁹. Num *leading case*, o Tribunal Central Administrativo Sul²²⁰, num caso de apreensão de rações que acabaram por se deteriorar, ordenada por um Magistrado do Ministério Público, aplicou o artigo 16.º do RRCEE, e pronunciando-se sobre o seu âmbito, afastou-o da lógica da indemnização por expropriação. Citando jurisprudência anterior, o Tribunal argumentou que «em caso de expropriação de bens por utilidade pública a indemnização justa para que a lei ordinária aponta é o valor do bem expropriado tendo em consideração o seu fim objetivamente definido e as condições existentes de facto à data da declaração de utilidade pública», ao passo que «relativamente ao dano por ato lícito a justa indemnização, segundo o critério apontado pela lei ordinária, será encontrada, pelo valor dos danos especiais e anormais sofridos e que tenham sido causados pelo facto impositivo do sacrifício», o que implica que «*a indemnização... pode considerar-se justa mesmo quando inferior ao valor real dos bens*», aderindo à doutrina de Carlos Cadilha de que a indemnização pelo sacrifício tem um carácter compensatório, pelo que se excluem dela os lucros cessantes, limitando-se a

²¹⁹ V. os Acórdãos deste Tribunal de 30 de Outubro de 2003, processo n.º 0936/03 e de 23 de Novembro de 2010, processo n.º 0444/10, in www.dgsi.pt.

²²⁰ V. o Acórdão deste Tribunal de 6 de Dezembro de 2012 cit. na nota 104.

indenização aos danos emergentes. Assim, o Tribunal conclui que a compensação pela destruição das rações se mediria pelo preço de custo e não pelo preço de mercado (que inclui os lucros).

Igualmente relevantes são os casos de *causas legítimas de inexecução de sentenças* de tribunais administrativos pela Administração. Este instituto, regulado pelo CPTA, possibilita aos entes públicos exonerarem-se da obrigação de executar as sentenças condenatórias da Administração, salvo em caso de sentenças condenatórias ao pagamento de quantia certa, desde que ocorra uma impossibilidade de cumprir a sentença, ou que o cumprimento da mesma acarrete graves prejuízos para o interesse público²²¹. A sua existência pode ser invocada no processo declarativo (artigos 45.º e 49.º do CPTA), ou em sede de processo executivo (artigos 163.º, 165.º, 166.º, 175.º e 178.º do CPTA), e caso o tribunal a julgue procedente, será fixada uma indemnização, por acordo entre as partes ou pelo tribunal, que abranja os danos resultantes da inexecução da sentença favorável ao particular, que terá uma *índole compensatória*, dado que se refere apenas ao sacrifício do direito reconhecido na sentença. Analisando hipóteses desta natureza, o Supremo Tribunal Administrativo²²² adere ao entendimento de que a indemnização devida nestes casos se trata em rigor de uma «*compensação pelo facto da inexecução*», também designada de «*expropriação do direito à execução*», que alcance uma compensação equitativa dos prejuízos resultantes da frustração lícita da execução da sentença, o que aproxima esta situação da tradicional responsabilidade por facto lícito, o que não impede que, «se foi reconhecido na sentença anulatória que o exequente tinha um determinado direito subjetivo ou um determinado direito sobre uma coisa, direito que viu frustrado pela impossibilidade de execução, a indemnização devida pela inexecução deverá corresponder ao valor desse direito ou dessa coisa».

Particularmente analisados pela jurisprudência são casos respeitantes a direitos patrimoniais. Por exemplo, perante um pedido de indemnização fundado na entrada em vigor do Plano de Ordenamento da Orla Costeira Sintra-Sado, que inviabilizou a construção de um prédio, o Supremo Tribunal Administrativo viu-se confrontado com a questão do enquadramento da indemnização no campo da responsabilidade, caso em que seriam competentes os tribunais administrativos, ou no campo da expropriação,

²²¹ Sobre este instituto, v. Vieira de Andrade, *A justiça...cit.*, págs. 407 e segs., e Mário Aroso de Almeida, *Manual..., cit.*, págs. 386 e segs. e 511 e segs.

²²² V. os acórdãos deste Tribunal de 20 de Janeiro de 2010, processo 047578A, e de 2 de Junho de 2010, processo n.º 01541A/03, in www.dgsi.pt.

caso em que seriam competentes os tribunais administrativos²²³. O lesado perfilhava esta última orientação, considerando o caso uma «expropriação de sacrifício», distinta da responsabilidade. Porém, diverso foi o entendimento do Tribunal, que considerou que «a *indenização por expropriação de sacrifício*» do vigente artigo 16º do RRCEE «não é mais do que a responsabilidade extracontratual por atos lícitos prevista no artigo 9º do Decreto-Lei nº 48 051 (...), cujo conhecimento era e é da competência dos tribunais administrativos», acrescentando que estes «tipos de ações são de responsabilidade em sentido amplo». Este raciocínio também esteve presente num pedido de indemnização resultante da inclusão, operada por Decreto-Lei, no perímetro do Monumento Natural das Pegadas de Dinossáurios de Ourém do Parque Natural das Serras de Aire e Candeeiros da área de uma pedreira, o que inviabilizou a continuação da exploração, tendo o Supremo Tribunal Administrativo²²⁴ considerado que o particular foi privado de faculdades «que antes lhe foram validamente constituídos e do gozo económico fundamental do seu prédio», ficando «colocado numa posição jurídica que, pela gravidade e intensidade do dano seja injusto não equiparar à expropriação para efeitos indemnizatórios», estendendo o campo de aplicação do artigo 9.º do diploma de 1967 aos prejuízos resultantes de atos legislativos lícitos.

No mesmo campo, destacam-se os casos de indemnização resultante de integrações de terrenos na Reserva Ecológica Nacional (REN). Numa hipótese deste tipo, que privou alguns proprietários da faculdade de construir moradias nos terrenos, tendo o respetivo projeto de arquitetura sido aprovado, o Supremo Tribunal Administrativo²²⁵ defendeu que a satisfação da pretensão indemnizatória depende «da verificação cumulativa de dois requisitos: por um lado, que o conteúdo do direito de propriedade sobre o seu prédio integrasse ou pudesse seriamente integrar o direito de edificação e, portanto, que a ablação dessa capacidade construtiva se traduzisse numa «quase expropriação»; por outro, que a integração do seu prédio na REN lhe causasse prejuízos especiais e anormais». Atendendo aos factos, o Tribunal considerou que esta hipótese se reconduzia ao artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051, julgando improcedente o

²²³ V. o acórdão deste Tribunal de 15 de Maio de 2005, processo n.º 0616/04, in www.dgsi.pt. Note-se que presentemente a questão perde relevância, dado que o XIX Governo Constitucional prepara um projeto de revisão do Código das Expropriações, cujo artigo 41.º atribui competência aos tribunais administrativos em matéria de expropriações litigiosas.

²²⁴ V. o acórdão deste Tribunal de 26 de Abril de 2006, processo n.º 0120/06, in www.dgsi.pt

²²⁵ V. o acórdão deste Tribunal de 17 de Dezembro de 2008, cit. na nota 95.

pedido por falta de verificação do requisito da especialidade do dano. Noutra decisão, este Tribunal²²⁶ foi mais longe, e defendeu que os artigos 143.º do RJIGT e 18.º, n.º 2 da LBOTU são exemplos «da modalidade e termos da indemnização por ato lícito, genericamente consagrado no artigo 9.º do DL 48 051 e, presentemente, da indemnização pelo sacrifício, genericamente consagrada pelo artigo 16.º (...)» e, rejeitando a aplicação daquelas regras especiais, refere que as restrições causadas pela integração dos terrenos na REN se situam no campo da vinculação situacional dos terrenos, o que não constitui uma expropriação, em que «o bem deixa de pertencer ao expropriado, o que não ocorre nas restrições decorrentes de integração em REN», o que denota a defesa de um conceito restrito de expropriação.

Destacam-se ainda os casos de alteração de classificação de terrenos por normas de planos urbanísticos que importem restrições às possibilidades edificativas dos terrenos. Perante normas de Planos Diretores Municipais que impuseram este tipo de restrições, o Supremo Tribunal Administrativo²²⁷ considerou que tais normas «constituem, sem qualquer dúvida, *imposições de sacrifícios por razões de interesse público* (...) mesmo que tais restrições, correspondam a expropriações do plano», nos termos do artigo 143.º do RJIGT. E acrescenta o Tribunal: «as restrições ao uso dos terrenos, designadamente no plano edificativo, determinadas por instrumentos de gestão territorial, ainda que substanciais, não se confundem com as expropriações por utilidade pública ou *«expropriações clássicas»*, desde logo porque, diferentemente delas, não operam a transferência do direito de propriedade desses prédios para o domínio público e nem todas dão direito a uma indemnização», o que implica a subsunção destes casos à responsabilidade por factos lícitos. Doutrina diferente foi manifestada em casos semelhantes pelo Tribunal Central Administrativo Sul²²⁸, qualificando tais casos como de «expropriação de sacrifício» ou substancial, aderindo à doutrina de Alves Correia.

Refiram-se ainda as hipóteses de pedidos de indemnização com base em prejuízos decorrentes de obras públicas. Tais casos são enquadrados sem dificuldade

²²⁶ V. o acórdão deste Tribunal de 28 de Setembro de 2010, processo n.º 0412/10, in www.dgsi.pt. V., no mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 425/2003, de 24 de Setembro, processo n.º 144/03, in www.tribunalconstitucional.pt.

²²⁷ V. o acórdão deste Tribunal de 7 de Fevereiro de 2012, processo n.º 0412/10, in www.dgsi.pt.

²²⁸ V. os Acórdãos deste Tribunal de 17 de Maio de 2012, processo n.º 08176/11, e de 18 de Outubro de 2012, processo n.º 01597/06, in www.dgsi.pt, este último com anotação favorável de Alves Correia na *RLJ*, Ano 142.º, N.º 3977, págs. 139 e segs.

pelos tribunais administrativos na responsabilidade por facto lícito. Por exemplo, perante um pedido de indemnização formulado pelo proprietário de um estabelecimento situado numa rua que foi encerrada devido a obras de rede de saneamento, que alegava que as referidas obras tornaram a rua intransitável, afastando a clientela do estabelecimento, o Supremo Tribunal Administrativo²²⁹, subsumiu a hipótese ao artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48051, referindo que «a par da responsabilidade por ato ilícito, mais próxima do instituto (...) da responsabilidade civil (...) este diploma estabelece, no artigo 9º, a responsabilidade por facto lícito, a qual, embora possua algumas afinidades com certas situações reguladas pela lei civil, é instituída em termos que podem considerar-se específicos do Direito Administrativo». Assim, na análise do Tribunal, a responsabilidade por factos lícitos distancia-se da responsabilidade em sentido estrito. No caso, o Tribunal considerou que não se verificava o requisito da especialidade do prejuízo, e julgou a ação improcedente, por entender que o lesado beneficiou dos melhoramentos realizados pelas obras, acrescentando que «uma excessiva generosidade no preenchimento desse requisito poderia ter o efeito indesejável de dissuadir ou constranger a Administração sempre que se revele necessário executar obras públicas deste género, no receio de os pedidos de indemnização se poderem multiplicar». Numa hipótese semelhante, perante danos decorrentes da construção de um viaduto, que implicou a destruição de rampas de acesso a moradias fronteiras ao viaduto, impossibilitando o estacionamento de viaturas, bem como aumento de ruídos resultantes da limpeza do viaduto efetuada de noite, o mesmo Tribunal²³⁰, lançando mão da *teoria do gozo standard*, na formulação de Gomes Canotilho²³¹, segundo a qual «perante a ação dos poderes públicos (...) é garantido o gozo médio ou *standard* dos bens pertencentes ao particular de modo que quando este gozo é tolhido por um ato normativo ou administrativo, estamos em presença de um ato ablatório gerador de indemnização», refere: «A propriedade privada admite limites e vínculos impostos por razões sociais e condicionamentos administrativos. (...) Significa isto que o critério quantitativo, por si só, não é índice bastante da ocorrência de ingerência pública geradora de sacrifício indemnizável, nos termos previstos no artigo 9º do Decreto-Lei nº 48 051. Só o será se, associado a ele, houver privação do *gozo*

²²⁹ V. o Acórdão deste Tribunal de 5 de Novembro de 2003 cit. na nota 95.

²³⁰ V. o Acórdão deste Tribunal de 13 de Janeiro de 2004 cit. na nota 95. No mesmo sentido, v. o Acórdão do mesmo Tribunal de 30 de Abril de 2008 cit. na nota 95.

²³¹ V. *O problema da responsabilidade...*, cit., págs. 280-281.

standard do imóvel.». Daí que o dano em causa não fosse digno de indemnização, por não se revestir de especialidade e anormalidade, dois pressupostos que, no entender do Tribunal, não violam o direito geral à reparação de danos, mas antes representam a ponderação dos interesses da coletividade e do lesado. Trata-se de uma argumentação que afasta uma conceção ampla de expropriação e que implica que nem todas as limitações ao direito de propriedade são indemnizáveis.

É ainda o instituto da responsabilidade por factos lícitos, que a jurisprudência equipara à indemnização pelo sacrifício, que enquadra os danos resultantes da ocupação de terrenos no decurso de trabalhos de construção de edifícios públicos. Numa hipótese deste tipo, o Supremo Tribunal Administrativo, foi perentório em afirmar que a ocupação prevista no artigo 18.º do Código das Expropriações constitui uma hipótese de responsabilidade por factos lícitos²³².

No campo das obras públicas, é de referir uma decisão do Tribunal Central Administrativo Norte²³³, que julgou um pedido de indemnização formulado por uma empresa dedicada ao fabrico e comercialização de cimento, que viu inutilizadas as suas instalações na cidade de Vila Nova de Gaia em virtude de obras de requalificação do centro histórico dessa cidade, que acarretaram a interdição da circulação de veículos pesados na zona por um regulamento municipal, ficando a empresa impossibilitada de efetuar transportes de mercadorias para as instalações, o que a forçou a realizar obras de adaptação nas instalações de outras localizações e a deslocalizar o silo de produção. Neste caso o Tribunal, ainda no domínio da legislação anterior, interpretou a mesma em termos amplos, argumentando que o conceito de «ato administrativo contido no artigo 9º do Decreto-Lei 48051 se tenha de entender no sentido amplo do conceito jurídico em causa, de forma a abranger todos os atos da administração e gestão públicas e, por conseguinte, as normas regulamentares». Particularmente relevante foi a fundamentação no que respeita aos danos indemnizáveis, dado que o Tribunal seguiu uma perspetiva abrangente e incluiu na indemnização todas as despesas de reorganização das instalações realizadas pela empresa, considerando verificado o nexo de causalidade e atribuindo uma indemnização muito superior ao dano patrimonial imediato causado pelo regulamento municipal. Trata-se de um exemplo expressivo das vantagens da

²³² V. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 4 de Fevereiro de 2009, processo n.º, 0522/08 in www.dgsi.pt.

²³³ V. o Acórdão de 17 de Março de 2012, processo n.º 0333/08, in www.dgsi.pt.

aplicação da responsabilidade por intervenções lícitas, que permite ao julgador atender a todas as circunstâncias do caso, e não apenas ao valor de mercado dos bens.

O âmbito da indemnização pelo sacrifício tem sido particularmente analisado pela jurisprudência em casos de servidões administrativas. Recentemente, perante um pedido de indemnização resultante da imposição de uma servidão aeronáutica que acarretou a obrigação desarborização de parte de um terreno de pinhal e eucaliptal, o Supremo Tribunal Administrativo²³⁴, rejeitando o enquadramento da pretensão indemnizatória na expropriação por utilidade pública, ao determinar o regime da prescrição aplicável, aplicou o instituto da responsabilidade por factos lícitos, apesar de aparentemente aderir à doutrina de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, argumentando «que a *expropriação e as demais afetações patrimoniais por factos lícitos* não estão compreendidas no artigo 16º da Lei 67/2007: «... *dele se excluindo as pretensões indemnizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados*». Indo mais longe, refere o Tribunal: «as pretensões indemnizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados (expropriações, servidões administrativas, nacionalizações) têm regimes legais especiais, sendo assim de aceitar que a prescrição do direito à indemnização seja *moldada e ajustada* a esses regimes especiais (...) para as expropriações cujo direito à indemnização decorre diretamente da CRP (art.62º) e para as servidões administrativas criadas por lei, onde esteja prevista “*ex lege*” o direito à indemnização (...). Mas não é esse o caso dos autos, que se reporta a uma servidão administrativa criada por ato administrativo e, portanto, em que o direito à indemnização *só existe* quando verificados certos requisitos – isto é, quando a constituição da servidão afete o valor da coisa.» Assim, o Tribunal aplicou o prazo de prescrição previsto no artigo 498.º do Código Civil, através do artigo 5.º do Regime aprovado pela Lei n.º 67/2007.

Em casos semelhantes, o Tribunal Constitucional tomou posição sobre esta questão, por exemplo, no Acórdão n.º 612/2009, de 2 de Dezembro²³⁵, a propósito da constituição de uma servidão *non aedificandi* de proteção a uma autoestrada que incidiu sobre a totalidade da parte sobrance de um prédio expropriado, classificável como solo apto para construção anteriormente à constituição da servidão. Averiguando se a

²³⁴ V. os acórdãos deste Tribunal de 11 de Março de 2009, processo n.º 0463/08, e de 26 de Maio de 2010, processo n.º 072/10, in www.dgsi.pt.

²³⁵ Proferido no processo n.º 275/08, in www.tribunalconstitucional.pt.

servidão em causa era indemnizável nos termos do artigo 8.º, n.º 2, CE, refere o Tribunal, citando jurisprudência anterior: «Com efeito, apesar de, em si mesma, uma servidão *non aedificandi* não se confundir com a expropriação, ela suscita pela afetação de uma faculdade essencial do direito de propriedade, um prejuízo do titular do direito de propriedade, que é, pelo menos em princípio, suscetível de indemnização, por força de um princípio geral de indemnização de danos que, no que se refere à afetação do direito de propriedade, radica no artigo 62.º da Constituição (como resultante da proteção constitucional de tal direito).» E acrescenta que «a garantia da justa indemnização contida no n.º 2 do artigo 62.º não se limita aos atos ablativos da titularidade do bem (ou direito real) para prossecução do bem comum, abrangendo a perda de valor inerente à imposição de uma servidão de direito público que sacrifique uma das faculdades de gozo ou uso (*utilitas rei*) que a coisa anteriormente proporcionava», no caso «a aptidão edificativa que a parcela sobrance já detinha como solo classificado como apto para construção». Nestes termos, o Tribunal adotou um conceito amplo de expropriação, considerando que a situação se tratava de uma *expropriação de sacrifício ou substancial*, e declarou inconstitucional o artigo 8.º, n.º 2 do Código das Expropriações, interpretado no sentido de negar a indemnização naquela situação.

No mesmo campo, o Tribunal Constitucional, no Acórdão 525/2011, de 9 de Novembro²³⁶, formulou considerações importantíssimas. Colocava-se ao Tribunal a questão da constitucionalidade do artigo 8.º, n.º 2 do Código das Expropriações, interpretado no sentido de não conferir direito a indemnização a constituição de uma servidão *non aedificandi* sobre um prédio não expropriado marginado por uma autoestrada. A inconstitucionalidade do preceito fundava-se na restrição da atribuição da indemnização «às utilidades atuais dadas à parcela onerada com a servidão *non aedificandi*, não tendo em conta a potencialidade edificativa adveniente à classificação do solo, anterior à constituição da servidão, como solo apto para construção», o que violaria o artigo 62.º, n.º 2 da Constituição. O Tribunal, analisando a distinção entre expropriação e servidão, contrapôs o conceito amplo de expropriação, que apagaria a distinção, ao conceito clássico, que a realçaria, e atendeu ao artigo 16.º do RRCEE, cujo tratamento sistemático «parece ir ao encontro de várias vozes que, na doutrina nacional, autonomizam o mecanismo da compensação pelo sacrifício do instituto da

²³⁶ Proferido no processo n.º 526/10, in www.tribunalconstitucional.pt.

responsabilidade civil». Analisando o âmbito deste preceito, refere o Tribunal: «não parece existir objeção de princípio a que o preceito, dados a sua localização sistemática e os termos amplos em que vêm formulados os seus pressupostos aplicativos, constitua suporte normativo adequado de «pretensões indemnizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados» que não caibam noutras previsões legais, de fundamento e/ou recorte mais específico (como a que está subjacente ao caso em apreço)». De fora ficariam as situações «especialmente reguladas na lei», como a requisição e da expropriação, «que têm fundamento constitucional próprio, no princípio do pagamento da justa indemnização (artigo 62.º, n.º 2, da CRP), e regime indemnizatório fixado no Código das Expropriações, regime extensivo à constituição das servidões administrativas previstas no artigo 8.º deste Código». Considerando o artigo 62.º n.º 2 da Constituição, o Tribunal encarou-o como uma refração do princípio da igualdade perante os encargos públicos, e referiu que porém, «nem todas as limitações ou restrições ao direito de propriedade são indemnizáveis: excluídas desta obrigação de indemnizar estão, pelo menos, aquelas limitações que traduzem «vinculações sociais» do direito de propriedade». Apesar de considerar a servidão indemnizável, o Tribunal rejeitou «a aplicação, a todas as servidões *non aedificandi*, do critério indemnizatório consagrado para as situações de expropriação». Para o Tribunal, se é justa a equiparação de critérios indemnizatórios nas situações mais próximas da expropriação, nem sempre se deve propugnar tal raciocínio, dado que «o *ius aedificandi* não se inclui no núcleo essencial do direito de propriedade», ao que acresce que «a não inclusão destas situações no campo aplicativo do Código das Expropriações, que esta caracterização do *ius aedificandi* justifica, de modo algum implica a denegação, de plano, de indemnização». Apenas se afastaria um certo regime de indemnização, sendo que «nada autoriza a pensar que os regimes especiais (o constante do artigo 8.º, n.º 2, do CE, e os demais regimes fixados para situações particulares previstas noutros diplomas) esgotam as hipóteses de possibilidade de indemnização dos sacrifícios patrimoniais decorrentes de servidões». Para tais hipóteses valeria o artigo 16.º do RRCEE, como cláusula geral aplicável na falta de lei especial. Assim, o Tribunal considera que *não é forçoso o alargamento do conceito de expropriação para assegurar uma compensação devida à luz do princípio da igual repartição dos encargos públicos*, e, «não estando em causa danos análogos aos da expropriação, não se afigura desrazoável exigir ao interessado a demonstração do carácter especial e anormal dos prejuízos, como condição da sua

ressarcibilidade». O Tribunal acrescenta que o regime de cálculo da indemnização, do artigo 16.º do RRCEE, com base no «grau de afetação do conteúdo do direito ou interesse violado ou afetado» «se afigura absolutamente ajustado às restrições do direito de propriedade não expropriativas, atento o carácter multiforme, em natureza e intensidade, dessas restrições.» Trata-se de um *leading case* que avisadamente atenda à desnecessidade do conceito amplo de expropriação.

Analisadas as posições da doutrina e da jurisprudência, estamos em condições de apresentar a nossa proposta de solução do problema em análise.

2. Posição adotada

2.1. Características comuns da indemnização pelo sacrifício, expropriação e responsabilidade por factos lícitos. O seu afastamento da responsabilidade indemnizatória em sentido estrito

O percurso que vimos de fazer permite-nos, antes de estabelecer os termos definitivos da distinção entre indemnização pelo sacrifício, responsabilidade por factos lícitos e expropriação por utilidade pública, determinar o fundo comum aos três institutos e averiguar a sua natureza comum.

Neste ponto, há que realçar em primeiro lugar que o Regime aprovado pela Lei n.º 67/2007 tem de ser encarado, a nosso ver, como representando uma reconstrução de todo o sistema de responsabilidade indemnizatória em sentido amplo do direito português. Como vimos, com o Decreto-Lei n.º 48 051, o quadro da responsabilidade pública resumia-se à tradicional distinção entre responsabilidade por factos ilícitos, responsabilidade pelo risco e responsabilidade por factos lícitos, o que implicava um sistema em que a responsabilidade englobava a totalidade das figuras indemnizatórias, não levantando problemas de maior o enquadramento de cada situação, que era levado a cabo, e bem, pela doutrina e pela jurisprudência. A nosso ver, este sistema unitário foi profundamente alterado pelo novo Regime da responsabilidade, e muito em particular,

no que respeita à introdução da indemnização pelo sacrifício. Como a doutrina maioritária e grande parte da jurisprudência salientam²³⁷, o próprio tratamento sistemático dado à nova figura da indemnização pelo sacrifício, localizada num capítulo distinto dos capítulos reguladores da responsabilidade por factos ilícitos e da responsabilidade pelo risco, evidencia que o *legislador procurou atribuir à indemnização pelo sacrifício, e bem assim às figuras indemnizatórias decorrentes de intervenções lícitas, uma lógica distinta da responsabilidade em sentido estrito*. A nosso ver este é um traço comum quer à expropriação, quer à indemnização pelo sacrifício, quer à responsabilidade por factos lícitos, como a entendia a legislação anterior e com o novo alcance que lhe reconheceremos. Vejamos porquê.

É comum a conceção da responsabilidade indemnizatória como numa obrigação imposta aos entes públicos de ressarcirem os prejuízos causados pelas suas intervenções. Nesse sentido assinala-se à responsabilidade, no direito público e no direito privado, uma *função reparadora ou indemnizatória do prejuízo*, colocando o lesado na situação em que estaria se não se tivesse verificado a lesão, segundo a teoria da diferença (artigos 562.º do Código Civil e 3.º, n.º 1 do RRCEE), quer em casos de factos lícitos e culposos, quer em caso de risco, dado que o artigo 11.º do novo Regime suprimiu as exigências de especialidade e anormalidade do dano em casos de responsabilidade pelo risco. Assim, visa-se eliminar totalmente as consequências danosas do facto gerador da indemnização, se possível através da reconstituição natural ou, subsidiariamente, através de indemnização em dinheiro. Daí que se atendam a todos os danos, patrimoniais ou não patrimoniais, emergentes ou lucros cessantes, sem qualquer pressuposto adicional em relação ao dano²³⁸. A indemnização é, assim ilimitada. Já não é assim na indemnização pelo sacrifício, na responsabilidade por factos lícitos e na expropriação. Nestas três situações *a prestação de ressarcimento a atribuir ao particular é limitada por vários critérios*. Nas duas primeiras situações apenas são atendidos danos especiais e anormais, dado que tais danos são os únicos que extravasam dos danos que não ultrapassam as exigências comuns da vida em coletividade, e que, no

²³⁷ V., neste sentido, Vieira de Andrade, *ob. e loc cit.*, na nota 8, págs. 352 e segs., Freitas do Amaral, *Curso..., cit.*, Vol. II, págs. 743 e segs. e, na jurisprudência, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 525/2011 cit. na nota 235, e já no direito anterior, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 5 de Novembro de 2003 cit. na nota 95.

²³⁸ V., no primeiro campo, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, págs. 521, nota 3 e 532, no segundo campo, Freitas do Amaral, *Curso..., cit.*, Vol. II, pág. 679.

caso das intervenções lícitas dos entes públicos, devem ser excluídos em atenção aos benefícios para a comunidade decorrentes dessa intervenção e também em nome da sustentabilidade das finanças públicas, que seria atingida pelo alargamento desmesurado dos danos indemnizáveis, ao que acresceria que os entes públicos se sentiriam inibidos de prosseguir o interesse público se até das suas intervenções lícitas resultasse uma obrigação absoluta de indemnização, sem qualquer consideração pela sua licitude²³⁹. O que não impede que haja situações próximas da responsabilidade em sentido próprio resultantes de intervenções lícitas. É também este o motivo que explica a opinião maioritária de que *a indemnização pelo sacrifício não abrange os lucros cessantes*. Tal resulta da referência ao «ao grau de afetação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado» constante do artigo 16.º do RRCEE, que aponta para a consideração no cálculo da indemnização apenas das consequências imediatas do facto lesivo²⁴⁰. Deixa-se assim uma ampla liberdade ao juiz na determinação da indemnização.

De modo paralelo, ainda que algo diverso, se passam as coisas no que respeita à expropriação por utilidade pública, independentemente de se defender um conceito clássico ou restrito da mesma. Nos casos de expropriação, o que sucede é que, embora a finalidade da indemnização consista no ressarcimento do prejuízo causado pelo ato expropriatório, o critério de indemnização é claro. Visa-se *substituir o bem expropriado pelo seu valor de mercado*, pelo que o único critério de indemnização do bem é o seu valor de mercado, calculado nos termos da lei²⁴¹. Só se admite a consideração este critério no cálculo da indemnização, ou seja, o valor de mercado é a medida exclusiva da indemnização por expropriação, excluindo-se os demais danos. Ao que acresce que tal «indemnização» é pressuposto de licitude da intervenção lesiva, devendo ser contemporânea da mesma.

As ideias que elencámos levam-nos a aderir à doutrina de que a expropriação por utilidade pública, a indemnização pelo sacrifício e a responsabilidade por factos lícitos têm uma *índole mais compensatória do que reparatória*, daí que em bom rigor se deveria designar a indemnização pelo sacrifício como *compensação pelo sacrifício*, em face das limitações que incidem sobre a indemnização. Idênticas considerações valem

²³⁹ Neste sentido, v. Gomes Canotilho, *O problema da responsabilidade...*, cit., págs. 280-281.

²⁴⁰ V. Carlos Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil...*, cit., nota 4 ao artigo 16.º, pág. 363.

²⁴¹ V. Alves Correia, *Manual...*, cit., Vol. II, págs. 209 e segs.

no campo da expropriação e da responsabilidade por factos lícitos, embora entendamos que em grau menor. No primeiro caso, a compensação mede-se pela totalidade do valor de mercado do bem expropriado, encarado enquanto totalidade do prejuízo causado, daí que se considere esta compensação *total ou integral (full compensation*, na designação anglo-saxónica), ainda que estas considerações não eliminem a ideia de que na expropriação não se visa uma reparação que englobe todas as circunstâncias do sacrifício imposto, antes se tem em conta um critério restrito na determinação da indemnização. No caso da responsabilidade por factos lícitos, embora a indemnização seja limitada pelos pressupostos da especialidade e anormalidade do dano, o seu conteúdo, como a própria designação indica, está mais perto da reparação da responsabilidade indemnizatória, como precisaremos adiante.

Todavia, não é só a medida da indemnização que afasta as figuras indemnizatórias decorrentes de intervenções lícitas da responsabilidade em sentido próprio. Deve ter-se também em conta que a responsabilidade em sentido estrito visa eliminar da esfera jurídica do lesado qualquer efeito danoso. É isso que traduz a ideia reconstituição da situação hipotética atual que pauta a responsabilidade em sentido próprio. Há que colocar o lesado na situação em que estaria se não se tivesse verificado a lesão, se possível naturalmente. Esta ideia não releva nas prestações de ressarcimento decorrentes de intervenções lícitas. Por se tratar de intervenções autorizadas pelo direito e praticadas na prossecução do interesse público, não se torna necessário destruir os efeitos das mesmas, há antes que atenuar os possíveis efeitos lesivos da sua realização. Se, por exemplo, a construção de um aeroporto implica a imposição de *servidões non aedificandi* e o aumento do ruído nos prédios vizinhos, os tribunais não condenarão o Estado a demolir o aeroporto e a extinguir as servidões, antes o condenarão a compensar os particulares na medida do prejuízo que exceda os encargos da vida em sociedade. A intervenção lícita neste caso não é um facto a eliminar, mas uma atuação em nome da coletividade que há que compatibilizar com o conteúdo mínimo da esfera jurídica dos particulares. Daí que a compensação nesses casos seja um instrumento de legitimação das intervenções dos entes públicos que visam o bem comum e que são admitidas pelo direito.

Acrescente-se que a responsabilidade em sentido estrito desempenha ainda uma função de censura dos factos danosos²⁴², traduzida na salvaguarda da esfera jurídica dos particulares e das normas que tutelem os seus direitos. Ou seja, se o particular viola a esfera jurídica alheia, há que repor as exigências de respeito pela esfera jurídica alheia que caracterizam as relações entre particulares. No fundo, há que reprimir a violação do dever de não ingerência em esfera jurídica alheia, o que não sucede no campo das intervenções lícitas, que constituem o cumprimento de um dever ou o exercício de uma competência atribuída por lei, na prossecução de uma atribuição cuja prossecução a lei reserva a certa pessoa coletiva. Se a intervenção é autorizada pelo ordenamento jurídico e visa um benefício comum, não há qualquer juízo de censura a fazer.

Em suma, a noção de responsabilidade não pode continuar a ser utilizada para conferir unidade sistemática às figuras indemnizatórias resultantes de intervenções lícitas. Podia sê-lo no sistema do Decreto-Lei n.º 48 051, que concebia de modo diverso tais figuras, mas não o pode ser no direito vigente²⁴³.

Todavia, há que procurar outro fundo comum que atinja tal fim. A nosso ver, estender o conceito de responsabilidade a tais situações descaracterizá-lo-ia completamente, e retiraria ao sistema de prestações indemnizatórias a coerência que o caracterizou no passado e o deve continuar a caracterizar no futuro. Em rigor não se podem designar de responsabilidade situações que não consubstanciam comportamentos cujas consequências devem ser integralmente eliminadas pelo ordenamento jurídica, e que pelo contrário se tratam de intervenções a legitimar. Por nossa parte, pensamos que o conceito de «direito das prestações de ressarcimento» do direito alemão (*Recht der öffentlichrechtlichen Schadensersatz-und Entschädigungsleistungen*, na designação mais ampla), embora adaptado, como foi referido, mas não desenvolvido, por Alves Correia²⁴⁴ é o único conceito capaz de abranger todas as figuras em questão, dado que é suficientemente amplo para abarcar quer figuras de índole reparatória, quer figuras de índole compensatória. Tal conceito abrangeria por uma lado a *responsabilidade indemnizatória em sentido estrito*, instituto agregador da responsabilidade por factos ilícitos e culposos e da responsabilidade pelo risco, por um lado, e, por outro, as

²⁴² V. Almeida Costa, *ob. e loc cits.*, na nota 238.

²⁴³ A contraposição que realizámos não diverge da posição de Carla Amado Gomes, *ob. e loc cits.*, na nota 212, págs. 172 e segs.

²⁴⁴ V. *ob. e loc cits.*, na nota 2, pág. 144.

prestações de ressarcimento decorrentes de intervenções lícitas em sentido amplo, ou compensação por intervenções lícitas em sentido amplo, que abrangeria toda e qualquer figura indemnizatória decorrente de intervenções desencadeadas licitamente e a coberto do interesse público, cujos efeitos lesivos não devam ser suportados pelos particulares, e que comunguem, em maior ou menor grau, do fundamento de igualdade perante os encargos públicos. Neste sentido, serão subsumíveis a este conceito a compensação pelo sacrifício, a responsabilidade por factos lícitos e a expropriação. Os termos e as diferenças de tal subsunção merecem atenção detalhada, o que nos ocupará no ponto seguinte.

2.2. O sentido atual da responsabilidade por factos lícitos e da indemnização pelo sacrifício

Central na análise do instituto da indemnização pelo sacrifício é a sua relação com a responsabilidade por factos lícitos no quadro do novo Regime. Os autores que se pronunciaram sobre esta questão divergem sobre este ponto, sendo defendida a identificação entre os dois institutos²⁴⁵, ou a absorção da responsabilidade por factos lícitos pela indemnização pelo sacrifício, sendo a primeira uma dimensão da segunda, sem distinções de maior²⁴⁶.

Opinião diversa foi defendida por Freitas do Amaral²⁴⁷, que considera que a referência do artigo 16.º do RRCEE, ao «direito ou interesse violado ou sacrificado» implica que o preceito abrange dois tipos de intervenções lícitas. No caso da violação de direitos, estaríamos perante factos à partida ilícitos, que se tornariam lícitos por operar uma causa de justificação, o que representaria a verdadeira responsabilidade por factos lícitos, ao passo que no sacrifício de interesses se trataria de um problema de

²⁴⁵ É a opinião de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos e de Menezes Cordeiro, V., destes autores, *obs. e locs. cit.*, nas notas 203 e 206, respetivamente.

²⁴⁶ É a opinião de Alves Correia, Luís Cabral de Moncada e, em menor medida, Carlos Cadilha. V. destes autores, *obs. e locs. cit.*, nas notas 208, 210 e 214, respetivamente.

²⁴⁷ V. *Curso...*, *cit.*, Vol. II, págs. 743-744.

compensação. Indo mais longe, Vieira de Andrade²⁴⁸ considerou que o artigo 16.º do RRCEE contém duas dimensões distintas: a *responsabilidade por factos lícitos, referente à atividade diretamente ablativa dos direitos dos particulares*, cujos efeitos danosos seriam justificados pelo direito, *sendo devida uma indemnização de índole reparatória limitada pela especialidade e anormalidade do prejuízo*, próxima da indemnização atribuída na responsabilidade em sentido próprio; e a *indemnização pelo sacrifício*, que resultaria de *intervenções que causariam prejuízos especiais e anormais de forma lateral*, dada a sua finalidade geral, o que implicaria não uma reparação, mas apenas uma *compensação equitativa*.

Perante esta discussão, há que tomar posição sobre o relevo e a necessidade da distinção entre responsabilidade por factos lícitos e compensação pelo sacrifício à face do direito vigente. A nosso ver *tal distinção deve ser mantida e o artigo 16.º do novo Regime deve ser interpretado atendendo a ambos os institutos*. Esta posição é justificada em primeiro lugar pela *consideração dos interesses do lesado*. O interesse do lesado justifica tal distinção, dado que a compensação pelo sacrifício em sentido estrito não implica uma indemnização integral dos danos, mas tão só uma compensação. A letra da lei é clara, por exigir a especialidade e anormalidade do dano, e por mandar atender, no cálculo da indemnização ao «*grau de afetação substancial do direito ou interesse sacrificado*», o que nos remete para um intuito de conversão equitativa de um direito ou interesse num valor económico, que poderá não corresponder à totalidade do seu valor, visando-se apenas compensar os prejuízos desproporcionais decorrentes das intervenções lícitas dos entes públicos²⁴⁹. Deste modo a indemnização nestes não corresponde a uma reparação integral dos prejuízos, daí que o artigo 3.º do RRCEE não se possa aplicar nas situações abrangidas pelo artigo 16.º do mesmo diploma²⁵⁰. Ao contrário do que afirma certa doutrina²⁵¹, ainda que se considere, corretamente, que as exigências de especialidade e anormalidade do dano são pressupostos do dano indemnizável, e não critérios de cálculo da indemnização, nem por isso os danos são integralmente ressarcidos. Tal doutrina esquece que de qualquer intervenção lícita dos

²⁴⁸ V. *ob. e loc. cit.*, na nota 8, págs. 352 e segs.

²⁴⁹ V. Carlos Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil... cit.*, anotação 4 ao artigo 16.º, pág. 364.

²⁵⁰ Assim, v. Filipa Calvão, comentário ao artigo 3.º, in *Comentário ao Regime... cit.* na nota 1, ponto 3.1, pág. 99.

²⁵¹ V. p. ex. Alves Correia, *ob. e loc. cit.* na nota 2, págs. 144, 152 e segs., e 155 e segs.

entes públicos resultam necessariamente dois tipos de danos: os danos que correspondem aos encargos gerais da vida em sociedade, e os danos especiais e anormais, que colocam o lesado numa situação de desigualdade em relação aos demais membros da coletividade. Reclamando uma indemnização, o lesado saberá que apenas serão atendidos os danos especiais e anormais, dado que, ainda antes do cálculo da indemnização, os danos passam pelo «crivo» dessa dupla exigência de dignidade jurídica acrescida dos danos indemnizáveis. É isso que explica a dificuldade na invocação da compensação pelo sacrifício, dada a dificuldade da prova da especialidade e anormalidade do dano, ao que acresce a limitação dos critérios de cálculo da indemnização, excluindo-se nomeadamente os lucros cessantes. Claro que se o particular provar que todos os danos são especiais e anormais, todos os danos serão atendidos na indemnização, mas continua a valer a limitação do cálculo da mesma. Todavia, há consequências lesivas de intervenções lícitas, que pela sua aproximação à responsabilidade e especial incidência negativa na esfera jurídica do lesado, justificam uma atenuação das limitações dos pressupostos do dano indemnizável e dos critérios de cálculo de indemnização, atribuindo-se uma indemnização próxima da reparação integral. É esta uma das funções da distinção entre responsabilidade por factos lícitos e compensação pelo sacrifício, que permite ao julgador suprir a falta de clareza da lei, que, ao não distinguir as situações, faz recair sobre o julgador a difícil tarefa de graduar a indemnização consoante a intensidade da lesão e a sua aproximação à responsabilidade em sentido estrito. Sem esta distinção, não teríamos um critério aceitável e correríamos o risco de efetuar um «arredondamento por defeito» das indemnizações atribuídas ao abrigo do artigo 16.º do RRCEE, prevalecendo o elemento compensatório em situações em que se deve lançar mão de um elemento reparatório, com prejuízo para os lesados. A ausência de tal distinção favoreceria também as teses que retiram do campo deste preceito os sacrifícios de direitos patrimoniais, com base na menor favorabilidade para o lesado do regime da indemnização pelo sacrifício, o que nos parece inaceitável. A letra da lei também apoia esta posição. A referência do artigo 16.º do RRCEE a intervenções que *«imponham encargos ou causem danos»*, em matéria de âmbito do preceito e *«ao direito ou interesse violado ou sacrificado»*, em matéria de cálculo de indemnização, permitem-nos concluir que este artigo abrange *dois tipos distintos de intervenções lícitas: as intervenções intencionalmente ablativas dos direitos concretos dos particulares*, tendentes à imposição de um prejuízo ou encargo

que representam um facto à partida ilícito, próximo da responsabilidade em sentido estrito, mas que, por ser justificado pelo ordenamento jurídico, se torna lícito, e que anteriormente eram claramente previstas no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051; e as *intervenções que apenas causam prejuízos de forma lateral*, ou seja, intervenções de natureza geral, que acarretam prejuízos ocasionais, que há que compensar, e que estão mais próximos da ideia de salvaguarda do risco social, e não da responsabilidade. Ao que acrescem razões de coerência sistemática. O novo Regime da responsabilidade, omissivo e obscuro a respeito da responsabilidade por facto lícito, utiliza, no entanto expressões constantes do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051, como a imposição de encargos e a causação de prejuízos, o que nos leva a crer que o artigo 16.º do RRCEE deve ser interpretado no sentido de consagrar como uma das suas dimensões a responsabilidade por factos lícitos tal como a concebia a legislação anterior, o que implica o estabelecimento das adequadas distinções entre cada dimensão. Assim, o sistema de 1967, concebido numa perspetiva estrita e coerente de responsabilidade, foi integrado a nosso ver num novo sistema, mais abrangente.

Assim, há que estabelecer uma distinção entre as dimensões de responsabilidade por factos lícitos e compensação pelo sacrifício, que determinará a medida da compensação a atribuir. Por nossa parte, cremos que o julgador se deverá socorrer de três critérios, em regra cumulativos, mas não necessariamente. São os seguintes: *a intencionalidade diretamente ablativa do facto*; *a justificação da intervenção pelo ordenamento jurídico*; *a proximidade da situação à responsabilidade em sentido próprio*. O critério primeiro implica que a intervenção lesiva deve incidir diretamente sobre a posição jurídica do lesado. Deve tratar-se de uma intervenção cujo objeto imediato se reporte, no todo ou em parte, à esfera jurídica do lesado. As exigências de interesse público no caso devem ter uma índole concreta e não geral, no sentido de a ablação dos direitos do particular se apresentar como etapa imprescindível do procedimento de prossecução do interesse público. Não será a prossecução de um interesse público demasiado geral a fundamentar a aplicação de uma indemnização ao abrigo da responsabilidade por factos lícitos, tendo sentido a referência a uma intervenção consciente e querida dos entes públicos nestes casos²⁵². O segundo critério postula que a intervenção lesiva deve consistir num facto que, em regra, consistiria numa violação da esfera jurídica do particular, mas que, por ser autorizado pelo

²⁵² V. Gomes Canotilho, *O problema da responsabilidade...*, cit., pág. 235.

ordenamento jurídico, se torna lícito (*um facto lícito à chegada*, na expressão de Carla Amado Gomes²⁵³). A este respeito, poderia referir-se a existência de uma causa de justificação, à semelhança do direito civil, de que seriam exemplos paradigmáticos os casos de estado de necessidade, porém, cremos que este paradigma deve ser adaptado. A causa de justificação deve ser entendida como um título de habilitação da intervenção, daí que a responsabilidade por facto lícito seja algo mais do que um ilícito justificado, antes um título legitimador da intervenção lesiva da esfera de terceiros, o que afasta a ilicitude de conduta e a licitude de resultado²⁵⁴. Tem inteiro cabimento neste campo a referência de Carla Amado Gomes à «previsão de norma habilitante que autorize a ingerência em nome de interesse público superior»²⁵⁵. O terceiro critério implica que a lesão em causa deve ter uma dignidade jurídica próxima das exigências reparatorias da responsabilidade. Como refere Vieira de Andrade²⁵⁶, na esteira da lição do direito comparado, a responsabilidade traduz-se numa conduta anormal nas circunstâncias ou em si mesma, no sentido de traduzir uma ingerência concreta na esfera jurídica do lesado, e não uma decorrência dos riscos da vida em sociedade. O particular não deverá ter o dever de suportar o dano, nem o direito a uma mera compensação, mas antes o direito a uma verdadeira reparação, porque a intervenção, ainda que a coberto do interesse público, ultrapassou gravemente as exigências da igualdade na contribuição para os encargos da coletividade, o que justifica uma reparação. Não assim na compensação pelo sacrifício em sentido estrito, que opera não porque uma intervenção se afigurou de tal forma grave que se aproximou perigosamente da ingerência ilícita, mas porque uma medida tomada em vista de fins gerais, implicou alguns custos sociais que não deverão ficar sem uma compensação, também limitada pelas exigências de especialidade e anormalidade, que deverão ser mais intensas na responsabilidade por factos lícitos. Estamos próximos da ideia da cobertura de riscos decorrentes da atividade pública, o que implica, necessariamente, que a compensação é menos favorável para o lesado em casos de compensação pelo sacrifício do que em casos de responsabilidade por factos lícitos, dada a diferença de intensidade do prejuízo. Pelo exposto, cremos que

²⁵³ V. *ob. e loc cits.*, na nota 212, pág. 177.

²⁵⁴ V. Gomes Canotilho, *O problema da responsabilidade...*, *cit.*, págs. 122-123, e Cláudia Saavedra Pinto, *ob. cit.* na nota 215, pág. 124.

²⁵⁵ V. *ob. e loc cits.*, na nota 212, pág. 161.

²⁵⁶ V. *ob. e loc cits.*, na nota 231, pág. 41.

improcedem as críticas de Pedro Machete²⁵⁷ à posição de Vieira de Andrade, dado que a unidade de fundamento dos institutos invocada pelo autor não elimina a distinção de dimensões e os seus reflexos práticos.

Esta distinção, aplicável ao artigo 16.º do RRCEE enquanto norma geral aplicável na falta de regulação especial, também nos permite qualificar hipóteses analisadas pela jurisprudência e constantes de legislação especial, cuja natureza se identifique com qualquer das duas dimensões. Nestes termos, não levanta dúvidas a cobertura por este preceito dos casos de *estado de necessidade*, ao abrigo da dimensão de responsabilidade por facto lícito. Nestes casos, a preterição das regras do procedimento administrativo e as subsequentes limitações de posições jurídicas traduzem-se num verdadeiro ilícito justificado, dado que a lei dá prevalência às exigências prementes de perigo para o interesse público que se revelem manifestamente superiores ao direito ou interesse a sacrificar. É o que sucede com os danos causados pela intromissão de bombeiros em propriedades em caso de incêndio. Trata-se de uma verdadeira ingerência lícita que, embora semelhante à previsão do artigo 339.º do Código Civil, deve ser indemnizada nos termos do artigo 16.º do RRCEE, não funcionando como causa de exclusão da obrigação de indemnizar, como sucede em direito civil²⁵⁸. A nosso ver é também esta a natureza da indemnização decorrente da invocação de uma causa *legítima de inexecução de sentenças condenatórias da administração*, em particular nas hipóteses de grave prejuízo para o interesse público. Nesses casos, as exigências do interesse público impedem a efetivação do direito reconhecido ao particular na sentença, sendo que é a lei processual a admitir a exoneração de uma obrigação legal que, em princípio seria ilícita, pelo que nesta hipótese se verificam todos os critérios que referimos atrás, sendo o artigo 16.º do RRCEE um valioso auxílio dos tribunais na determinação da indemnização, que deve abranger os danos especiais e anormais resultantes do facto de inexecução da sentença, e não os danos resultantes do facto que determinou a condenação²⁵⁹. Idêntico raciocínio se aplica a hipóteses de atos ablativos analisados pela jurisprudência, como a apreensão de bens por forças de segurança no decurso de inquéritos criminais, ou o abate de

²⁵⁷ V. comentário ao artigo 16.º, in *Comentário ao Regime... cit.* na nota 1, ponto 2.3, págs. 438 e segs.

²⁵⁸ V. Carlos Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil... cit.*, anotação 6 ao artigo 16.º, págs. 365 e segs.

²⁵⁹ Neste sentido, v. Carla Amado Gomes, *ob. e loc cits.* na nota 212, pág. 175 e nota 57.

animais por motivos de saúde pública. Em todas estas hipóteses estamos perante ingerências diretas na esfera jurídica dos particulares, autorizadas pelo ordenamento jurídico e cujo ressarcimento deve obedecer a uma lógica reparatória e não indemnizatória. No campo contratual, destacaríamos a *resolução de contratos públicos por motivos de interesse público*, determinada pelo contratante público no exercício dos poderes de conformação contratual. Nesse caso, a lei autoriza o ente público a extinguir o vínculo contratual, por motivos de novas exigências de interesse público, ou de uma reponderação das circunstâncias, lesando lícitamente as expectativas legítimas do cocontratante privado, pelo que é aceitável que este tenha direito a uma indemnização reparatória. Porém, o legislador foi mais longe, dado que previu nestes casos uma indemnização que abrange os lucros cessantes (artigos 334.º e 422.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), este último quanto ao resgate de concessões), pelo que a reparação é integral, abrangendo o interesse contratual positivo. A lei adota idêntica solução quando a extinção do contrato é imputável a decisões extracontratuais do contraente público, (*factum principis*), segundo o artigo 335.º, n.º 2 do referido diploma. Porém, quando a extinção do contrato é imputável a decisões de ente público distinto do contraente público, a lei é omissa. Por nossa parte, cremos que nesses casos é aplicável o artigo 16.º do RRCEE, na dimensão de responsabilidade por factos lícitos, embora a decisão que determinou a resolução possa ter sido tomada na prossecução de interesses gerais (por exemplo, resoluções de contratos determinadas por novas exigências de política financeira ou económica). A verificação nesta hipótese do segundo critério por nós avançado assim o dita, dado que o princípio da proteção da confiança é diretamente atingido pela decisão do ente público. De todo o modo, existe uma solução desconstruída do ordenamento jurídico português no tratamento das hipóteses de *factum principis*, sendo desproporcional e desnecessariamente onerosa para o erário público e para o interesse geral, e contrária à natureza do instituto nos casos de *factum principis* do contraente público. O *factum principis*, quando lícito, mais não é do que a quebra da confiança na estabilidade contratual autorizada pelo direito, ou seja, surge como um ilícito justificado, o que implica que apenas deverão ser ressarcidos os prejuízos especiais e anormais decorrentes da resolução do contrato. Nestes termos, duvidamos do rigor da solução legal²⁶⁰. Poderá referir-se ainda o caso na revogação de atos constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos, nos limites do artigo

²⁶⁰ Neste sentido, v. Cláudia Saavedra Pinto, *ob. cit.* na nota 215, págs. 114 e segs.

140.º, n.º 1, alínea b) do CPA. Nesses casos, a Administração, por motivos de excepcional interesse público, pode determinar a revogação dos referidos atos, defraudando as legítimas expectativas dos particulares (por exemplo, revogação de deferimento de pedidos de subsídios por motivos de interesse público). A lei em princípio tutela a confiança dos particulares, no entanto, permite em casos muito contados a sua lesão, que consubstancia um verdadeiro ilícito justificado, digno de uma indemnização reparatória²⁶¹.

Como exemplos de situações de *compensação pelo sacrifício em sentido estrito* citamos os danos especiais e anormais resultantes de obras públicas que não imponham diretamente encargos, nomeadamente servidões ou ocupações de terrenos. Cabem nesta hipótese os danos causados aos acessos aos imóveis, ou ainda a produção de ruídos e de emissões análogas. Trata-se de hipóteses cuja natureza se aproxima da ideia de risco social e não de responsabilidade, dada a distância da esfera jurídica do lesado, que apenas é indireta e, por vezes levemente afetado. Também se enquadram nesta dimensão do artigo 16.º do RRCEE os danos causados por vacinações obrigatórias, ou por medidas de direção económica, como restrições a importações ou fixação de preços. Em todos estes casos, a intervenção visa uma exigência de interesse público demasiado geral para que se possa considerar próxima da ablação exigida pela responsabilidade, ao que acresce que as exigências compensatórias visam acautelar «efeitos colaterais» da prossecução do interesse público, e não reparar um dano que teria de ser inelutavelmente causado nessa prossecução²⁶². Idêntico raciocínio vale para os casos de recusa de intervenção de forças de segurança por motivos de interesse geral, nomeadamente em situações de manifestações.

Acrescentamos que subscrevemos o critério aventado por Vieira de Andrade de que em caso de convergência das duas dimensões abrangidas pelo artigo 16.º do RRCEE, deve prevalecer a dimensão da responsabilidade por factos lícitos, mais favorável para o lesado, em particular se for patente a intencionalidade ablativa da intervenção²⁶³.

²⁶¹ V. Freitas do Amaral *Curso...*, cit., Vol. II, pág. 486, e nota 811.

²⁶² Sobre estes exemplos v. Carlos Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil... cit.*, anotação 7 ao artigo 16.º, pág. 367.

²⁶³ V. *ob. e loc cits.*, na nota 8, pág. 356.

Exposta a distinção entre responsabilidade por factos lícitos e compensação pelo sacrifício, impõe-se estabelecer a relação destes institutos com a expropriação, o que nos permitirá enquadrar a atividade ablativa de direitos patrimoniais privados.

2.3. O artigo 16.º do Regime da Responsabilidade e a expropriação por utilidade pública

Explicitado o sentido das dimensões do artigo 16.º do Regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, cumpre averiguar da sua relação com a expropriação por utilidade pública. Esta relação influencia o âmbito de aplicação do preceito, fundamentando muitas das posições que recusam aplicar o preceito a sacrifícios de direitos patrimoniais privados, como é o caso de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, ou apenas à atividade ablativa desses direitos, como Alves Correia²⁶⁴. Este entendimento funda-se na interpretação do artigo 62.º, n.º 2, da Constituição, no sentido de o mesmo se aplicar a quaisquer atos ablativos de direitos patrimoniais privados, ainda que não se verificasse o momento translativo característico da expropriação. Estas teses têm em comum a consideração ampla do conceito de expropriação, no *sentido de expropriação de sacrificio*, concebida como imposição de sacrifícios especiais e graves das faculdades essenciais de utilização do direito de propriedade, que se deveriam qualificar de expropriativos e, por conseguinte, acompanhados de indemnização, calculada nos termos da legislação sobre expropriações, mesmo que tais ablações não consubstanciem uma privação do direito de propriedade. A favor deste entendimento invoca-se a jurisprudência estrangeira, que aplicaria um conceito amplo de expropriação, e as normas constitucionais europeias que influenciaram a lei fundamental portuguesa, maioritariamente interpretadas como consagrando um conceito amplo de expropriação, não havendo razões para aplicar opinião diversa em Portugal. Argumenta-se ainda que o artigo 62.º, n.º 1 da Constituição consagra uma *garantia de valor* de todas as posições

²⁶⁴ V. as posições destes autores descritas no ponto 1.4 do presente Capítulo.

jurídicas patrimoniais privadas, prescindindo das exigências de especialidade e anormalidade do prejuízo, pelo que não se poderia aplicar o artigo 16.º do RRCEE a este tipo de casos, sob pena de inconstitucionalidade, acrescentando-se que o regime da expropriação é mais benéfico para o lesado, pois impõe uma compensação integral, baseada no valor venal do bem atingido. Para esta tese, os conceitos constitucionais de propriedade e de expropriação têm vindo a expandir-se, sendo o primeiro aplicável a qualquer posição patrimonial e o segundo referente a qualquer ablação de direitos patrimoniais, que, por ser pretendida pelos entes públicos, está sujeita a um regime específico plasmado no artigo 62.º, n.º 2 da Constituição e na legislação sobre expropriações. Nestas hipóteses, a indemnização seria pressuposto de licitude dos atos, valendo a cláusula indemnizatória conjunta, uma vez que a justa indemnização é contemporânea do prejuízo causado. Fora do conceito amplo de expropriação ficariam os sacrifícios subsumíveis à vinculação situacional dos bens, em regra não indemnizáveis²⁶⁵. Neste sentido invocam-se também previsões legais que acolheriam este princípio, como os artigos 143.º, 112.º, n.º 6 e n.º 7 e 116.º, n.º 2 do RJGT, e o artigo 8.º, n.º 2, do Código das Expropriações, que, como referimos, estendem o regime de cálculo da indemnização por expropriação a certos casos.

Para analisar esta posição, convém ter presente a distinção entre expropriação, responsabilidade por factos lícitos e compensação pelo sacrifício. Face aos dados analisados, podemos afirmar que contrariamente às duas últimas figuras, a *expropriação em sentido clássico não se apresenta como um puro facto jurídico*, antes é regulada por um procedimento específico que culmina com a transferência do bem, daí que se invoque o *paralelismo da indemnização com a contraprestação de um contrato de compra e venda*. Ao que acresce que *a medida dos danos é conhecida de antemão no caso da expropriação*, dado que se reporta ao valor de mercado dos bens, não havendo mais a fazer do que calcular tal valor. Por outro lado, *a indemnização por expropriação é um pressuposto de licitude do ato expropriativo, que não deverá ser praticado desacompanhado de indemnização*, ao passo que nas prestações de ressarcimento, mesmo na modalidade de responsabilidade por factos lícitos, são uma consequência, a ser apreciada em tribunal, da intervenção, mesmo que dirigida à ablação de uma posição jurídica concreta, e cuja medida terá de ser apurada. Também os critérios de cálculo de

²⁶⁵ V. Alves Correia, *ob. e loc cits.*, na nota 2, págs. 152 e segs., e Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado...*, *cit.*, págs. 576 e segs.

indenização divergem, dado que a indenização por expropriação abrange apenas o valor de mercado do bem, considerando-se justa quando colocar o lesado em posição de adquirir um bem equivalente ao bem objeto de expropriação, e quando reequilibrar a posição do expropriado em relação aos demais cidadãos. Já as prestações de ressarcimento por intervenções lícitas obedecem a uma lógica de equidade, sendo o conteúdo substancial do direito ou interesse afetado, um critério entre muitos no cálculo da indenização que tem em conta a totalidade das circunstâncias da lesão, nomeadamente danos não patrimoniais²⁶⁶. Estes traços levam-nos a considerar que a expropriação se distanciou muito das prestações de ressarcimento por intervenções lícitas, dada a *ideia de aquisição de bens* que se manifesta em todos os traços do seu regime, totalmente diversa daquelas figuras. A enquadrar-se a expropriação numa das duas figuras, cremos que o seu *intuito ablativo a aproxima da responsabilidade por factos lícitos*, mas tal é insuficiente para fundamentar uma posição definitiva.

A nosso ver, a relação entre expropriação, responsabilidade por factos lícitos e compensação pelo sacrifício explica-se com base nos conceitos norte-americanos de «*taking*» e «*regulating*»²⁶⁷. Para a jurisprudência norte-americana, o conceito de *taking* exprime o exercício do poder expropriatório (*eminent domain*), determinado por dois requisitos: a existência de razões de interesse público (*public use*), e a indenização contemporânea da ablação do direito (*just compensation*). Fora deste conceito ficam as intervenções de conformação do conteúdo de diversos direitos, em regra não indenizáveis (*regulating*). Para distinguir um *taking* de um *regulating*, a jurisprudência formulou o conceito de *regulatory taking*, referente aos *regulating* cujo conteúdo é tão gravoso que quase equivale à total destruição do valor da propriedade, aproximando-se da sua privação (*taking*), o que implica uma compensação. Entre estes institutos existe uma gradação, pois à medida que a intensidade das lesões decorrentes dos *regulating* nas situações jurídicas concretas aumenta, vão aumentando as exigências de uma justa indenização, por aproximação ao *taking*, ou expropriação em sentido estrito. Adaptando esta doutrina, podemos encarar a compensação pelo sacrifício como um *regulating* do qual poderão resultar danos indiretos, ao passo que a responsabilidade por factos lícitos resulta de medidas de interesse público que se aproximam de uma

²⁶⁶ V. Carla Amado Gomes, *ob. e loc cits.*, na nota 212, págs. 155-156, e Jiménez Lechuga, *La responsabilidad... cit.*, págs. 214 e segs.

²⁶⁷ V. Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade do Estado..., cit.*, págs. 505 e segs.

privação dos direitos do particular, ou seja, um *regulatory taking*, correspondendo a expropriação à privação do direito propriamente dita, ou *taking*. A distinção radica, pois, no grau de intensidade das intervenções na esfera jurídica do lesado.

Face a esta contraposição, será necessário defender um conceito amplo de expropriação, que abranja as afetações essenciais do conteúdo do direito de propriedade às quais falte o momento translativo do direito, excluindo-as do campo de aplicação do artigo 16.º do RRCEE? Cremos que não, por razões dogmáticas, de coerência sistemática, e práticas. As razões dogmáticas assentam no facto de a interpretação extensiva do conceito de expropriação descaracterizar tal instituto. O que confere uma natureza específica à expropriação é a interação de patrimónios entre o beneficiário da expropriação e o expropriado. Na expropriação o procedimento opera uma verdadeira aquisição de bens pelos entes públicos, substituindo a indemnização o bem objeto de expropriação. Sem essa transferência, poderemos estar perante uma intervenção ablativa de direitos patrimoniais, mas certamente que não perante uma expropriação. A expropriação consubstancia uma solução específica do ordenamento jurídico para a ablação de um direito com particular dignidade jurídica, o direito de propriedade. É esse intuito de salvaguarda que caracteriza o princípio da justa indemnização por expropriação. Todavia se é consensual que a tutela do artigo 62.º, n.º 1 da Constituição é mais ampla que o conceito civilístico de propriedade, também é certo que a Constituição não garante especificamente todas as posições patrimoniais privados²⁶⁸ mas apenas concede uma tutela indireta das mesmas. A indemnização por expropriação é uma solução excecional que não pode ser aplicada a todas as posições jurídicas patrimoniais, mas apenas às posições que possam ser consideradas como essenciais à finalidade primordial do direito de propriedade, a utilização dos bens para a realização da autonomia privada. A expropriação obedece a princípios específicos, nomeadamente o princípio da justa indemnização previsto no artigo 62.º, n.º 2, da Constituição, e não apenas ao princípio da igualdade na contribuição para os encargos públicos. Assim, interpretar extensivamente o conceito constitucional de propriedade parece-nos excessivo. As razões de coerência sistemática prendem-se com as consequências desta doutrina. A aceitar-se o conceito amplo de expropriação, teríamos de considerar que o artigo 16.º do RCEE constitui uma norma irrelevante no campo dos sacrifícios de

²⁶⁸ V. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada cit.*, Vol. I, anotação I ao artigo 62.º, pág. 800.

direitos patrimoniais, que seriam cobertos pelo regime da expropriação e pela legislação especial, invertendo a lógica do sistema. Na verdade, este preceito é por natureza uma norma geral, que se aplica na falta de norma especial em qualquer campo, incluindo o sacrifício de direitos patrimoniais, não se justificando a exclusão de hipóteses do seu campo de aplicação sem uma base legal específica e um fundamento próprio. As dimensões constantes deste preceito são princípios comuns a toda a atividade ablativa dos entes públicos, permitindo caracterizar hipóteses especialmente previstas. Fora do seu campo deverá ficar a expropriação em sentido próprio, pela sua natureza específica e pela intensidade especial que representa e pela dignidade jurídica única das posições jurídicas que sacrifica. Daí que o artigo 62.º, n.º 2 da Constituição se deva considerar, como nota o Tribunal Constitucional, uma refração do princípio geral da igualdade na contribuição perante os encargos públicos, apenas indiretamente ligada ao artigo 16.º do RRCEE, dado que constitui uma solução aplicável em casos contados, e que não deverá ser interpretada extensivamente sem cautelas. Todavia, isto não impede o legislador de no exercício da sua liberdade constitutiva, equiparar certas hipóteses à expropriação em matéria de cálculo de indemnização. É o que sucede com o artigo 8.º, n.º 2 do CE e com as *expropriações do plano*, previstas no RJIGT. Em todos esses, o legislador considerou que a intensidade da lesão deveria ser equiparada à expropriação para efeitos de indemnização, mas isso não significa a adesão a um conceito amplo de expropriação. A equiparação para efeitos de cálculo de indemnização demonstra que essas hipóteses mantêm a sua natureza, *para nós de responsabilidade por factos lícitos*, como entendem a jurisprudência francesa e a jurisprudência nacional analisadas; apenas viram alterado o regime de cálculo de indemnização, dado que continuam a não constituir privações da propriedade no sentido constitucional. Assim, não vemos razão para defender conceção diversa da jurisprudência francesa, que avisadamente distingue a natureza dos traços do regime de cada instituto, não confundido a equiparação para certos efeitos com uma subversão da natureza de cada instituto. A solução contrária implicaria reconhecer uma especial dignidade jurídica a situações que não a assumem. As razões práticas referem-se às maiores vantagens da aplicação das prestações de ressarcimento em relação à expropriação. Na verdade, um dos argumentos dos defensores do conceito amplo de expropriação é a sua maior favorabilidade para o lesado em relação às prestações de ressarcimento, dado que a compensação baseada no valor de mercado dos bens é integral, ao contrário das prestações de ressarcimento decorrentes de

intervenções lícitas, que se mediria pela especialidade e anormalidade do dano. Por nossa parte, cremos que esta afirmação, embora em parte correta, é excessiva. Como vimos²⁶⁹, o Tribunal Constitucional Alemão nota que a indemnização por expropriação obedece a critérios estritos, ou seja, o seu cerne consiste no apuramento do valor de mercado dos bens, que será calculado e pago ao particular a título de indemnização, ficando de fora as demais consequências da intervenção lesiva, nomeadamente danos não patrimoniais. Seria o caso da construção de uma estrada que imponha servidões a terrenos próximos, e que cause um aumento excessivo de ruídos com prejuízos para a saúde dos proprietários, ou dos danos causados na saúde por emissões de poeiras durante trabalhos públicos realizados num imóvel temporariamente ocupado ao abrigo do artigo 18.º, n.º 4, CE. E se há sistemas que atendem a todos os encargos impostos na indemnização por expropriação, como o francês, tal não sucede entre nós, pelo que o julgador sabe à partida que estará limitado na apreciação dos prejuízos causados, não sendo atendíveis os danos não patrimoniais dos exemplos que apresentámos. Diversamente, nas prestações de ressarcimento em sentido estrito, são considerados todos os danos emergentes especiais e anormais, patrimoniais e não patrimoniais, permitindo uma adequação da indemnização a cada situação, que poderá ser mais favorável do que a indemnização por expropriação, como demonstra o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 17 de Março de 2012, que analisámos²⁷⁰, que atribuiu uma indemnização de responsabilidade por factos lícitos muito superior ao valor dos bens atingidos. Claudica pois o argumento da consideração dos interesses do lesado, ao que acresce que as dimensões do artigo 16.º do novo Regime permitem ter em conta também as exigências de sustentabilidade financeira e da prossecução dos interesses públicos, evitando a aplicação de indemnizações excessivas para o erário público e desproporcionais para a intensidade das lesões, ou subsumíveis à vinculação social de certas posições jurídicas. A aplicação do artigo 16.º do RRCEE afigura-se pois, preferível a vários níveis face à indemnização por expropriação, conferindo margem de apreciação ao julgador e liberdade ao legislador na conformação dos direitos, sem que sobre ele pese a espada da indemnização por expropriação²⁷¹.

²⁶⁹ V. supra, ponto 1.3.2 do presente Capítulo

²⁷⁰ V. supra, nota 233.

²⁷¹ V., neste sentido, Vieira de Andrade, *ob. e loc cits.*, na nota 8, pág. 356 e segs., e Pedro Machete, comentário ao artigo 16.º, in *Comentário ao Regime... cit.* na nota 1, ponto 3.1, págs. 450 e segs.

Recentemente, surgem novos dados legislativos, dado que, no projeto de revisão do Código das Expropriações, o artigo 1.º, n.º 3 e n.º 4, refere:

«3 – Entende-se por expropriação de sacrifício a prescrição contida em atos legislativos, regulamentos administrativos ou atos administrativos que, na ausência de uma declaração de utilidade pública:

a) Inviabilize a utilização que vinha sendo dada ao bem, considerado globalmente;

b) Inviabilize qualquer utilização do bem, nos casos em que este não esteja a ser utilizado;

c) Anule o seu valor económico.

4 – Não estão abrangidas pelo pagamento da justa indemnização prevista nos números anteriores as proibições de utilização que traduzam a falta de vocação do solo para o processo de urbanização e de edificação, bem como as decorrentes das suas características físicas e naturais ou que impliquem a existência de riscos para a segurança de pessoas e bens.»

O preceito parece acolher a expropriação de sacrifício da tese de Alves Correia, referindo a exposição de motivos que as «expropriações de sacrifício, por serem atos análogos a uma expropriação «clássica», se encontram abrangidas pelo princípio da justa indemnização consagrado no artigo 62.º da Constituição da República», acrescentando que o preceito distingue a expropriação de sacrifício da indemnização pelo sacrifício. Analisando este preceito, o mesmo merece-nos sérias reservas, embora tenha a vantagem de permitir extensões do regime da expropriação em situações próximas da expropriação em sentido clássico, assegurando certa tutela ao lesado. Em primeiro lugar, cremos que este preceito traduz a tomada prematura de posição do legislador numa complexa questão dogmática que nem a jurisprudência nem a doutrina clarificaram. Na verdade, o legislador fez doutrina, ao arrepio das recentes conceções dos autores e da jurisprudência, nomeadamente do Supremo Tribunal Administrativo e do Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 525/2011. Aparentemente, o legislador exclui do campo de aplicação da indemnização pelo sacrifício grande parte da atividade ablativa de direitos patrimoniais, quando não é certo que à mesma se deva aplicar o regime da expropriação, face à sua falta de dignidade jurídica. A nosso ver, o preceito estende desmesuradamente o campo de aplicação do artigo 62.º da Constituição, que foi criado para responder à expropriação em sentido clássico, sem tomar posição definitiva

quanto ao conceito de expropriação. O preceito apenas refere que a expropriação (entendida como privação do direito) terá de ser acompanhada de indemnização, mas não impõe um conceito amplo. Aliás, entendendo o Tribunal Constitucional Alemão que um conceito amplo de expropriação não decorre da *Grundgesetz*, não vemos razão para não seguir este entendimento, dada a influência do direito alemão sobre o nosso direito nesta matéria. Nem cremos que o artigo 17.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia impõe esta solução, face à sua semelhança com o direito alemão.

Da aplicação deste preceito poderão advir prejuízos para os lesados em situações semelhantes aos exemplos acima referidos, cuja indemnização é delimitada por rígidos critérios, para a sustentabilidade dos cofres públicos, que não poderá ser acautelada face à sua rigidez, e para a coerência do sistema jurídico, que terá de clarificar a relação entre a expropriação de sacrifício e a indemnização de sacrifício em cada caso concreto. Ao que acresce a difícil verificação do deferimento do requerimento de expropriação previsto no artigo 8.º do Projeto para estes casos. Os tribunais serão forçados a atribuir indemnizações com base no valor de mercado, sem atender aos demais efeitos das intervenções abrangidas pela expropriação de sacrifício e às exigências de interesse público, o que limita a liberdade de conformação do legislador, que se inibirá de conformar os direitos patrimoniais por receio da indemnização.

No entanto, o conteúdo deste preceito demonstra que nem toda a atividade ablativa dos direitos patrimoniais é excluída do campo de aplicação do artigo 16.º do RRCEE, dado que o seu n.º 4 exclui do campo de aplicação da expropriação de sacrifício os danos decorrentes da vinculação situacional dos bens, como a alteração de classificação dos terrenos por planos que não afete posições jurídicas consolidadas, ou a imposição de servidões *non aedificandi* a terrenos não expropriados, se considerarmos, como Alves Correia²⁷², que o *ius aedificandi* não se inclui no conteúdo essencial do direito de propriedade. Tais intervenções não poderão ser subsumidas à expropriação de sacrifício, devendo ser qualificadas como intervenções de delimitação do conteúdo do direito de propriedade privada e, portanto, não terão de ser acompanhadas de indemnização expropriatória. Ganha relevo entre nós a distinção entre expropriação e determinação do conteúdo do direito de propriedade, que a nova lei parece efetuar com base num critério material: a afetação das faculdades essenciais do direito de propriedade, que a verificar-se, ainda que falte o momento translativo do bem, deverá

²⁷² V. *Manual... cit.*, Vol. I, págs. 842 e segs., e Anotação *cit.* na nota 228, pág. 154.

ser qualificada de expropriação de sacrifício. Na falta deste requisito, estaremos perante intervenções delimitadoras e, nesse caso, ou a intervenção opera estritamente no campo da vinculação situacional ou social nos bens, e não será indenizável; ou a delimitação causa danos especiais e anormais não equiparáveis à expropriação, pelo que serão indenizáveis ao abrigo do artigo 16.º do RRCEE, na dimensão de responsabilidade por factos lícitos. O julgador fica colocado perante uma difícil operação de qualificação, que a nosso ver poderá ser solucionada aplicando a teoria alemã da determinação do conteúdo envolvendo um dever de compensação, nos casos mais distantes da lógica da expropriação. Esta deverá ser complementada por uma interpretação restritiva do artigo 1.º, n.º 3 do Projeto, no sentido de incluir no seu campo de aplicação apenas as intervenções que se consideram mais próximas da expropriação em sentido clássico, nomeadamente através do seu grau de intencionalidade ablativa²⁷³. A nosso ver melhor seria que o legislador, ao invés de formular um conceito aberto, criasse uma cláusula de equiparação de cálculo de indemnização de certas situações à expropriação. Cremos que o preceito corre o risco de colocar sérias dificuldades à jurisprudência e à doutrina, ao que acresce que surgirá a tentação de desvalorizar o artigo 16.º do RRCEE no campo das ablações de direitos patrimoniais, transformando-o numa norma residual.

Todavia, não cremos que o conceito de expropriação pelo sacrifício prejudique a nossa conceção de que o artigo 16.º do RRCEE é uma norma geral que prevê todas as prestações de ressarcimento por intervenções lícitas, e que se aplica mesmo no campo da ablação dos direitos patrimoniais privados.

²⁷³ Aproximamo-nos da tese de Pedro Machete, que admite a expropriação de sacrifício ao lado da delimitação do conteúdo do direito de propriedade envolvendo um dever de compensação. V. comentário ao artigo 16.º, in *Comentário ao Regime... cit.* na nota 1, ponto 3.1, págs. 455 e segs.

Conclusões

1. Traços gerais do sentido da indemnização pelo sacrifício

Analisada a problemática da indemnização pelo sacrifício, resta-nos traçar alguns alicerces da sua compreensão adequada. Assim, podemos referir que a indemnização pelo sacrifício constitui uma prestação de ressarcimento de natureza jurídico-pública, que visa salvaguardar os direitos dos particulares face às intervenções lesivas dos entes públicos praticadas por motivos de interesse público e autorizadas pelo direito, que entre nós, surgiu na sequência da revogação do Decreto-Lei n.º 48 051, cujo artigo 9.º consagrava a responsabilidade por factos lícitos, pelo RRCEE, cujo artigo 16.º introduziu o instituto da indemnização pelo sacrifício.

O seu fundamento reside no princípio da igualdade perante os encargos públicos, entendido como exigência distributiva que implica que um cidadão não deve ser colocado numa posição desigual face aos demais membros da coletividade, daí que seja devida uma compensação pelos sacrifícios impostos aos particulares pelos entes públicos por motivos de interesse geral, decorrente do princípio da igualdade previsto no artigo 13.º, n.º 1 da Constituição.

O âmbito de aplicação deste instituto determina-se através da sua relação com a responsabilidade por factos lícitos e a expropriação por utilidade pública, em particular com a expropriação por utilidade pública, sendo controverso se esta deve restringir-se à ablação do direito de propriedade e subsequente transferência para o beneficiário da expropriação, ou se deve ser estendida a todas as ablações de direitos patrimoniais privados, que ficariam excluídas do seu âmbito de aplicação.

Este problema soluciona-se atendendo a que os três institutos não constituem situações de responsabilidade civil dos poderes públicos em sentido estrito, dado que não visam reparar integralmente danos, mas apenas compensar até certa medida o sacrifício de um direito, com base no valor de mercado no caso da expropriação, e com base nos danos especiais e anormais no caso da responsabilidade por factos lícitos e da indemnização pelo sacrifício, estando ausente dos mesmos o intuito sancionatório que caracteriza a responsabilidade em sentido estrito. Nestes termos, o conceito de

responsabilidade deve ser substituído pelo conceito de prestações de ressarcimento, que permitirá abranger quer a noção tradicional de responsabilidade, quer a noção de responsabilidade por factos lícitos e a compensação pelo sacrifício, única designação adequada para exprimir a reparação parcial que caracteriza da indemnização pelo sacrifício.

No artigo 16.º do RRCEE devem considerar-se previstas duas dimensões: a responsabilidade por factos lícitos em sentido estrito e a compensação pelo sacrifício, assentando a sua distinção na intencionada ablativa da intervenção, que implica que a intervenção cause diretamente prejuízos no primeiro caso e indiretamente no segundo caso; a autorização pelo ordenamento jurídica da intervenção, que deve implicar a existência de uma causa de justificação em sentido amplo da ingerência dos entes públicos, que se verifica apenas na responsabilidade por factos lícitos, e a proximidade com a responsabilidade em sentido próprio, que se verifica na primeira dimensão, em que se cuida de reparar os efeitos de uma lesão, e não na segunda, em que se cuida de acautelar prejuízos laterais e ocasionais de medidas tomadas na prossecução do interesse público. Esta distinção implica que a indemnização é reparatória na primeira dimensão e compensatória na segunda.

Em face desta distinção, que caracteriza situações especialmente previstas, qualifica este preceito como uma norma geral aplicável na falta de legislação especial, não havendo necessidade de estender o conceito de expropriação, dado que os seus princípios solucionam uma lesão de um direito excecionalmente salvaguardado e que se caracteriza pela interação de patrimónios entre o expropriado e o beneficiário da expropriação. A indemnização pelo sacrifício, ao atender a todos os danos, pode afigurar-se mais favorável do que a expropriação para o particular.

Em suma, o artigo 16.º do RRCEE constitui o preceito regulador de todas as prestações de ressarcimento decorrentes de intervenções lícitas dos entes públicos, independentemente do tipo de função em causa, no campo dos direitos pessoais e no campo dos direitos patrimoniais.

Bibliografia

- ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2012.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Direito das Obrigações*, 11.^a edição, Almedina, Coimbra, 2008.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2011.
- AMARAL, Maria Lúcia, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- ANDRADE, Manuel Domingues de *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1974.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Panorama geral do direito da responsabilidade «civil» da Administração em Portugal”, in José L. Martínez López-Muñiz, e Antonio C. Velásquez, (coordenadores) *La responsabilidad Patrimonial de los poderes públicos, III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo Valladolid*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 39 e segs.
- *A Justiça Administrativa (Lições)*, 8.^a edição, Almedina, Coimbra, 2006.
- “A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos” in *RLJ*, ano 137.^o, n.º 3951, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 360 e segs.
- “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social”, in *RLJ*, ano 140.^o n.º 3969, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 345 e segs.
- *Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012.
- ASSINI, N., e MANTINI, P., *Manuale di Diritto Urbanistico*, 3.^a ed., Giuffré Editore, Milano, 2007.
- BADURA, Peter, “Fondamenti e sistema della responsabilità dello stato e del risarcimento pubblico nella Repubblica Federale di Germania”, in *Rivista*

- trimestrale de diritto pubblico*, ano XXXVIII, Giuffré Editore, Milano, 1988, págs. 399 e segs.
- BIFULCO, R., *La responsabilità dello stato per atti legislativi*, Cedam, Milano, 1999.
- BRITO, Miguel Nogueira de *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007.
- CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, 10.^a edição, (8.^a reimpressão da edição de 1973), Almedina, Coimbra, 2007.
- CALVÃO, Filipa, comentário ao artigo 3.º, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, dirigido por Rui Medeiros, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013.
- CARANTA, Roberto, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione, Sistemi e Techinche*, Giuffré Editore, Milano, 1993.
- CARINGELLA, F., DELPHINO, L., e GIUDICE, F. del, *Diritto Amministrativo*, 22.^a ed., Simone, Napoli, 2005.
- CASSETTA, Elio, *Manuale de diritto amministrativo*, 5.^a ed., Giuffré Editore, Milano, 2003.
- CAUPERS, João, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10.^a ed., Editora Âncora, Lisboa, 2009.
- CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, Tomo I, 12.^a ed., Montchrestien, Paris, 1998, e Tomo II, 10.^a ed., Montchrestien, Paris, 1997.
- CORDEIRO, António Menezes, “A responsabilidade civil do Estado”, in *O Direito*, ano 142.º (2010), N.º 4, págs. 623 e segs.
- CORREIA, Fernando Alves, *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*, Almedina, Coimbra, 1982.
- *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 1990.
- *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2008 e Vol. II, Almedina, Coimbra, 2010.
- “A Indemnização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance”, in *RLJ*, ano 140.º n.º 3966, 2011, págs. 143 e segs.

- “Anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 18 de Outubro de 2012”, in *RLJ*, ano 142.º, n.º 3977, Novembro-Dezembro de 2012, págs. 139 e segs.
- CORSO, Guido, *Manuale de Diritto Amministrativo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003.
- CORTEZ, Margarida, *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, *Studia Iuridica*, 52, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- “Contributo para uma reforma da lei da responsabilidade civil da Administração”, ambos em *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado — Trabalhos preparatórios da reforma cit.*, págs. 217 e segs.
- DEBBASCH, Charles e COLIN, Frédéric, *Droit Administratif*, 10.^a ed., ÉCONOMICA, Paris, 2011.
- DUPIS, Georges, GUÉDON, Marie-José, e CHRÉTIEN, Patrice, *Droit Administratif*, 12.^a ed., Sirey, Paris, 2011.
- ENTERRÍA, E. García de, e FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, 8.^a ed., CIVITAS, Madrid, 2002.
- FALLA, Fernando Garrido, anotações ao artigo 106.º, n.º 2, in *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por Fernando Garrido Falla, 3.^a ed., CIVITAS, Madrid, 2002.
- FERBOS J., e BERNARD, A., *Expropriation des biens*, 9.^a ed., Le Moniteur, Paris, 1998.
- FOMBEUR, Pascale, “Les évolutions jurisprudentielles de la responsabilité sans faute”, in *L’actualité juridique- Droit Administratif*, n.º especial, Julho-Agosto de 1999, págs. 100 e segs.
- FONSECA, Guilherme da, e CÂMARA, Miguel Bettencourt da, *A responsabilidade civil dos poderes públicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- GALLI, Rocco, *Corso di Diritto Amministrativo*, reimpressão da 2.^a ed., Cedam, Milano, 1996.
- GARCIA, António Dias, “Da responsabilidade civil objectiva do Estado e demais entidades públicas”, in *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública*, organização de Fausto de Quadros, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2004, págs. 189 e segs.

- GARCIA, Maria da Glória F. P. Dias, *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Conselho Económico e Social, Lisboa, 1997.
- A responsabilidade civil do Estado e das Regiões Autónomas pelo exercício da função político-legislativa e a responsabilidade do Estado e demais entes públicos pelo exercício da função administrativa”, in *Revista do CEJ*, N.º 13, 1.º Semestre de 2010, págs. 305 e segs.
- GASTINES, Louis de, “La responsabilité extracontractuelle des personnes morales publiques”, in *Revue du Droit Public*, Tomo 108, 1992, págs.135 e segs.
- GAUDEMET, Yves, *Droit Administratif*, 18.ª ed., Librairie Générale du Droit, Paris, 2005.
- GOMES, Carla Amado, “A compensação administrativa pelo sacrifício: reflexões breves e notas de jurisprudência”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. IV, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, págs. 151 e segs.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *O problema da responsabilidade do Estado por factos lícitos*, Almedina, Coimbra, 1974.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Artigos 101.º a 107.º, 4.ª ed, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, e Vol. II, Artigos 108.º a 296.º, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito da União*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- HOSTIOU, R., e STUILLLOU, J.-F., *Expropriation et Prémption*, LITEC, Paris, 2001.
- KARPEN, Ulrich, “L’esperienza della Germania”, in *La responsabilità pubblica nell’esperienza giuridica europea*, dirigida por Domenico Sorace, Il Mulino, Bologna, 1994, págs. 121 e segs.
- LACHAUME, J.-F., PAULIAT, Hélène, BRACONNIER Stéphane, e DEFFIGIER, Clotilde, *Droit Administratif, Les grandes décisions de la jurisprudence*, 15.ª ed., PUF, Paris, 2010.
- LECHUGA, Francisco J. Jiménez, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español*, MARCIAL PONS, Madrid, 1999.
- LEGUINA VILLA, Jesús, Intervenção no colóquio “A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado”, in Ministério da Justiça, *Responsabilidade Civil*

- Extracontratual do Estado — Trabalhos preparatórios da reforma cit.*, págs. 81 e segs.
- Anotações ao artigo 106.º, n.º 2, in *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, direção de María Emilia Casas Baamonde e Miguel R.-P. Y Bravo-Ferrer, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009.
- MACHETE, Pedro, Comentário aos artigos 2.º e 16.º, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, dirigido por Rui Medeiros, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013.
- MEDEIROS, Rui, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos Legislativos*, Almedina, Coimbra, 1992.
- *Responsabilidade civil dos poderes públicos — Ensinar e investigar*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2005.
- Anotações ao artigo 22.º, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- MELO, António Barbosa de, “Responsabilidade Civil Extracontratual — não cobrança de derrama pelo Estado”, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XI, tomo IV, 1986, págs. 30 e segs.
- MESQUITA, Maria J. Rangel de, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- MONCADA, Luís Cabral de “A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 9 e segs.
- *A responsabilidade civil extra-contratual do Estado. A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro*, Abreu Marques e Vinhas, 2008.
- PALOP, Catalina Escuin, *Curso de Derecho Administrativo*, 3.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, Tomo I, (*Parte General*), 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 2003.

- PATRÃO, Afonso N. F., *Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007.
- PINTO, Cláudia Saavedra, *O «Facto do Príncipe» e os contratos administrativos*, Almedina, Coimbra, 2012.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, policopiado, Coimbra, 1976.
- RAPOSO, João, “Novas fronteiras da responsabilidade civil extracontratual da Administração”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 58, 2006, págs. 67 e segs.
- RECCHIA, G. “La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dirigenti in diritto comparato e in diritto comunitario”, in *Diritto processuale amministrativo*, ano XX, fascículo IV, 2002, págs. 803 e segs.
- RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, 23.ª ed., por Jean Waline, Dalloz, Paris, 2010.
- RODOTÁ, Stéfano, anotação ao artigo 42.º da Constituição, in *Commentario della Costituzione, Rapporti Economici*, dirigidos por Giuseppe Branca T. II, Zanichelli Editore, Bologna, 1982.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo, Parte General*, TECNOS, Madrid, 2005.
- SARDINHA, Luís Miguel, “Em torno da expropriação de sacrificio”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 99, págs. 3 e segs.
- SCHUPPERT, G. Folke, “The rights to property”, in *The Constitution of The Federal Republic of Germany*, coordenação de U. Karpen, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988, págs. 107 e segs.
- SOARES, Rogério E., *Direito Administrativo I*, policopiado, Universidade Católica, Porto, 1981.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de, e MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral (Responsabilidade Civil Administrativa)*, Tomo III, Dom Quixote, Lisboa, 2008.
- VAZ, Manuel Afonso, *A responsabilidade civil do Estado. Considerações breves sobre o seu estatuto constitucional*, Universidade Católica, Porto, 1995.
- VIRGA, Pietro, *Diritto Amministrativo*, Vol. I. Principi, 4.ª ed., Guiffré Editore, Milano, 1995.

Índice

Abreviaturas.....	2
-------------------	---

Introdução

1. Considerações preliminares. Enquadramento da indemnização pelo sacrifício	3
--	---

Parte I

Evolução da indemnização pelo sacrifício

Capítulo I

Origens históricas da indemnização pelo sacrifício

1. Antecedentes históricos da indemnização pelo sacrifício.....	7
1.1. Da Antiguidade às Revoluções Liberais	7
1.2. A Época Liberal	10
2. A consagração da responsabilidade indemnizatória do Estado e o tratamento moderno da indemnização pelo sacrifício.....	16
2.1. O sistema jurisprudencial do direito francês.....	16
2.2. O sistema de responsabilidade indemnizatória do direito alemão	22
2.3. O sistema do direito italiano	29
2.4. O sistema espanhol e as suas particularidades	33
2.5. O sistema do Direito da União Europeia.....	39
2.6. A evolução do direito português	43

Parte II
Fundamento e regime da indemnização pelo sacrifício

Capítulo I
Fundamento constitucional da indemnização pelo sacrifício

- 3. O princípio do Estado de Direito e o artigo 22.º da Constituição46
- 4. O princípio da igualdade perante os encargos públicos53

Capítulo II
Regime da indemnização pelo sacrifício

- 5. Âmbito de aplicação da indemnização pelo sacrifício.....57
 - 5.1.Preliminares. Conceitos operativos e primeira aproximação ao problema57
 - 5.2.A relação entre responsabilidade por factos lícitos, indemnização pelo sacrifício e expropriação na vigência do Decreto-Lei n.º 48 05166
 - 5.3.A relação entre responsabilidade indemnizatória, indemnização pelo sacrifício e expropriação na jurisprudência estrangeira.....74
 - 5.3.1. A solução da jurisprudência francesa.....74
 - 5.3.2. A solução da jurisprudência alemã.....80
 - 5.3.3. A solução da jurisprudência italiana88
 - 5.3.4. A solução da jurisprudência espanhola92
 - 5.4.A atual relação entre responsabilidade por factos lícitos, indemnização pelo sacrifício e expropriação à luz da doutrina97
 - 5.5.A solução da jurisprudência portuguesa105
- 6. Posição adotada.....115

6.1. Características comuns da indemnização pelo sacrifício, expropriação e responsabilidade por factos lícitos. O seu afastamento da responsabilidade indemnizatória em sentido estrito	115
6.2. O sentido atual da responsabilidade por factos lícitos e da indemnização pelo sacrifício	120
6.3. O artigo 16.º do Regime da Responsabilidade e a expropriação por utilidade pública	128

Conclusões

7. Traços gerais do sentido da indemnização pelo sacrifício pública	137
---	-----

Bibliografia	139
--------------------	-----