

■ **FORMAÇÃO CONTÍNUA** ■

Responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas

**Jurisdição
Administrativa
e Fiscal**

Maio 2020

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento de Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Bancos no edifício do CEJ

Foto

Paulo Rainho - CEJ

Todos os anos a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, de uma forma ou de outra, faz parte do lote de matérias objecto das acções de formação do Centro de Estudos Judiciários.

Os textos agora aqui reunidos – que reflectem a qualidade dos seus Autores (Carla Amado Gomes, Mafalda Carmona, Marco Caldeira e Ana Rita Campino – trazem reflexões que a prática judiciária de juízes/as, magistrados/as do Ministério Público e advogados/as vai aproveitar...

Quem se confrontar com a necessidade apreciar o Dever de Boa Administração, Indemnização pelo Sacrifício, Culpa do Lesado, Montante de Indemnização por violação do direito a decisão judicial em prazo razoável, fica aqui com mais elementos de estudo!

O CEJ continua assim a cumprir o seu objectivo de divulgação do que faz, por toda a Comunidade Jurídica, com conteúdos de excelência, e em acesso livre e universal.

(ETL)

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas

Jurisdição Administrativa e Fiscal:

Margarida Reis – Juíza Desembargadora, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição

Marta Cavaleira – Juíza Desembargadora e Docente do CEJ

Fernando Duarte – Juiz Desembargador e Docente do CEJ

Ana Carla Duarte Palma – Juíza Desembargadora e Docente do CEJ

Tiago Brandão de Pinho – Juiz de Direito e Docente do CEJ

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2017/2018:

Temas de Direito Administrativo – 27 de abril e 4 de maio de 2018 e 8 e 15 de junho de 2018
([programa](#))

A indemnização pelo sacrifício – 20 de abril de 2018 ([programa](#))

Organização:

Marta Cavaleira, Fernando Duarte e Ana Carla Palma

Intervenientes:

Mafalda Carmona – Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Carla Amado Gomes – Professora na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Marco Caldeira – Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Ana Rita Campino – Jurista, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição –27/05/2020	

Responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas

Índice

1. Fundamento constitucional da indemnização pelo sacrifício (a propósito de servidões <i>non edificandi</i>)	9
Mafalda Carmona	
2. A responsabilidade civil extracontratual do Estado por quebra do dever de boa administração	47
Carla Amado Gomes	
1. Breve história do “princípio da boa administração”: Das Recomendações do Conselho da Europa de 1977 ao Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, aprovado pelo Parlamento Europeu em 2001	49
2. O princípio da boa administração no Direito Comparado: alguns exemplos	52
3. Balanço parcial	53
4. O princípio da boa administração no Direito Administrativo português: do artigo 23.º da Constituição da República Portuguesa ao artigo 5.º do Código do Procedimento Administrativo	54
4.1. Princípio da boa administração e diligência procedimental (<i>due diligence</i>)	56
4.1.1. Em geral: os parâmetros principiológicos	56
4.2. Em especial, o direito a uma decisão administrativa em prazo razoável	57
4.3. Em especial, a irrelevância de vícios formais e a boa administração	59
5. Princípio da boa administração e standards de qualidade dos serviços	61
6. Princípio da boa administração e controlo jurisdicional: uma amplitude constitucionalmente limitada	62
3. A culpa do lesado	71
Marco Caldeira	
4. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável	77
Ana Rita Campino	

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



1. Fundamento constitucional da indemnização pelo sacrifício

Mafalda Carmona

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA INDEMNIZAÇÃO PELO SACRIFÍCIO (a propósito de servidões *non edificandi*)

Mafalda Carmona*

1. No que respeita à expropriação, entendida esta no sentido “clássico”, em que existe transferência da propriedade, nenhuma dúvida existe de que o seu fundamento constitucional se encontra vertido no artigo 62.º, n.º 2, da CRP¹. Já não assim quanto ao sacrifício, categoria mais ampla de intervenção pública na propriedade, onde se pode deixar reconduzir toda a afetação especial e anormal da *utilitas* da propriedade. Disso exemplo, escolhido por ser tema presente na jurisprudência do Tribunal Constitucional, é a servidão *non edificandi*, em que o proprietário vê eliminada a “potencialidade edificativa” do prédio (ou de parte dele) sem, contudo, deixar de manter a propriedade do mesmo (ou, acrescente-se, a possibilidade de lhe dar outra utilização).

Dedicando-se o artigo 62.º, n.º 2, da CRP apenas à expropriação e à requisição, pergunta-se se a indemnização pelo sacrifício encontra fundamento constitucional nessa norma ou, de forma mais ampla, no princípio da igualdade perante os encargos públicos e/ou na garantia do direito de propriedade, vertida no n.º 1 do artigo 62.º. A este propósito, adianta-se um conceito amplo de expropriação, abrangendo “todos os sacrifícios patrimoniais privados que sejam graves e especiais, quer eles se traduzam em alterações quanto à titularidade de um direito ou quer impliquem meras restrições ao seu exercício”². De outro lado, entende-se que não é necessário, ou desejável, alargar o conceito de expropriação, posto que se reconheça a garantia constitucional de outros sacrifícios indemnizáveis de direitos patrimoniais privados³. Assim, ao lado da expropriação, desta feita em sentido *formal* – ato intencional que opera a “perda de um direito do proprietário”⁴ – surge a figura da “determinação do conteúdo da

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada.

¹ Em rigor, a expropriação “clássica” envolve “(i) a restrição do objecto da expropriação aos bens imóveis, (ii) a transferência da coisa imóvel expropriada para um novo sujeito de direito, (iii) o acto administrativo como forma jurídica, (iv) a exigência de um concreto fim de interesse público” – M. NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação privada da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Coimbra, 2007, págs. 996 e seguintes, expondo as diferenças entre “expropriação clássica”, “expropriação material” e “expropriação formal”.

² M. L. AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, 1998, págs. 469 e seguintes, 576. Neste conceito amplo cabe tanto a expropriação clássica como a chamada expropriação de sacrifício, que se caracteriza “por uma destruição ou por uma limitação essencial de uma posição jurídica garantida como propriedade pela Constituição, à qual falta, porém, o momento translativo do direito” – F. ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, 1997, pág. 491.

³ M. NOGUEIRA DE BRITO, cit., pág. 995.

⁴ Sobre a expropriação “formal”, que surge em reacção à expropriação material, e que não é um mero regresso à expropriação clássica, M. NOGUEIRA DE BRITO, cit., 1006 e seguintes (e 1021, nr. 406): a expropriação deve poder ser identificada com recurso a critérios formais, de maneira a que o proprietário possa identificar de antemão uma medida do Estado como expropriação; esta, formalmente delineada, caracteriza-se “pela perda de um direito do proprietário, resultante de um acto do poder público (lei ou acto administrativo), orientado para esse fim e praticado por um motivo de interesse público determinado” ou, de outra forma, como “acto do poder público visando a privação de uma concreta posição jurídica”.

propriedade”, que pode assumir a configuração especial da “*determinação do conteúdo envolvendo um dever de compensação*”⁵. Mas outras construções são possíveis. Por exemplo, pode descobrir-se, ao lado da expropriação em sentido formal, a “*responsabilidade por actos lícitos*”, ou “*sacrifício intencional*” (em que há “*lesão directa e intencional de bens*”, aí incluindo a “*determinação do conteúdo e limites do direito de propriedade envolvendo um dever de compensação*”, bem as medidas com efeitos “*equivalentes*” à expropriação), ou ainda a “*indemnização pelo sacrifício*”, ou “*sacrifício inintencional*” (em que através de ato geral se ocasiona prejuízos especiais e anormais de forma *indireta*)⁶. Aqui vêm já incluídas outras figuras: para além de intervenções *lícitas* e *intencionais* (reconduzíveis a um conceito amplo de expropriação ou ao binómio expropriação formal/determinação do conteúdo com dever de compensação), dá-se guarida às “*intervenções equivalentes à expropriação*” (“*enteignungsgleicher Eingriffs*”), relativas a intervenções *ilícitas* mas não culposas, e às “*intervenções de tipo expropriativo*” (“*enteignenden Eingriffs*”), relativas a danos laterais, atípicos e imprevistos⁷.

Qual seja a construção adotada, ao lado de todos estes sacrifícios ficam as intervenções que não geram direito a indemnização, sendo ideia comum às várias construções a de que nem todas as atuações jurídico-públicas constituem sacrifícios indemnizáveis, nomeadamente quando traduzam “*vinculações sociais*” do direito de propriedade⁸. Com isso, um problema comum: se se admite que não é só a expropriação, em que existe translação do direito de propriedade, que dá lugar a uma indemnização mas, ao mesmo tempo, que também não serão todas as “*intervenções*” a merecer essa indemnização, como identificar as que, pelo meio, obrigam a indemnizar?⁹

Pode, atendendo-se à intensidade da intervenção, distinguir entre i) a que, sem afetar a titularidade, esvazia a propriedade de todas as suas faculdades ou do seu valor económico; ii) as que eliminam apenas uma dessas faculdades, comportando (ainda assim) um prejuízo anormal; iii) ou as que apenas (de)limitam a propriedade, *maxime* dando expressão à sua

⁵ M. NOGUEIRA DE BRITO, cit., págs. 1010-1012, 1016 e seguintes.

⁶ VIEIRA DE ANDRADE, “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social”, RLJ 140 (2011), págs. 3969, 354-6, 359-60.

⁷ H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17.ª ed., Munique, págs. 2009, 697 e seguintes, sobre a jurisprudência do BGH.

⁸ Entre outros, F. ALVES CORREIA, *O plano...*, cit., 314 e seguintes (e 323 e seguintes, para a “vinculação situacional”); R. MEDEIROS, *sub artigo 62.º*, in J. MIRANDA/R. MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, págs. 1267 e seguintes.

⁹ Problema que existe tanto na adoção da expropriação em sentido material como na “*determinação do conteúdo com dever de compensação*” – M. NOGUEIRA DE BRITO, cit., pág. 1003, dando conta, na primeira conceção, da imposição de um dever de indemnizar quando a delimitação (porque nem tudo seria sacrifício) fosse excessiva, transformando a vinculação social em expropriação (transformação essa que não ocorre na “*determinação do conteúdo*”, que inclui duas subcategorias – p. 1011); e, sobretudo, 1015-6: a distinção entre determinação do conteúdo com e sem dever de indemnizar não deixa de se socorrer de algum modo dos critérios do “*sacrifício especial*”; porém, salienta o Autor, existem diferenças: a “*dependência da situação*”, que antes permitia distinguir entre expropriação de sacrifício e vinculação social, há de resultar da própria disciplina legislativa, e não da apreciação (pelo juiz) do caso concreto; e concluindo o juiz que a lei devia ter previsto uma indemnização e não o fez, não pode garantir imediatamente a indemnização, antes tendo de julgar a lei inconstitucional – o que, no direito alemão, é feito exclusivamente pelo BVerfG.

“vinculação social”. Tirando a situação de sacrifício mais extrema, em que a titularidade formal é mantida mas o direito vem esvaziado do seu conteúdo (um *nudum ius*¹⁰), as demais requerem que se concretize a ideia de anormalidade (quando não também de especialidade)¹¹, deixando maior espaço para controvérsia. Nessa concretização, pode ainda distinguir-se consoante a utilidade em causa seja efetiva ou não seja mais do que mera expectativa – questão que, já se adianta, tem um relevo central em sede de *servidões non edificandi*. Não parece, porém, que haja apenas de atender à intensidade da intervenção, relevando também o tipo de intervenção em causa (v.g., planos, restrições de utilidade pública, servidões) e as características do bem – por ex., a impossibilidade de construir pode ter como fundamento uma decisão administrativa relativa à localização de uma estrada, pode servir um interesse público geral ou pode resultar efetivamente da sua vinculação situacional. Não que seja o seu único uso, mas a larga maioria das situações é problemática por dizer respeito ao *ius edificandi*¹².

2. Sendo possível chegar à obrigação de indemnizar por uma de duas vias – ou alargando o conceito de expropriação ou fazendo aplicar o princípio da igualdade perante os encargos públicos e/ou a garantia da propriedade –, perguntar-se-á qual o relevo da discussão sobre o fundamento constitucional da indemnização pelo sacrifício.

Essa discussão pode ter relevância em sede do *como* da indemnização, se se alargar o conceito de expropriação e se com isso vier implicado que a indemnização imposta pela Constituição tem que ser *contemporânea* da intervenção – i.e., a lei que prevê o sacrifício tem também que prever a indemnização¹³. Isto sob pena de o sacrifício, que vem visto como uma intervenção lícita, afinal não o ser. E se não o for, por não vir acompanhado da previsão de indemnização, fica igualmente prejudicado o recurso à responsabilidade das entidades públicas pelo sacrifício, que se encontra prevista no artigo 16.º da LRCRE, entendida como sinónimo de responsabilidade por ato lícito: ou bem que o sacrifício tem a “sua” norma de indemnização, e não há lugar à aplicação do artigo 16.º, ou bem que o sacrifício não vem acompanhado dessa norma e é, então, ilícito, o que igualmente afasta a aplicação do artigo 16.º¹⁴. É assim que,

¹⁰ M. NOGUEIRA DE BRITO, cit., pág. 957.

¹¹ R. MEDEIROS, *sub artigo 62.º*, cit., págs. 1269-70, considerando, a propósito do artigo 16.º da LRCE, que do artigo 62.º, n.º 2, da Constituição apenas resulta inequivocamente a exigência de anormalidade. Sobre os vários sentidos dos critérios, GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra, 1974, págs. 271 e seguintes.

¹² Ressalve-se que, em muitos Acórdãos sobre servidões *non edificandi*, o Tribunal Constitucional tem procurado resolver a questão de forma não comprometida com qualquer das posições sobre o *ius edificandi*, esse “atormentado problema”, como refere R. MEDEIROS, *sub artigo 62.º*, 1250. *Infra*, na parte final, voltaremos ao tema.

¹³ M. L. AMARAL, cit., pág. 423, entendendo por lei expropriatória “o acto legislativo que intencionalmente impuser a um privado um encargo que puder ser considerado grave e especial [que] só será *acto válido* se expressamente incluir uma cláusula indemnizatória que atribua a compensação justa para o sacrifício que é imposto”.

¹⁴ REBELO DE SOUSA/SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade civil administrativa*, Lisboa, 2008, 59.

mercê da decisão que se tome quanto ao fundamento constitucional da indemnização pelo sacrifício, pode o artigo 16.º da LRCE ver a sua aplicação limitada aos sacrifícios pessoais¹⁵.

Mas isto apenas se i) se reconduzir o sacrifício à expropriação e ii) se daí se retirar a exigência de contemporaneidade (e se iii) se tiver como pressuposto que o artigo 16.º apenas se aplica a intervenções lícitas)¹⁶ – a contemporaneidade da indemnização não é uma consequência necessária do alargamento do conceito de expropriação, podendo reservar-se esta exigência para a expropriação em sentido formal¹⁷. Ao mesmo tempo, a construção da “determinação do conteúdo com dever de compensação”, que se opõe à da expropriação material, pode (e tende a) traduzir-se na exclusividade do legislador para a previsão da indemnização, importando, na sua ausência, a inconstitucionalidade da lei e impondo-se a prioridade da tutela primária¹⁸. Mas também pode adotar-se o conceito de expropriação formal e a figura da “determinação do conteúdo com dever de compensação” sem, com isso, prejudicar a aplicação do artigo 16.º da LRCE, bastando que daí decorra um sacrifício especial e anormal¹⁹.

Ou seja: a perspectiva expropriação formal/determinação do conteúdo com dever de compensação tenderá a exigir que seja a lei (e não o juiz) a atribuir a indemnização específica do sacrifício – e é a esta construção que assenta melhor essa exigência –, sob pena de ilicitude da intervenção e, logo, de não se poder aplicar o artigo 16.º (reservado que fique para intervenções lícitas); mas também se pode entender que, não obstante a falta de previsão na lei, funciona sempre o artigo 16.º como cláusula de salvaguarda. De outro lado, a expropriação

¹⁵ REBELO DE SOUSA/SALGADO DE MATOS, cit., 61. ALVES CORREIA, “A indemnização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance”, RLJ 140 (2011) 3966, 152-3, inclui apenas no artigo 16.º os danos patrimoniais “que não resultam de qualquer intencionalidade ablativa da Administração, antes são uma consequência indesejada, incidental e não intencional da actividade lícita da Administração”, dele excluindo os atos ablativos que operem “de modo intencional e consciente”, “uma vez que neles a produção do dano e a correspondente indemnização formam um momento constitutivo da própria actividade pública e, por isso, um pressuposto da respectiva legitimidade”.

¹⁶ Pressuposto que não usa vir questionado mas contra o qual já nos pronunciámos em M. CARMONA, «Sobre a autonomia da responsabilidade civil da Administração Pública», in AMADO GOMES/R. PEDRO/T. SERRÃO, *O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, 2.ª ed., Lisboa, 2018, 165-6. Uma coisa é limitar a responsabilidade por atos lícitos aos danos especiais e graves, outra é limitar a responsabilidade por danos especiais e anormais aos atos lícitos; a responsabilidade pelo sacrifício, correspondendo a um modelo de resultado, não de conduta, deve ser entendida como uma responsabilidade por “dano especial e anormal, ainda que lícito” (aí se incluindo o ilícito não culposos que cause um dano especial e anormal). Com mais desenvolvimentos em M. CARMONA, *Teoria do Estado-Administração, princípio da legalidade e imputação de danos* (tese de doutoramento discutida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em julho de 2017), 720 e seguintes.

¹⁷ MEDEIROS, *sub. artigo 62.º*, 1262-4 e 1275-6.

¹⁸ M. NOGUEIRA DE BRITO, cit., 1015-6. Inconstitucionalidade da lei que, no modelo alemão, é exclusivamente apreciada pelo BVerfG. Diga-se, aliás, que a superação do conceito amplo de expropriação se fez na Alemanha num contexto de reação do BVerfG à progressiva (auto)ampliação da jurisdição do BGH em torno dos §§ 74, 75 ALR, ampliação essa primeiro ancorada na expropriação material, de sacrifício, e depois nas figuras das “intervenções equivalentes à expropriação” e das “intervenções de tipo expropriativo” – dito de outro modo, a exigência de previsão da indemnização em lei, seja na expropriação em sentido formal, seja na lei que determina o conteúdo com compensação (e que, não a prevendo, é inconstitucional), afigura-se mais consentânea com a reação à expropriação de sacrifício do que como sua característica.

¹⁹ VIEIRA DE ANDRADE, *A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social*, págs. 359-60, parece admitir que a indemnização devida pela “determinação do conteúdo” seja obtida através do artigo 16.º da LRCE.

afigura-se mais consentânea com a possibilidade de atribuição pelo juiz por via do artigo 16.º, sem necessidade de específica previsão pela lei do dever de indemnizar; mas também se pode dizer que, sendo reconduzida à expropriação do artigo 62.º, partilha com a expropriação clássica a exigência de previsão específica da indemnização em lei.

Reconduzir o sacrifício, ou determinado sacrifício, à expropriação pode ainda ter outra consequência, se com isso se chegar à aplicabilidade das normas sobre expropriações.

Esta aplicabilidade tem uma imediata consequência processual (e de jurisdição); mas tem também uma consequência material, quando da aproximação à expropriação resulte a aplicação dos critérios vertidos no CE quanto à justa indemnização na expropriação.

Desta aproximação resulta não só que determinado sacrifício é indemnizável, como também que o é *nos termos do CE*. Indo à questão: o artigo 25.º do CE inclui a *potencialidade edificativa* de um solo como elemento a valorar no cômputo da indemnização por expropriação, em termos que se podem dizer mais generosos do que noutras normas do ordenamento jurídico²⁰.

Neste contexto, a recondução à expropriação de outros sacrifícios – e, designadamente, da servidão *non edificandi* – pode servir para chegar à indemnizabilidade da potencialidade edificativa, e indemnizabilidade nos mesmos termos em que ela é reconhecida no CE para as expropriações, quer na identificação dos solos que têm potencialidade edificativa, quer quanto aos critérios para determinação do *quantum* indemnizatório. Mas, mais uma vez, também se pode alcançar a indemnização da servidão *non edificandi* com fundamento no princípio da igualdade, sem necessidade de alargar o conceito de expropriação.

Todas estas questões têm tido um palco privilegiado em tema de servidões *non edificandi*, sobre o qual o Tribunal Constitucional produziu extensa jurisprudência. Jurisprudência que, tendo mantido uma relativa constância, já se adianta que conheceu alterações recentes.

3. Começamos pelo Ac. 341/86, que constitui um marco nesta questão apesar de ainda não versar sobre servidões *non edificandi*. Nesse Acórdão estava em causa a determinação do valor da justa indemnização por expropriação. O CE 76²¹ limitava-se a distinguir entre “*terrenos situados em aglomerados urbanos*” e “*terrenos fora de aglomerados urbanos*”, determinando o artigo 30.º, n.º 1, quanto a estes, que o seu valor fosse calculado “*em função dos rendimentos efectivo e possível dos mesmos, atendendo exclusivamente ao seu destino como prédio rústico*”. Ao Tribunal Constitucional, a propósito da justa indemnização devida por um

²⁰ C. MONTEIRO, *A garantia constitucional do direito de propriedade e o sacrifício de faculdades urbanísticas*, CJA 91 (2012), págs. 3 e seguintes. Por exemplo, se a edificabilidade estiver prevista em plano e esse plano for alterado, apenas existe direito a indemnização se essa alteração for feita no prazo de três anos do início de vigência do plano (artigo 171.º, n.º 4, do RJIGT); já se houver expropriação, estando a edificabilidade prevista em plano, a indemnização tomará o solo como “apto para construção” e refletirá essa classificação no cálculo da indemnização – i.e., a perda da potencialidade edificativa prevista em plano é indemnizável em caso de expropriação mas não quando o mesmo plano é alterado para lá dos três anos iniciais de vigência.

²¹ Código das Expropriações de 1976 (CE), vertido no Decreto-Lei n.º 845/76.

terreno situado em “zona diferenciada do aglomerado urbano”, chegou a questão da inconstitucionalidade desta última norma²².

O Tribunal, debruçando-se sobre o conceito de “justa indemnização”, concluiu, na linha do critério adotado noutros ordenamentos jurídicos, pelo acerto do preenchimento da “justa indemnização” pelo “valor real e corrente” do bem, por sua vez determinado pelo critério do “valor de mercado”; neste, haveria de atender a “*todos os demais [fatores] que eventualmente viessem a ocasionar um acréscimo de valor, como seja o da potencial aptidão de edificabilidade dos terrenos expropriados*”²³.

O Tribunal Constitucional incluía, assim, a potencialidade edificativa nos fatores a observar para respeitar a exigência de “justa indemnização” na expropriação, consideração esta, só por si, já relevante – como o foi na jurisprudência posterior – para o problema das *servidões non edificandi*. Mas mais, no seu discurso argumentativo, o Tribunal socorreu-se de considerações sobre a indemnizabilidade do sacrifício da potencialidade edificativa, fora dos quadros da expropriação. Começando por reconhecer que no direito de propriedade constitucionalmente consagrado “*contém-se o poder de gozo do bem objecto do direito, sendo certo que não se tutela aí um jus edificandi, um direito à edificação, como elemento necessário e natural do direito fundiário*”, acrescentou-se: “*Parece, contudo, que, mesmo naqueles casos em que a Administração impõe aos particulares certos vínculos que, sem subtraírem o bem objecto do vínculo, lhes diminuem, contudo, a utilitas rei, se deverá configurar o direito a uma indemnização, ao menos quando verificados certos pressupostos*”²⁴, concluindo-se que “*o jus aedificandi, sem embargo de não possuir tutela constitucional directa no direito de propriedade, deverá ser considerado como um dos factores de fixação valorativa, ao menos naquelas situações em que os respectivos bens envolvam uma muito próxima ou efectiva potencialidade edificativa*”. Estando em causa um problema de indemnização por expropriação, não de servidão *non edificandi*, o excerto acabado de transcrever era seguido da remissão para a norma legal sobre responsabilidade pelo sacrifício (então, o artigo 9.º do

²² Nos termos do artigo 13.º da Lei dos Solos, vertida no Decreto-Lei n.º 749/76, de 5 de novembro, entendia-se por aglomerado urbano “*o núcleo de edificações autorizadas e respectiva área envolvente, possuindo vias públicas pavimentadas e que seja servido por rede de abastecimento domiciliário de água e drenagem de esgoto, sendo o perímetro definido pelos pontos distanciados 50 m das vias públicas onde terminam aquelas infra-estruturas urbanísticas*” (n.º 1); por “zona diferenciada do aglomerado urbano”, “*o conjunto de edificações autorizadas e terrenos contíguos marginados por vias públicas urbanas pavimentadas que não disponham de todas as infra-estruturas urbanísticas do aglomerado*”.

²³ As transcrições de Acórdãos são feitas em itálicos; todos os sublinhados são nossos.

²⁴ O Acórdão prossegue com a lição de Gomes Canotilho: “*A este respeito, e neste sentido, Gomes Canotilho teve ensejo de escrever: «É indispensável, assim, ao indagarmos da natureza de determinada posição jurídica do particular e da intensidade ablatória do acto, atendermos à relação especial (Orstbezögenheit) do imóvel (local, vias próximas, densidade demográfica, industrialização) e à possibilidade de utilização (Nutzungsmöglichkeit), de que continua a beneficiar o proprietário, não obstante o vínculo imposto. Bem se compreenderá, por exemplo, que o vínculo de modificabilidade decretado para os proprietários confinantes com o Aeroporto de Fiumicino, na Itália, fosse considerado como simples limitação social do direito de propriedade, devido à natureza pantanosa dos terrenos, à localização e à falta de valor edifício, mas já não se tolerará a recusa de indemnização aos proprietários de uma zona urbana em ritmo incessante de construção, aos quais, por necessidade de espaços verdes, foi imposta a proibição absoluta do jus aedificandi». [Cf. O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos, Coimbra, 1974, pp. 298 e seguintes]*”.

Decreto-Lei n.º 48 051), tomando-o como consagração expressa do entendimento favorável à indemnização do sacrifício da *utilitas rei*, para lá dos moldes da expropriação.

Por ora, registre-se que no Ac. 341/86 a potencialidade edificativa – aliás, a “*muito próxima ou efectiva potencialidade edificativa*” – é erigida em critério de inclusão obrigatória na determinação do valor da “justa indemnização”; ou, se se quiser, que a “justa indemnização” deveria atender ao “valor real e corrente” e que este seria encontrado por recurso ao “valor de mercado”, para o qual não poderia deixar de ser relevante a potencialidade edificativa do bem. Seguiram-se outros Acórdãos com o mesmo sentido²⁵.

4. Incluindo-se a potencialidade edificativa nos fatores a atender para determinar o valor de prédio expropriado, *quid iuris se*, ao invés de uma expropriação, fosse apenas imposta uma servidão que eliminasse essa potencialidade edificativa?

Sobre esta questão – *melhor dizendo*, sobre a específica questão de saber se servidões *non edificandi*, fixadas diretamente por lei, e incidentes sobre *parcela sobrance* de prédio expropriado – versaram diversos Acórdãos do Tribunal Constitucional nos anos seguintes, apreciando a inconstitucionalidade das normas vertidas nos Códigos das Expropriações de 1976 e 1991²⁶ (e, depois, mas já com diferenças, sobre o CE 99). A situação típica prendia-se com a construção de estradas, em que uma parte do prédio era expropriada para dar lugar à própria via, e a parte sobrance, que ficava *assim* a confinar com a estrada, ficava onerada com uma servidão *non edificandi* estabelecida diretamente na lei²⁷.

Antes de dar nota dessa jurisprudência, convém apresentar um quadro sumário das normas relevantes. No CE 76, determinava o artigo 3.º, n.º 2, que “*As servidões derivadas directamente da lei não dão direito a indemnização, salvo quando a própria lei determinar o contrário*”; ao mesmo tempo, estabelecia-se no n.º 3 que “*As servidões constituídas por acto administrativo dão direito a indemnização quando envolverem diminuição efectiva do valor dos prédios servientes*”²⁸. No que respeita ao valor do prédio expropriado, vigorava o artigo 30.º, n.º 1, que não dava cobertura à consideração da potencialidade edificativa; porém, essa norma, como vimos, foi julgada inconstitucional, concluindo-se que a *indemnização por expropriação* tinha que incluir a potencialidade edificativa dos terrenos. Ainda assim, se a indemnização por *expropriação* tinha que incluir, nestes termos, a potencialidade edificativa, subsistia a proibição de indemnizar as *servidões* fixadas por lei, expressamente estabelecida no artigo 3.º, n.º 2. Sendo estas as normas sobre servidões, refira-se ainda que o CE 76 compreendia normas sobre a expropriação parcial, admitindo que a indemnização da

²⁵ Entre outros, os Acórdãos 109/88, 131/88 ou 184/92.

²⁶ Código das Expropriações de 1991 (CE 91), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 438/91, de 9 de novembro.

²⁷ Veja-se, por exemplo, o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 393-A/98, de 4 de dezembro. Atualmente, veja-se o regime vertido na Lei n.º 34/2015, de 27 de abril.

²⁸ Sobre a tradicional recusa de indemnização das intervenções na propriedade realizadas diretamente por ato legislativo e a sua atual inadmissibilidade, GOMES CANOTILHO, cit., págs. 273 e seguintes; R. MEDEIROS, *sub artigo 62.º*, pág. 1268.

expropriação incluísse a depreciação da parte não expropriada “pelo prejuízo da divisão do prédio” ou outros prejuízos ou encargos resultantes da expropriação²⁹.

No que respeita à relevância da potencialidade edificativa na expropriação, o CE 91 fez eco da jurisprudência do Tribunal Constitucional: ao invés da distinção entre “*terrenos situados em aglomerados urbanos*” ou fora deles, o CE 91 dividiu os solos, “para efeito do cálculo da indemnização por expropriação”, em “*solo apto para construção*” – grosso modo, solos dotados de infraestruturas, inseridos em núcleo urbano consolidado, destinados por plano à edificação ou dotados de alvará de loteamento/licença de construção³⁰ – e “*solo para outros fins*”, admitindo assim, quanto aos solos que tivessem aquelas características – mas não quanto a todos – a indemnizabilidade da *potencialidade edificativa*³¹. Mas manteve-se no CE 91 a proibição de indemnizar servidões fixadas na lei, desta feita no artigo 8.º, n.º 2, que praticamente reproduzia o artigo 3.º, n.º 2, do CE 76 (bem como a norma especial sobre a indemnização nas expropriações parciais, na qual se mandava atender à desvalorização da parte não expropriada, nos mesmos termos em que o CE 76 a previa).

Em síntese: à luz do CE 76 e do CE 91, o principal obstáculo à indemnizabilidade das servidões *non edificandi* não decorria tanto (ou logo) de estar em causa a perda da potencialidade edificativa, na medida em que esta era reconhecida como pertinente no valor da expropriação (e se viesse a ter isso como suficiente para a servidão), mas antes de aquelas servidões serem estabelecidas diretamente pela lei, estabelecendo os CE uma *norma de proibição expressa de indemnização*. A solução do CE 99³², como melhor veremos, foi diferente, deixando cair a proibição de indemnização das servidões fixadas por lei; mas, ao mesmo tempo, não contemplou a indemnização pela perda da potencialidade edificativa – ou, *ao menos*, não lhe

²⁹ CE 76, artigo 35.º: “No caso de expropriação parcial, calcular-se-ão separadamente o valor total do prédio e os valores da parte compreendida e da não compreendida na expropriação. Quando a parte não expropriada ficar depreciada pela divisão do prédio ou da expropriação resultarem outros prejuízos ou encargos, incluindo o custo de novas vedações, especificar-se-ão, também em separado, essa depreciação e esses prejuízos ou encargos, correspondendo a indemnização ao valor da parte expropriada, acrescida destas últimas verbas”.

³⁰ Nos termos do artigo 24.º, n.º 2, do CE 91, considerava-se solo apto para construção “a) O que dispõe de acesso rodoviário e de rede de abastecimento de água, de energia eléctrica e de saneamento, com características adequadas para servir as edificações nele existentes ou a construir; b) O que pertença a núcleo urbano não equipado com todas as infra-estruturas referidas na alínea anterior, mas que se encontre consolidado por as edificações ocuparem dois terços da área apta para o efeito; c) O que esteja destinado, de acordo com plano municipal de ordenamento do território plenamente eficaz, a adquirir as características descritas na alínea a); d) O que, não estando abrangido pelo disposto nas alíneas anteriores, possua, todavia, alvará de loteamento ou licença de construção em vigor no momento da declaração de utilidade pública.” Por seu turno, no artigo 25.º, sobre o cálculo do valor desse solo, mandava-se atender ao “valor da construção nele existente ou, quando for caso disso, do valor provável daquela que nele seja possível efectuar de acordo com as leis e regulamentos em vigor”, atribuindo-lhe o valor “base” de 10% do valor da construção.

³¹ Como se pode ler no preâmbulo do CE 91, o legislador tomou em consideração a anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional mas, reconhecendo que “em princípio, todo o solo, incluindo o integrado em prédios rústicos, é passível de edificação”, não deixou de estabelecer as situações em que um prédio poderia ser tido como “solo apto para construção”. Para além do artigo 24.º, n.º 2, veja-se ainda o disposto no n.º 5 do mesmo artigo.

³² Código das Expropriações de 1999 (CE), aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de setembro.

fez aplicar o regime vertido no CE – apesar de, em sede de expropriação, manter a categoria do “solo apto para construção”.

5. Vistas as normas, começemos pela jurisprudência relativa aos CE de 76 e de 91, que se pauta pela sua quase total uniformidade. No Acórdão n.º 262/93³³, o Tribunal Constitucional foi chamado a apreciar a inconstitucionalidade do artigo 3.º, n.º 2, do CE 76, norma cuja aplicação fora recusada pelo Tribunal da Relação. Em causa estava a determinação da indemnização devida por uma expropriação, tendo sido incluído *nesse valor*, pela 1.ª instância cível, uma parte correspondente à servidão *non edificandi* fixada por lei (mas) constituída sobre a *parcela sobrance* da expropriação³⁴; em recurso, o Tribunal da Relação, para além de invocar o artigo 35.º do CE 76 – que permitia incluir o prejuízo na parcela sobrance que fosse *resultante* da expropriação –, “confrontou com a norma transcrita [o artigo 3.º, n.º 2] a questão da justa indemnização a atribuir aos expropriados pela desvalorização da parcela sobrance, adveniente do facto de sobre a mesma parcela, e em resultado da expropriação, se haver constituído uma servidão non aedificandi”; e assim, foi a norma do artigo 3.º, n.º 2, do CE 76, “na medida em que não consente a indemnização do prejuízo efectivamente resultante do facto de a parcela sobrance do terreno expropriado passar a ficar sujeita a servidão non aedificandi” que constituiu o objeto do julgamento do Tribunal Constitucional.

O Tribunal Constitucional julgou a norma inconstitucional por violação dos artigos 13.º e 62.º, n.º 2, da Constituição. Na sua fundamentação, o Tribunal reconheceu que na servidão *non edificandi* “não se configura uma expropriação em sentido clássico, isto é, uma «expropriação translativa do direito de propriedade do solo do particular para a Administração». Está antes em causa uma expropriação que «sacrifica o jus aedificandi do proprietário do solo por motivos de interesse geral»”. Não configurando uma expropriação em sentido clássico, “sempre terá que justificar-se à luz do princípio do Estado de direito democrático (CRP, artigo 2.º) e da responsabilidade do Estado por actos lesivos dos direitos dos particulares, que ali vai implicada. A servidão non aedificandi, na medida em que traduz uma diminuição efectiva do valor do prédio serviente, constitui uma intromissão onerosa do Estado na esfera jurídico-patrimonial do respectivo titular. E aferir da legitimidade dessa medida é também convocar os princípios da igualdade, da proporcionalidade e da justa indemnização. (CRP, artigos 13.º, n.º 1, e 62.º, n.º 2)”.

A partir daí, o Tribunal debruçou-se sobre o problema de saber o que é a “justa indemnização” na expropriação. Assim, o Tribunal (re)afirmou que “a aptidão de edificabilidade dos terrenos (expropriados) é um valor susceptível de indemnização”, indo buscar apoio à anterior

³³ Veja-se a indicação de jurisprudência feita no Ac. 612/2009. Pelo Assento n.º 16/94 fixou-se, entretanto, jurisprudência no sentido de que “na vigência do Código das Expropriações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 845/76, de 11 de Dezembro, é devida indemnização, em sede de expropriação, pelo prejuízo que efectivamente resulte, na parte sobrance dos prédios expropriados, da servidão *non aedificandi*”.

³⁴ Como sucede quando, por exemplo, a construção de uma estrada implica a expropriação de parte de um prédio; a parte sobrance, que fica a confinar com a estrada, fica sujeita a uma servidão *non edificandi* (e só o fica porque houve expropriação, embora esta resulte da fixação do traçado da estrada).

jurisprudência contrária à exclusão da potencialidade edificativa do valor indemnizatório de certas expropriações, de que é marco o Ac. 341/86 já mencionado (e que, por sua vez, utilizara como argumento a indemnização devida, ou que deveria ser devida, por uma servidão *non edificandi*). Sem tomar posição sobre o *ius edificandi* como faculdade integrante do direito de propriedade ou atribuída pelo plano, o Tribunal, considerando a “*aptidão de edificabilidade*” como valor a atender na indemnização por expropriação, entendeu que “*o problema da diminuição do valor patrimonial da parcela não expropriada, que vai implicado na obrigação de não edificar justifica, do mesmo modo, a aplicação ao caso dos princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade e da justa indemnização (CRP, artigos 13.º e 62.º, n.º 2)*”.

Se assim argumentava o Tribunal, não foi qualquer servidão *non edificandi* que mereceu a exigência de indemnização: o Tribunal apenas julgou inconstitucional a proibição de indemnização da servidão *non edificandi* (decorrente de lei) “*sobre parcela sobrance de terreno expropriado*”, tomando como relevante “*(n)a perspectiva em que essa servidão emerge de um processo (mais amplo) de expropriação*”. Mais do que expressar uma limitação ao princípio do pedido, o Tribunal Constitucional considerou que ser “*parte sobrance da expropriação*” constituía razão para o juízo de inconstitucionalidade. Logo, então, com um voto de vencido, que haveria de acompanhar outros julgamentos de inconstitucionalidade: “*é que não há certamente razão para distinguir entre a situação referida e uma outra, por exemplo, em que um prédio, sem ter sido objecto de qualquer expropriação para a abertura de uma nova via de comunicação, passa, todavia, a ser marginado por esta, e a ficar onerado, conseqüentemente, com uma correspondente servidão non aedificandi, abrangida, do mesmo modo, pelo disposto na norma em apreço*” (Cardoso da Costa). O princípio da igualdade ditaria um tratamento idêntico das servidões *non edificandi*, incidissem ou não sobre a parcela sobrance de prédio expropriado.

6. Na vigência do CE 91, o problema manteve-se exatamente nos mesmos termos – e, com ele, a posição do Tribunal Constitucional, que culminou no Ac. 331/99 com a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma vertida no artigo 8.º, n.º 2, “*na medida em que não permite que haja indemnização pelas servidões fixadas directamente pela lei que incidam sobre parte sobrance do prédio expropriado, no âmbito de expropriação parcial, desde que a mesma parcela já tivesse, anteriormente ao processo expropriativo, capacidade edificativa, por violação do disposto nos artigos 13º, nº 1, e 62º, nº 2, da Constituição*”.

Neste Acórdão, o Tribunal reitera a afirmação que viera fazendo em vários processos de fiscalização concreta: “*apesar de, em si mesma, uma servidão non aedificandi não se confundir com a expropriação, ela suscita pela afectação de uma faculdade essencial do direito de propriedade, um prejuízo do titular do direito de propriedade, que é, pelo menos em princípio, susceptível de indemnização, por força de um princípio geral de indemnização de danos que, no que se refere à afectação do direito de propriedade, radica no artigo 62º da Constituição (como resultante da protecção constitucional de tal direito)*”.

Tomando esta suscetibilidade como “*abstrata*”, o Tribunal justifica a limitação da declaração de inconstitucionalidade (para lá do que já entendia resultar do pedido) à servidão *non*

edificandi sobre parcela sobranche da expropriação: “uma razão específica aponta, no tipo de situações agora consideradas, para, por razões de justiça e de igualdade, tornar concretamente exigível uma indemnização quando a constituição da servidão incidente sobre a parte sobranche do prédio surgir na sequência de expropriação de parte do mesmo prédio. Essa razão consiste em que, nesse caso, à extinção do direito de propriedade decorrente da mesma expropriação acresce uma essencial diminuição das faculdades do direito de propriedade quanto à parte sobranche. Embora a constituição da servidão tenha, obviamente, como causa jurídica, a protecção legal do interesse público, a precedência da expropriação cria um efeito global na função económica da propriedade, que, incidindo a sujeição sobre a parte sobranche, faz decorrer histórica e funcionalmente da expropriação uma redução global das utilidades do bem que é objecto do direito de propriedade. A não indemnização da servidão non edificandi implicaria, por isso, uma compressão desproporcionada do direito de propriedade e uma violação da igualdade na tutela desse direito.”

Novamente, com dois votos de vencido (Mota Pinto e Cardoso da Costa), salientando-se no primeiro: a servidão sobre a parte sobranche “não pode, sem entorse ao princípio da igualdade, ser distinguida, para efeitos indemnizatórios e de controlo de constitucionalidade, daqueloutra em que tal servidão fica constituída independentemente de qualquer expropriação, por o prédio simplesmente ser marginado por uma estrada, sendo servidão idêntica imposta pela mesma disposição legal.[...] Em ambos os casos, a situação, sob todos os pontos de vista possivelmente relevantes para o problema da indemnizabilidade da imposição da servidão resultante da lei, afigura-se-me perfeitamente idêntica: está em discussão a indemnização por uma servidão idêntica, imposta pela mesma lei, numa determinada situação, incida tal servidão ou não sobre parte sobranche de prédio expropriado (pois pela perda do direito de propriedade sobre a parte do prédio expropriada há obviamente indemnização). Mesmo quando a servidão surge, para a parte sobranche, ‘na sequência de processo expropriativo relativo a parte’ do prédio, a expropriação não é a causa da imposição dessa servidão, mas sim o preenchimento da hipótese legal que prevê a constituição da servidão. Não pode a constituição da servidão, portanto, ser considerada como consequência da expropriação (apesar de a ela poder estar ligada), antes surgindo, como não deixou de se reconhecer no Acórdão n.º 329/94, ‘em consequência da realizanda obra exproprianda’” (Mota Pinto)³⁵.

7. Sem prejuízo do acerto destas críticas, importa não perder de vista o contexto em que o Tribunal Constitucional se movia: havendo proximidade ou coincidência temporal entre a expropriação e a constituição da servidão, o que estava em causa nos autos era a inclusão do valor devido pela servidão non edificandi no cômputo da indemnização pela expropriação – inclusão essa que as normas dos CE sobre expropriação parcial, ainda que com uma interpretação generosa (pois, em rigor, nem estava em causa um prejuízo pela divisão do prédio nem um prejuízo resultante da expropriação), poderia permitir. Assim, na forma como o Tribunal veio a perspetivar a questão, estava mais em causa saber se a indemnização por expropriação (parcial) ainda seria justa se não incluísse a desvalorização da parcela sobranche

³⁵ Afastada a distinção, nos termos expostos, o voto de vencido expressava depois dúvidas sobre a indemnizabilidade das servidões non edificandi (em parcela sobranche ou não).

(não expropriada mas onerada com a servidão *non edificandi*) do que saber se uma servidão *non edificandi* poderia, em si, ser indenizada. Mas, com esta perspectiva, o Tribunal não se debruça apenas sobre a questão de saber se a servidão *non edificandi* tem que ser indenizada, antes abraçando a questão de saber se tem que ser indenizada nos termos do CE.

Ora, há várias questões que devem ser autonomizadas: desde logo, saber *se é indenizável* a perda da potencialidade edificativa imposta por uma servidão *non edificandi*; se sim, saber *deve ser indenizada nos termos do CE*, o que implica: i) saber se os solos abrangidos por essa indenização são os elencados no CE como “solo apto para construção” e, sendo-o, ii) saber ainda se a determinação do valor da indenização segue também o regime do CE; por último, iii) saber se, admitida essa indenização, no plano material, deve (ou pode) a indenização por servidão sobre parcela sobrante ser incluída na indenização por expropriação, seguindo-se *o mesmo processo da expropriação*, ou se deve o proprietário propor uma ação de responsabilidade por ato lícito³⁶. Para responder afirmativamente a esta última questão, pode invocar-se que apesar de a expropriação não constituir a “causa jurídica” da servidão, existe uma ligação “histórica e funcional” entre expropriação e servidão – ambas surgem, v.g., na sequência e por causa da fixação do traçado de uma estrada –, que justifica a *cumulação* das duas indenizações – ou, de outro modo, que o valor *da* expropriação atenda à *globalidade* dos prejuízos, incluindo do que *não foi* expropriado – no mesmo processo (e na mesma jurisdição). Mas nada desta argumentação justifica a resposta positiva – aliás, parcialmente positiva – à primeira questão: desde logo, não é por esta ligação que se justifica a aplicação de uma norma sobre expropriações, a do “solo apto para construção”, ao que não foi expropriado (nem, subsequentemente, a norma de determinação do *quantum*); e também não é por essa ligação que se exclui a indenização quando não se trate de parcela sobrante.

Por outras palavras: ser parcela sobrante da expropriação não justifica a não indenizabilidade das outras servidões nem, antes disso, que aquela servidão seja indenizada nos termos do CE. O que justifica a indenização da servidão *non edificandi* é

³⁶ As questões cruzam-se, na medida em que, numa ação proposta ao abrigo do CE em que se pede uma indenização por expropriação, virá facilitado – como mostra a prática jurisprudencial – que seja aplicado o critério de determinação do valor da indenização que aí se encontra vertido; mas não seria impensável que, pedida também a indenização pela servidão, fosse esta admitida mas se remetesse para os critérios gerais da responsabilidade por atos lícitos (aqui, com possíveis problemas de jurisdição), uma vez que os critérios do CE são, em rigor, destinados à expropriação. Já numa ação de responsabilidade civil por ato lícito (a propor nos tribunais administrativos), o Autor terá que demonstrar a especialidade e a anormalidade do dano e sujeitar-se às regras gerais de determinação do *quantum* indemnizatório, podendo, porém, admitir-se que seja invocado, por uma questão de igualdade, o disposto no CE quanto às situações em que a perda de potencialidade edificativa é tutelável e quanto aos critérios de determinação da indenização como forma de demonstração e concretização da obrigação de indemnizar por dano especial e anormal. Consoante as conclusões a que se chegue quanto a estas questões, que são ainda do plano material, podem colocar-se diferentes problemas quanto à questão processual – por exemplo, se *tem* a lei que admitir a cumulação das indenizações (*rectius*, a inclusão da indenização por servidão sobre a parcela sobrante na indenização por expropriação), o que, à falta de divergências materiais, será apenas uma questão de economia e celeridade processuais; ou se *pode* a lei admitir essa inclusão quando se trate de servidão sobre a parte sobrante, quando com isso implicar uma diferença de tratamento, incluindo no plano material, entre proprietários onerados com a mesma servidão.

estar em causa, como reconhece o Tribunal Constitucional, a “*afecção de uma faculdade essencial do direito de propriedade*” e “*a essencial diminuição das faculdades do direito de propriedade*”; mas essa afecção não resulta de se tratar de parcela sobrance³⁷, nem deixa de se verificar quando não se trate de parcela sobrance pois, quer num caso, quer noutro, o proprietário fica igualmente proibido de construir, perdendo a tal “*faculdade essencial*”³⁸.

Haver expropriação sobre outra parte do prédio não altera a natureza ou a intensidade da servidão sobre a parte não expropriada; e em rigor, não permite, por si, que sejam aplicadas as regras da expropriação ao que, sendo sobrance, não foi, por definição, expropriado.

Não se vê, pois, que a circunstância da servidão incidir sobre parte sobrance devesse ser determinante no juízo de inconstitucionalidade. Mas cumpre dar nota que, se o Tribunal Constitucional abraçou essa limitação, outra foi rejeitada: a de que a servidão tivesse que incidir sobre a *totalidade* da parte sobrance para que houvesse indemnização³⁹. Adiante voltaremos a este ponto.

8. Da jurisprudência do Tribunal Constitucional terá tomado nota o legislador do CE 99, conhecendo o artigo 8.º, n.º 2, uma nova redação: “*As servidões, resultantes ou não de expropriações, dão lugar a indemnização quando: a) Inviabilizem a utilização que vinha sendo dada ao bem, considerado globalmente; b) Inviabilizem qualquer utilização do bem, nos casos em que estes não estejam a ser utilizados; ou c) Anulem completamente o seu valor económico*”. O n.º 3, por seu turno, passou a dispor que “*À constituição das servidões e à determinação da indemnização aplica-se o disposto no presente Código com as necessárias adaptações, salvo o disposto em legislação especial*”. No mais, o CE 99 manteve a classificação do solo em “*apto para construção*” e “*solo para outros fins*”, agora no artigo 25.º⁴⁰, e a

³⁷ O que, só por si, não justifica cabalmente a aplicação das normas sobre expropriações. Poderia o Tribunal ter julgado inconstitucional a norma do CE que proibia a indemnização no caso de as servidões serem fixadas por lei por estar em causa a tal “*afecção de uma faculdade essencial do direito de propriedade*” (como, aliás, era pedido); daí não se segue necessariamente a aplicação do CE, podendo admitir-se o recurso à ação administrativa de responsabilidade por ato lícito (o que, não fosse o tratamento conjunto das duas questões pelo Tribunal Constitucional, seria decidido pelo juiz dos autos). Por outras palavras, o Tribunal não se limitou a responder que a servidão *non edificandi* tinha que ser indemnizada, afastando a regra geral de proibição do CE, antes tendo respondido que a servidão sobre parcela sobrance tinha que ser indemnizada e tinha que ser indemnizada nos termos do CE.

³⁸ Ainda quanto ao “efeito global”, e por impressiva que possa ser a situação do proprietário que, de um lado, é expropriado, e de outro, fica inibido de construir (se preciso for, na totalidade do que sobra), o certo é que uma indemnização global não é maior do que a soma das partes: nem o valor devido pela parte expropriada é maior por causa da servidão na parte sobrance, nem o valor devido pela parte sobrance é maior por ter havido expropriação de outra parcela.

³⁹ Foi esse o âmbito do julgamento de inconstitucionalidade do Ac. 193/98, inicialmente incluído na indicação de três julgamentos em fiscalização concreta para abertura da fiscalização abstrata e que depois foi substituído pelo Ac. 41/99, como se relata no Ac. 331/99.

⁴⁰ CE 99, artigo 25.º, n.º 2: “*Considera-se solo apto para a construção: a) O que dispõe de acesso rodoviário e de rede de abastecimento de água, de energia eléctrica e de saneamento, com características adequadas para servir as edificações nele existentes ou a construir; b) O que apenas dispõe de parte das infra-estruturas referidas na alínea anterior, mas se integra em núcleo urbano existente; c) O que está destinado, de acordo com instrumento de gestão territorial, a adquirir as características descritas na alínea a); d) O que, não estando abrangido pelo disposto nas alíneas anteriores, possui, todavia, alvará de loteamento ou licença de construção em vigor no momento da*

inclusão da desvalorização da parte sobrance, por força da divisão do prédio ou de outros prejuízos resultantes da expropriação, no artigo 29.º.

Não obstante a alteração, a indemnização por servidão *non edificandi* não vem coberta pela nova redação do artigo 8.º. É certo que, por um lado, deixou de se proibir a indemnização de servidões estabelecidas diretamente por lei, admitindo-a quer sejam as servidões “resultantes ou não de expropriação”. Mas, por outro lado, a indemnização das servidões veio prevista apenas para três situações, contando-se entre elas, para além da inviabilidade de qualquer utilização e da anulação total do valor económico, tão-só a inviabilidade da *utilização que vinha sendo dada ao bem*; ora, a *potencialidade* edificativa, eliminada pela servidão *non edificandi*, não consubstancia, por definição, uma *utilização* que esteja a ser *efetivamente* dada ao bem. Ou seja, a servidão *non edificandi* estabelecida diretamente pela lei continua a não ser indemnizável – ou a não ser indemnizável nos termos do CE –, não por ser fixada pela lei, mas por ser *non edificandi*, i.e., por contender apenas com a potencialidade edificativa⁴¹.

Chamado a apreciar a conformidade constitucional da norma do artigo 8.º, n.º 2, do CE 99, novamente a propósito de uma servidão *non edificandi* sobre parcela sobrance da expropriação, veio o Tribunal Constitucional a julgá-la inconstitucional no Ac. 612/2009. Como em casos anteriores, a Relação entendeu que a indemnização por expropriação parcial deveria compreender o valor devido pela servidão *non edificandi* na parte sobrance, recusando a aplicação do artigo 8.º, n.º 2, por o ter como inconstitucional “quando não abrange servidões administrativas que atinjam a essencialidade das utilidades dos bens, impondo-lhes encargos excepcionais” (e não deixando de o tomar como “*muito restritivo, porque não abrange todas as situações de danos provocados pela servidão administrativa constituída ou não por expropriação*”). Para a Relação, a indemnização devida pela expropriação deveria incluir a (da) servidão *non edificandi* da parcela sobrance “*nos termos do artigo 29.º n.º 2 do CE/99, por inconstitucionalidade do artigo 8º n.º 2, por violação dos artigos 13.º, 2 e 9 e 62.º n.º 2 todos da CRP*”⁴². Recusada a aplicação da norma nestes termos, o MP interpôs recurso para o Tribunal Constitucional “*visando a apreciação da norma a que se recusou aplicação com fundamento em inconstitucionalidade: o artigo 8.º, n.º 2 do Código das Expropriações, aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro, na interpretação segundo a qual não abrange servidões administrativas que atinjam a essencialidade das utilidades dos bens, impondo-lhes encargos excepcionais*”.

Não foi nestes exatos termos que o Tribunal Constitucional delimitou o objeto do recurso. Afirmando que importava “*reter do caso quatro aspectos*”: i) servidão *non edificandi* sobre parte sobrance da expropriação; ii) parcela anteriormente tida como “solo apto para

declaração de utilidade pública, desde que o processo respectivo se tenha iniciado antes da data da notificação a que se refere o n.º 5 do artigo 10.º.” Deixou ainda de existir norma paralela ao n.º 4 do artigo 24.º do CE 91.

⁴¹ Sendo certo que, pretendendo o legislador afastar a anterior proibição de indemnizar servidões fixadas por lei, bem poderia ter dito que as servidões eram indemnizadas quer sejam “estabelecidas diretamente ou não pela lei”, ao invés de recorrer à expressão “resultantes ou não de expropriação”, quando foi precisamente com base na ideia de a servidão sobre parcela sobrance *resultar* da expropriação que a jurisprudência anterior concluíra pela indemnizabilidade da norma.

⁴² Ac. TRG de 14.01.2018 (Proc. n.º 2319/07-1), disponível em www.dgsi.pt.

construção”, nos termos do CE; iii) *“a sujeição à servidão non edificandi implica [...] a perda total dessa anterior aptidão edificativa”*; iv) inclusão dessa perda de valor no processo de expropriação, ao abrigo do artigo 29.º CE – o Tribunal delimitou o objeto do recuso à norma do artigo 8.º, n.º 2, do CE quando *“interpretado no sentido de que não confere direito a indemnização a constituição de uma servidão non aedificandi que incida sobre a parte sobrança do prédio expropriado, quando a parcela sobre que recai o ónus fosse classificável como terreno para construção anteriormente à declaração da utilidade pública da expropriação e o ónus atinja a totalidade da parcela”*.

Apesar de reconhecer que a norma agora em apreço não tinha correspondência com as antes apreciadas pelo Tribunal Constitucional, entendeu ainda assim o Tribunal que existia *“substancial identidade de questão problemática face à Constituição, entre a situação jurídica que agora nos é presente e as que foram anteriormente examinadas”*; e dada esta identidade, não parece que o Tribunal Constitucional tenha entendido estar em dissonância com a anterior jurisprudência quando julgou a norma inconstitucional, *“interpretada no sentido de que não confere direito a indemnização a constituição de uma servidão non aedificandi de protecção a uma auto-estrada que incida sobre a totalidade da parte sobrança de um prédio expropriado, quando essa parcela fosse classificável como “solo apto para construção” anteriormente à constituição da servidão”*.

Na sua argumentação, o Tribunal retoma a jurisprudência anterior e, sem deixar de assumir que a *“diminuição da utilitas rei surge facticamente associada a um processo expropriativo”*, reitera que essa associação constitui *“uma razão específica”* que cria um *“efeito global”* na função económica da propriedade. Mas adianta outras considerações da sua lavra sobre este *“tipo de servidões”*, que *“comporta uma restrição significativa da sua utilização (a totalidade da aptidão edificativa actual) de efeitos equivalentes a uma expropriação”* e *“implica o sacrifício total e permanente de uma faculdade actual inerente à propriedade da coisa (a aptidão edificativa que a parcela sobrança já detinha como solo classificado como apto para construção [...])”*. Isto sem prejuízo de, antes, já ter reservado essa equivalência para outras situações que não a em apreço, vendo uma *“substancial equivalência de efeitos económicos entre a imposição da servidão e a privação da titularidade (redução do valor da coisa a zero, para o seu titular)”* nas alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 8.º (inviabilização de todas as utilidades ou anulação total do valor económico do bem).

O Acórdão 612/2009 veio acompanhado de voto de vencido do seu Relator (Vítor Gomes), no qual, para além de, mais uma vez, ser evidenciada a falta de justificação da diferenciação entre servidões – ser parcela sobrança não é mais do que *“circunstância acidental”, “que consiste na convergência da expropriação parcial e da imposição do sacrifício sobre o mesmo prédio (e o mesmo sujeito)”* –, foi abordada a questão processual, admitindo-se que, nesse estrito plano, não seja inconstitucional que os onerados na parcela sobrança possam, por razões de economia processual, deduzir conjuntamente os pedidos.

9. Não obstante este Acórdão pretender ser a continuidade da jurisprudência anterior, nem a questão era a mesma, nem o julgamento de inconstitucionalidade foi idêntico, vindo agora limitado à *servidão non edificandi* incidente sobre a *totalidade* da parcela sobrança.

Quanto à questão colocada, importa não esquecer que as normas em causa eram agora diferentes. Se a norma do CE 76 ou a do CE 91 proibia que fossem indemnizadas as servidões fixadas por lei, podendo facilmente ser interpretada como uma proibição geral dessas indemnizações, fosse através do CE, fosse através de outras normas do ordenamento (v.g., o artigo 9.º do DL 48 0521), já as normas vertidas no CE possibilitavam outra interpretação: entre o n.º 2 que deixara de conter uma proibição e o n.º 3 que mandava aplicar as regras do CE, bem se poderia ter concluído que o artigo 8.º limitava-se a excluir a indemnização de outras servidões da aplicação do CE – por outras palavras, não previa, mas também não proibia, deixando em aberto que pudessem ser indemnizadas ao abrigo da norma geral sobre responsabilidade pelo sacrifício (o artigo 9.º do DL 48 051 ou, hoje, o artigo 16.º da LRCE). Claro que, se a pergunta que está em mente é se a indemnização por expropriação será justa se não incluir o valor devido pela servidão *non edificandi* sobre a parcela sobrança (que o Tribunal já tinha tomado como igual a perguntar se a servidão tem que ser indemnizada e se *tem que o ser nos termos do CE*), dificilmente serviria esta interpretação para excluir o problema; mas, como vimos, essa não era – nem nos CE 76 e 91, e muito menos agora – a melhor forma de analisar o problema, antes se devendo distinguir duas questões: se a servidão *non edificandi* deve ser indemnizada e se, sendo-o, teria que ser incluída na indemnização por expropriação⁴³.

Mas, mais importante, o Ac. 612/2009 inaugura um novo caminho na questão da indemnizabilidade das servidões *non edificandi*: indemnizáveis são apenas aquelas que incidem sobre a parcela sobrança e que o façam sobre a *totalidade* dessa parcela. E só são essas as indemnizáveis porque o Tribunal, se bem o compreendemos, adota um conceito mais restrito de expropriação de sacrifício, ou mesmo de sacrifício, que restringe às “*intervenções de efeitos equivalentes*”. Estas, por seu turno, vêm restringidas a duas das três situações previstas no artigo 8.º, n.º 2 – eliminação de todas as utilidades ou anulação total do valor – e *ainda*, admitindo que estamos no mesmo “nível de equivalência”, à servidão *non edificandi*, desde que incida sobre a totalidade da parcela sobrança. Por outras palavras: só quando um proprietário perde a totalidade da potencialidade edificativa – o que acontece tanto quando é expropriado, como quando parte do prédio é expropriada e toda o restante fica onerada com a servidão – é que existe uma intervenção de “efeitos equivalentes à expropriação”⁴⁴ e só então

⁴³ O voto de vencido no Ac. 612/2009 dá conta desta distinção, embora não nos pareça que dela tire todas as consequências. Se distinguidos os planos, não está em causa saber se a diferenciação de regimes (entre a parcela sobrança, seguindo o CE, e a não sobrança, ao abrigo da LRCE) é inconstitucional; simplesmente, não há essa diferença – não se aplicando o CE, todas iriam seguir o regime geral – e o que se teria de perguntar era se a ausência de distinção processual seria inconstitucional.

⁴⁴ Como vimos supra, a “intervenção de efeitos equivalentes à expropriação” (“*enteignungsgleicher Eingriffs*”) foi construída pelo BGH para indemnizar os sacrifícios *illicitos* mas não *culposos*. Não havendo, claro está, obrigatoriedade de usar a expressão com o mesmo sentido, a questão é saber se a expropriação de sacrifício, ou mesmo o sacrifício (se mais amplo do que aquela), apenas o é, ou apenas é indemnizável, quando a sua intensidade seja idêntica à da expropriação (clássica), tirando a parte da perda da titularidade do direito – só quando se transforme num *nudum ius*, em suma.

é que deve haver indemnização (ou, ao menos, indemnização ao abrigo do CE). É uma ideia que veremos nos Acórdãos subsequentes e à qual voltaremos.

10. A jurisprudência constitucional sobre a indemnização de servidões *non edificandi* até agora analisada incidiu sempre sobre servidões na parcela sobrança da expropriação; mais, fez dessa “razão específica” argumento para o juízo de inconstitucionalidade. O dia chegaria em que o Tribunal Constitucional seria confrontado com uma servidão *non edificandi* sobre prédio não expropriado. Foi o que sucedeu no Acórdão 525/2011.

O recurso chegou ao Tribunal Constitucional na sequência da decisão do Tribunal Judicial que recusara a aplicação da norma do artigo 8.º, n.º 2, do CE 99, na interpretação “*que «condiciona a atribuição de uma indemnização apenas às utilidades actuais que estavam dadas à parcela onerada e não tendo em conta as suas potencialidades edificativas à data da declaração de utilidade pública», por violação dos princípios da justa indemnização e da igualdade (artigos 62.º, n.º 2, e 13.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, adiante CRP)*”; recusada a aplicação da norma com este sentido, o tribunal dos autos, ao que parece, aplicou depois o artigo 8.º, n.º 2, interpretada agora no sentido de que confere indemnização por servidões *non edificandi*, como fundamento para atribuir a indemnização.

Desta feita, o Tribunal Constitucional *não julgou inconstitucional a norma*; fê-lo, porém, *sem deixar de afirmar que a servidão non edificandi deve dar direito a indemnização*, mesmo que não incida sobre parcela sobrança.

Quanto ao se da indemnizabilidade da servidão *non edificandi*, parece inequívoco, para o Tribunal Constitucional, que “*uma servidão non aedificandi do tipo da que está em apreciação, resultando directamente de um acto substancialmente legislativo que não “esvazia do seu conteúdo o direito de propriedade”, não deixa de constituir uma limitação singular e individualizada do uso do solo, que obriga o respectivo proprietário a uma contribuição acrescida para a satisfação daquele interesse público concreto e, nessa medida, o coloca em situação desigual relativamente aos demais proprietários. Ou seja, a proibição de construir constitui um encargo que, incidindo especialmente sobre o proprietário do prédio onerado, se traduz no sacrifício de um factor de valorização do solo (a aptidão edificativa) que, cumpre relembrar, é atendível para o cálculo da indemnização, nos casos em que o solo é expropriado. Em consequência, é de dar por verificada a situação em que é constitucionalmente devida uma reparação da perda patrimonial sofrida pelo particular atingido pela servidão non aedificandi. Estamos perante uma restrição do direito de propriedade carecida de indemnização.*”

Não tendo dúvidas quando à indemnizabilidade da servidão não incidente sobre parcela sobrança da expropriação, nem por isso o Tribunal conclui pela inconstitucionalidade do artigo 8.º, n.º 2, do CE. Na senda do Ac. 612/2009, o Tribunal considera que o artigo 8.º, n.º 2, apenas abrange as *servidões de efeitos análogos à expropriação*: “*Qualquer das três situações identificadas no n.º 2 do artigo 8.º do Código das Expropriações, como as únicas que dão lugar a indemnização, está muito próxima de configurar um esvaziamento do núcleo essencial do direito de propriedade, na medida em que estão em causa servidões que, ou anulam o valor*

económico do bem, ou inviabilizam a sua utilidade global". Quanto a estas três – ou serão só duas? – situações, *"justifica-se inteiramente a equiparação de regimes indemnizatórios, com aplicação das regras constantes do Código das Expropriações (ainda que com as necessárias adaptações), dada a similitude de efeitos danosos produzidos. Na verdade, embora não seja privado da titularidade, o sujeito afectado pela servidão vê o seu direito de propriedade praticamente despojado da sua substância económica"*. E acrescenta depois o Tribunal que *"não é forçoso o alargamento do conceito de expropriação – "indesejável" para Gomes Canotilho (Anotação, RLJ 128.º, 52) –, com aplicação do regime garantístico que lhe cabe, para assegurar uma compensação devida à luz do princípio da igual repartição dos encargos públicos. O reconhecimento de que certas formas de restrição do direito de propriedade representam um sacrifício indemnizável relativiza, consagrando um tertium genus, "a tradicional dicotomia (...) entre vinculação social sem indemnização e expropriação geradora de indemnização" (Gomes Canotilho, ob. cit., 51)"*.

Sendo uma intervenção pela qual é devida indemnização mas *"não estando em causa danos análogos aos da expropriação"*, o fundamento da indemnização radica no princípio da igualdade perante os encargos públicos – *"o princípio-base, que está na raiz de todas as imposições constitucionais de ressarcimento de prejuízos sofridos pelos particulares por força de uma actividade no interesse público"* – e não no artigo 62.º, n.º 2. Daí que estas servidões não estejam, *nem tivessem que estar*, compreendidas no artigo 8.º, n.º 2, do CE: *"se o princípio da repartição igualitária dos encargos públicos impõe uma compensação patrimonial reequilibradora do sacrifício grave e especial sofrido pelo titular do prédio sobre que incide a servidão, já não pode sustentar-se que desse princípio decorra necessariamente a aplicação, a todas as servidões non aedificandi, do critério indemnizatório consagrado para as situações de expropriação (como elemento constitutivo da garantia específica do direito de propriedade outorgada no artigo 62.º, n.º 2, da CRP)"*.

Excluindo a servidão *non aedificandi* não incidente sobre parcela sobrança do âmbito do artigo 8.º, n.º 2, surge o ponto central: *"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 pela constituição de uma servidão non aedificandi de protecção a uma estrada, quando não está verificada nenhuma das previsões do n.º 2 do artigo 8.º desse diploma. A ser essa a solução, ela deveria ter-se por inconstitucional, por violação do princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos. Mas não é essa a consequência a retirar da aplicação (pela negativa) da norma impugnada, tal como legislativamente enunciada. [...] De facto, essa aplicação apenas afasta um certo regime de indemnização, um certo modo de protecção do direito de propriedade, não implicando forçosamente a irressarcibilidade de todos e quaisquer danos de carácter patrimonial sofridos por um particular para satisfação de um interesse público, que não resultem de expropriação ou de acto equiparável. Há que ver se outras normas legais, igualmente votadas a traçar um regime de indemnização por sacrifícios dignos de compensação, são ou não aplicáveis à situação sub judicio. [...] Essa visão sistémica é indispensável, quando o que está em causa é saber se o princípio da igualdade na repartição de encargos públicos é suficientemente acautelado pelo direito ordinário, ao reger as consequências indemnizatórias das vinculações restritivas impostas ao direito de propriedade. E nada autoriza a pensar que os regimes*

especiais (o constante do artigo 8.º, n.º 2, do Código das Expropriações, e os demais regimes fixados para situações particulares previstas noutros diplomas) esgotam as hipóteses de possibilidade de indemnização dos sacrifícios patrimoniais decorrentes de servidões. Essas previsões específicas não impedem o recurso a dispositivos mais genéricos de tutela, desde que estejam reunidos os pressupostos por estes fixados e nos encontremos fora do campo aplicativo daquelas previsões.

Esse regime é, claro, o vertido no artigo 16.º da LRCE, que o Tribunal reconhece como uma cláusula geral de responsabilidade pelo sacrifício: *“Contrariando uma interpretação severamente restritiva já proposta (cfr. Marcelo Rebelo de Sousa/ André Salgado de Matos, Responsabilidade..., cit., 59, que limitam o campo de aplicação do artigo 16.º à “responsabilidade civil pelo sacrifício de bens pessoais”), não parece existir objecção 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)”*.

Acrescenta ainda o Tribunal Constitucional que *a demonstração do carácter especial e anormal dos prejuízos*, que o artigo 16.º exige, *“no caso das proibições de edificar, se apresenta muito facilitada, pois quase se pode dizer que, na generalidade dos casos, esse carácter está in re ipsa. Ainda que não sejam estruturalmente idênticas as posições do proprietário expropriado e do proprietário de prédio sujeito a servidão non aedificandi (pela razão evidente de que este não perde a titularidade do direito), a relevância da capacidade edificativa, no caso de indemnização por expropriação, vem evidenciar – se dúvidas houvesse – que a supressão do ius aedificandi constitui uma perda de valor atendível”*, não se afigurando *“desrazoável exigir ao interessado a demonstração do carácter especial e anormal dos prejuízos”*; *“Do mesmo modo, o regime de cálculo da indemnização, em razão do “grau de afectação do conteúdo do direito ou interesse violado ou afectado”, também se afigura absolutamente ajustado às restrições do direito de propriedade não expropriativas, atento o carácter multiforme, em natureza e intensidade, dessas restrições”*.

11. Sendo esta a resposta dada pelo Tribunal, certo é que a questão colocada não era essa pois foi identificado como objeto do recurso *“a norma do artigo 8.º, n.º 2, do Código das Expropriações (aprovado pela Lei n.º 168/1999, de 18 de Setembro), na medida em que restringe a atribuição de uma indemnização às utilidades actuais 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”*⁴⁵. O

⁴⁵ O Tribunal Judicial recusara a aplicação da norma do artigo 8.º, n.º 2, na interpretação “que «condiciona a atribuição de uma indemnização apenas às utilidades actuais que estavam dadas à parcela onerada e não tendo em conta as suas potencialidades edificativas à data da declaração de utilidade pública»; o MP interpôs recurso da norma “quando interpretada no sentido de excluir o direito de indemnização para a servidão resultante directamente da lei e à margem de qualquer processo expropriativo”. A decisão final limita-se a “Julgar não inconstitucional a norma do artigo 8.º, n.º 2, do Código das Expropriações (aprovado pela Lei n.º 168/1999, de 18 de Setembro)”

Tribunal não deixa de afirmar que, *“a ser essa a solução, ela deveria ter-se por inconstitucional”* – i.e., se fosse de interpretar a norma como *proibindo* a indemnização, seria inconstitucional; simplesmente, o que o Tribunal entendeu foi que não se devia interpretar a norma com esse sentido, visto o ordenamento contar com o artigo 16.º da LRCE. Isso mesmo foi evidenciado no voto de vencido (Cura Mariano)⁴⁶.

De todo o modo, este Acórdão é importante por refutar o entendimento que, reconduzindo todos os sacrifícios à expropriação, daí retirava a exigência de contemporaneidade da indemnização. Não parece, porém, que neste aspeto o Acórdão se distancie dos Acórdãos anteriores, i.e., que na inclusão das servidões *non edificandi* sobre parcela sobrance no artigo 8.º, n.º 2 – melhor dizendo, no juízo de inconstitucionalidade do artigo 8.º, n.º 2, por não as incluir – estivesse subjacente a tese da necessária contemporaneidade da indemnização⁴⁷. Primeiro, porque em parte alguma da jurisprudência anterior se assume essa posição, ou se coloca sequer a questão da contemporaneidade – o contexto e as razões são outras, como vimos; depois, porque se fosse esse o caso, tivesse o Tribunal entendido que a lei que sacrifica também tem que indemnizar, temos dúvidas que o artigo 8.º, n.º 2, satisfizesse essas exigências: não sendo uma lei específica de indemnização para uma determinada servidão – como sucede noutros casos – o artigo 8.º, n.º 2, mais não é do que uma previsão genérica (de âmbito mais limitado do que a cláusula geral da LRCE mas, ainda assim, genérica) para todas as servidões que se deixem subsumir na sua previsão. Onde o Acórdão se afasta da jurisprudência anterior é na interpretação do artigo 8.º, n.º 2, ao entender que *não está em causa uma proibição* mas, apenas, *uma não previsão da indemnização nos termos do CE*. Mas essa interpretação vale igualmente para as servidões sobre a parcela sobrance e, se adotada, teria reduzido o problema de inconstitucionalidade do artigo 8.º, n.º 2, a saber se a indemnização das servidões sobre parcela sobrance teria que ser incluída na indemnização por expropriação

⁴⁶ Voto onde pode ler-se: *“a norma cuja aplicação foi recusada é a que consta do disposto no artigo 8.º, n.º 2, do Código das Expropriações, na interpretação que o mesmo restringe a atribuição de uma indemnização às utilidades actuais dadas a uma parcela onerada com uma servidão non aedificandi de protecção a uma auto-estrada, impedindo a indemnização da perda da potencialidade edificativa adveniente à classificação do solo, anterior à constituição da servidão, como solo apto para construção. Sendo esta a norma cuja aplicação foi recusada, por inconstitucionalidade, o presente Acórdão ao pronunciar-se pela não inconstitucionalidade, com fundamento em que a indemnização pela perda da potencialidade edificativa pode ser atribuída por aplicação do disposto no artigo 16.º, do RRCEE, procede a uma interpretação da norma que dele é objecto diversa da que foi adoptada pela decisão recorrida”*. Mais se evidenciou nesse voto que *“ao determinar-se que aquele tribunal reforme a decisão recorrida de acordo com o juízo de não inconstitucionalidade que teve como único fundamento a aplicabilidade do artigo 16.º, do RRCEE, está a impor-se a referida interpretação, nos termos previstos pelo artigo 80.º, n.º 3, da LTC”, fazendo perigar «o princípio da independência interpretativo-decisória do tribunal da causa»*”.

⁴⁷ Essa leitura foi feita no Acórdão 480/2014, aí se podendo ler que *“se o juízo de inconstitucionalidade ocorreu numa série de decisões (acórdãos n.ºs 262/93, 594/93, 329/94, 405/94, 72/95, 112/95, 142/95, 154/95, 230/95, 588/95, 665/95, 147/96), noutra (acórdãos n.ºs 329/99, 544/01 e 347/03), o juízo foi o da não inconstitucionalidade, por se entender que a imposição de limites ao direito de edificar em solo de que se é proprietário não consubstanciava uma lesão da propriedade que, à luz do princípio da igualdade perante os encargos públicos, impusesse, como condição da sua licitude, a previsão legal da indemnização”* e, ainda, que *“na primeira série de decisões, em que o juízo de inconstitucionalidade incidiu sobre a norma legal que excluía a indemnização, o Tribunal entendeu que a aplicação aos casos do disposto no n.º 2 do artigo 62.º da CRP impunha a concessão contemporânea da justa indemnização”*.

– entenda-se, se devem seguir os critérios do CE –, o que é questão diferente (e subsequente) a saber se devem ser indenizadas, como aliás se salientou no voto de vencido ao Ac. 612/2009.

Quanto ao se da indenização, o Ac. 525/11 retoma a construção do Ac. 612/2009: o artigo 8.º, n.º 2, só abrange, e só tem que abranger, as servidões de efeitos equivalentes à expropriação, incluindo-se nestas as duas (três?) situações aí previstas e, ainda, a servidão *non edificandi* sobre parcela sobrança (ou sobre a totalidade da parcela sobrança). Porém, a adoção deste conceito restrito de expropriação de sacrifício não implica que todos os outros sacrifícios possam ser impostos sem indenização, podendo sempre esta ser obtida quando esteja em causa um dano especial e anormal, desta feita com fundamento no princípio da igualdade dos encargos públicos (e não no artigo 62.º, n.º 2, da CRP) e por aplicação do artigo 16.º da LRCE (não do artigo 8.º, n.º 2, do CE), havendo aqui que demonstrar a especialidade e anormalidade do dano – mas demonstração que o Tribunal não antecipa como problemática, considerando que, na perda da potencialidade edificativa, está “*in re ipsa*”.

Ainda que se admita que também estas servidões sejam indenizadas, não deixa de se colocar uma questão de igualdade quanto à identificação do que sejam solos aptos para construção e, sobretudo, quanto aos critérios de determinação do valor da indenização devida, sobre os quais tomou o legislador opções no CE. De todo o modo, adiante-se, equivocou-se o Tribunal ao considerar não problemática a recondução da servidão ao dano especial e anormal, como se verá de seguida.

12. Da análise da jurisprudência constitucional resulta o progressivo reconhecimento de que a perda da potencialidade edificativa não deve deixar de ter correspondente numa indenização: primeiro, ainda a propósito de prédio expropriado (Ac. 341/86, a que se seguiram outros), no que depois foi seguida pelo legislador do CE 91; depois, a propósito de servidões *non edificandi*, fosse apenas sobre a parcela sobrança da expropriação (Ac. 261/93 e Ac. 331/99, entre outros) ou apenas sobre a totalidade da parcela sobrança (Ac. 612/2009), fosse ainda sobre servidão não conexa com expropriação, remetendo-se a indenização, nesta hipótese, para o regime geral da responsabilidade por dano especial e anormal (Ac. 525/2011). Este caminho sofre agora um desvio com o Ac. 608/2017: perante uma servidão *non edificandi* não incidente sobre parcela sobrança de uma expropriação, o Tribunal considera que esta não deve ser indenizada, não por achar que ao dano falte a especialidade ou a anormalidade, mas por entender que a perda da potencialidade edificativa *não constitui sequer um dano*⁴⁸.

Ponto determinante na argumentação do Tribunal foi a consideração de que a potencialidade edificativa se traduz numa mera expectativa: “*o que a constituição de uma servidão non*

⁴⁸ Nos autos estava em causa uma servidão *non edificandi* sobre uma faixa de terreno que, invocaram os Recorrentes, causava um prejuízo por impedir a ampliação da fábrica existente. Foi logo no TAF que surgiu a argumentação da inexistência de dano – “*a outra [coisa] é crescer na dimensão dessa atividade, não sendo um hipotético crescimento um dano, porque é precisamente isso, uma hipótese*”, ao que acrescia que continuava a haver possibilidade de ampliar a fábrica para o outro lado, não onerado com uma servidão *non edificandi*.

aedificandi determina, para o proprietário de um terreno que está nas condições previstas no n.º 2 do artigo 25.º do CE, é a perda de uma expectativa – a de poder vir a construir no referido terreno, possibilidade futura cuja concretização dependerá necessariamente da aprovação de um plano municipal de ordenamento do território que o permita (ou da manutenção de um eventual plano já aprovado – cfr. alínea c) do n.º 2 do mesmo normativo legal) e da emissão da competente licença administrativa, se e quando for formulado o respetivo pedido". Curiosamente, este Acórdão, ao contrário do que costuma ser a abordagem do Tribunal Constitucional, toma expressa posição sobre a natureza do *ius aedificandi*, aceitando a sua inclusão no direito de propriedade constitucionalmente consagrado: dos dados constitucionais "é possível extrair, com suficiente grau de segurança interpretativa, a conclusão de que essa faculdade jurídica existe na esfera jurídica do proprietário, ainda que o artigo 62.º, n.º 2, não se lhe refira expressamente, e é reconhecida pela Constituição, pelo menos enquanto reportada à esfera de autonomia dos particulares face ao Estado, só assim se compreendendo a obrigação constitucional que recai sobre este de a regular de modo a que não sacrifique o interesse público". Mas, como é seguro dizer-se que o proprietário de um terreno não pode nele livremente construir – "À luz do regime legal aplicável em matéria urbanística, parece, pois, poder concluir-se que «a consolidação do direito de construir é, na verdade, um processo evolutivo, ao longo do qual o particular vai gradualmente adquirindo as suas faculdades urbanísticas, que vão sendo progressivamente incorporadas na sua esfera jurídica patrimonial» (Cláudio Monteiro, «A garantia constitucional do direito de propriedade e o sacrifício de faculdades urbanísticas [...]» – está em causa, apenas, uma expectativa.

13. Estando em causa uma expectativa – de um proveito hipotético, portanto –, entende o Tribunal que o dano também é hipotético: a servidão *non edificandi* apenas traz "meros prejuízos possíveis ou eventuais, cuja verificação efetiva depende de um conjunto de circunstâncias diversas, de direito e de facto, que podem ou não vir a verificar-se no futuro". E como "A obrigação de indemnizar pressupõe, em qualquer das modalidades de responsabilidade civil (responsabilidade por facto ilícito, responsabilidade pelo risco, responsabilidade por facto lícito ou pelo sacrifício), um dano real, efetivo ou concreto; mesmo os danos futuros só são indemnizáveis se forem previsíveis (artigo 562.º, n.º 2, do Código Civil), o que pressupõe um grau de consistência e probabilidade que não é equiparável à mera possibilidade ou eventualidade de se vir a sofrer, no futuro, um prejuízo", conclui o Tribunal que não se verifica sequer um dano.

Não ficou o Tribunal impressionado com a argumentação expendida nos autos sobre a existência de danos ("Se a recorrente quiser, no livre exercício dos seus poderes enquanto proprietária, vender o prédio, no futuro, o valor do mesmo é afectado pela servidão *non edificandi* [...] – aliás, usa-a para demonstrar o seu ponto: "Todas as hipóteses enunciadas são, sem exceção, precisamente isso, meras hipóteses: a concretização do dano dependerá, em relação a todas elas, da efetiva inviabilização, por efeito da constituição da servidão, dos referidos negócios jurídicos, o que não constituiu sequer matéria de facto alegadas nas instâncias nem está minimamente projetado na dimensão normativa ora em apreciação; e depende, pelo menos, da vigência, no momento previsto para a sua celebração, que é incerto, de um plano de ordenamento do território que permita ao proprietário construir nesse

terreno. E a verdade é que nem esse dado assume suficiente grau de previsibilidade, atenta a mutabilidade inerente ao quadro regulamentar aplicável (artigo 95.º, n.º 1, do RJIGT), modelado, em cada momento, por uma complexa e dinâmica avaliação legal e administrativa de interesses públicos de diversa natureza”.

Isto dito, o Tribunal admitiu ainda assim “a demonstração de que a perda da aptidão edificativa provocou, na esfera jurídica do proprietário, prejuízos concretos – inviabilizou uma construção licenciada ou em vias de o ser, não permitiu a celebração de um concreto negócio jurídico que tinha em consideração essa aptidão, etc.”; mas sem essa demonstração dos prejuízos concretos, i.e. “sem a existência de um sacrifício concreto (dano real)”, não há dano, não há responsabilidade.

14. Recusando a indemnizabilidade da potencialidade edificativa – aliás, da potencialidade edificativa, tal como concretizada no artigo 25.º, n.º 2, do CE – por se tratar de mera expectativa e, como tal, não comportar um dano, não pode deixar de se indagar da *compatibilização do Ac. 608/2017 com a jurisprudência anterior*, desde logo quanto às *servidões sobre a parcela sobrance* (que seja na totalidade da parcela sobrance) mas também quanto ao que seja a justa indemnização *na própria expropriação*, que foi onde o Tribunal começou, precisamente, por reconhecer a relevância indemnizatória da potencialidade edificativa.

Porém, o Acórdão, se assume a divergência frontal quanto à conclusão do Ac. 525/11, tem-se na continuidade da jurisprudência anterior. Para tanto, retoma o Ac. 331/99 – “à extinção do direito de propriedade decorrente da mesma expropriação acresce uma essencial diminuição das faculdades do direito de propriedade quanto à parte sobrance (...). [A] precedência da expropriação cria um efeito global na função económica da propriedade, que, incidindo a sujeição sobre a parte sobrance, faz decorrer histórica e funcionalmente da expropriação uma redução global das utilidades do bem que é objeto do direito de propriedade” – e, essencialmente, o Ac. 612/2009: “o que se considerou constitucionalmente intolerável, à luz dos enunciados parâmetros constitucionais, foi o efeito global intensamente lesivo, para a esfera jurídica do particular, decorrente da circunstância de a servidão non aedificandi incidir sobre a parte sobrance – no caso, a totalidade da parte sobrance – de um prédio de que o mesmo particular havia sido previamente expropriado. É que, sublinha-se nesse aresto, o proprietário expropriado e simultaneamente onerado pela servidão sofre, em tal hipótese, em relação à totalidade do imóvel – à utilidade económico-social globalmente proporcionada pelo imóvel –, os «efeitos equivalentes a uma expropriação», o que o coloca numa situação qualitativamente mais gravosa, não apenas em relação à generalidade dos proprietários de terrenos com aptidão edificativa, mas também, sobretudo, em relação àqueles que são objeto de expropriação total, caso em que a aptidão edificativa atual funciona como um fator legal a considerar na determinação do quantum indemnizatório devido pelo prejuízo decorrente da expropriação”. A isto junta o Tribunal a argumentação expendida no Ac. 525/11 – “a hipótese normativa em causa não é, contudo, equiparável a uma expropriação, na perspetiva relevante da perda da utilidade económica do bem afetado, sendo certo que o proprietário de um terreno marginado por uma estrada, apesar da constituição da servidão, pode continuar a usar

e usufruir do essencial das utilidades económicas que o terreno lhe proporcionava – até porque, como o Tribunal Constitucional afirmou por diversas vezes, “*o jus aedificandi não se inclui no núcleo essencial*” do direito de propriedade.

O Acórdão complementa a argumentação com texto da sua lavra, justificando a diferença existente a expropriação e a servidão em que não vê sequer um dano: “*Existe entre a expropriação e a servidão non aedificandi uma diferença essencial que justifica que no primeiro caso se atribua ao expropriado uma indemnização determinada em função da aptidão edificativa do prédio expropriado, e no segundo não: é que na expropriação o terreno sai da esfera jurídica do expropriado, contrariamente ao que sucede com o proprietário de um terreno onerado com uma servidão, que se mantém na titularidade do mesmo. Como sublinha o Supremo Tribunal Administrativo, no seu Acórdão de 5 de Novembro de 2013 (Processo n.º 466/13), a propósito das condições legais de que depende a indemnização devida pela revisão de instrumentos de gestão territorial (artigo 143.º, n.º 3, do RJIGT), «justifica-se que [o Código das Expropriações] atenda àquela potencialidade [edificativa] – por definição, voltada para o futuro – porque o imóvel objeto da expropriação desaparece, de vez, da esfera jurídica do expropriado; pelo que a indemnização dessa perda forçada haverá de considerar as utilidades que o bem subtraído poderia trazer – o que, aliás, se consegue por uma aproximação do valor de mercado. Já no caso dos autos, a situação é bem diferente, posto que a autora permanece como proprietária do terreno». É no pressuposto da perda do direito – da sua titularidade ou da sua substância – que todo o regime indemnizatório previsto no Código das Expropriações está concebido. A justa indemnização visa precisamente «ressarcir o prejuízo que para o expropriado advém da expropriação», prejuízo concreto maior que reside no próprio facto do desaparecimento da coisa da esfera jurídica do expropriado. Compreende-se, pois, que a compensação por esse sacrifício corresponda ao «valor real e corrente do bem de 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 condições de facto existentes naquela data» (artigo 23.º, n.º 1, do CE); e que, para esse cálculo, se atenda à aptidão edificativa do prédio, nos termos previstos no artigo 26.º do mesmo código, mesmo representando essa aptidão uma possibilidade abstrata de edificação. Mas mantendo-se o terreno na esfera jurídica do seu proprietário, como sucede com as servidões non aedificandi, já não é exigível que a mera perda dessa possibilidade abstrata – perda que, no quadro atualmente vigente, não é sequer definitiva (artigo 32.º, n.º 5, da Lei n.º 34/2015) – implique, só por si, idêntico dever de indemnizar”. Assim, “*havendo razões constitucionalmente fundadas para a distinção, baseadas na diferença de fundo, imediatamente intuível, existente entre uma servidão e uma expropriação, não se pode considerar que houve violação do princípio da igualdade, mesma na vertente da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos.*”*

Não passou este Acórdão sem dois votos de vencido: num, evidenciando-se que, sendo o *ius aedificandi* incluído no direito de propriedade, a servidão não pode deixar de ser vista como restrição de um direito fundamental, sendo inconstitucional uma norma que, em abstrato, proíba a indemnização – mas isto sem prejuízo de se admitir que o procedimento previsto no CE possa não ser o adequado para atribuir a indemnização (Mata-Mouros); noutro, recusando-se que do reconhecimento da gradualidade da aquisição de faculdades urbanísticas resulte uma situação de tudo ou nada, “*ao ponto de toda a realidade pré-existente ser reconduzida a*

um vazio jurídico”, e ainda que, como quer se entenda quanto ao *ius edificandi*, a perda da potencialidade edificativa não pode ficar excluída da tutela indemnizatória, salientando-se vir colocada em causa a anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional (Costa Andrade).

15. Tentando sintetizar a argumentação do Tribunal: i) a perda da potencialidade edificativa, tal como concretizada no artigo 25.º do CE, imposta por uma servidão desconexa de uma expropriação não consubstancia (sequer) um dano, por se tratar de uma expectativa; ii) assim não será, porém, se essa perda da expectativa for definitiva, como sucede na expropriação; iii) assim também não será se essa perda resultar de servidão *non edificandi* sobre a totalidade da parcela sobrance da expropriação – nestas duas situações, e em continuidade da anterior jurisprudência, a perda da potencialidade edificativa, tal como concretizada no artigo 25.º do CE, já merece tutela indemnizatória.

Quanto ao primeiro ponto, o Tribunal entende que a perda da potencialidade edificativa não é indemnizável por se tratar de mera expectativa, relativa a um proveito futuro e hipotético, traduzindo-se então a perda da potencialidade edificativa também num dano futuro e hipotético – e, logo, não num dano; isto, a não ser que se o conseguisse demonstrar (v.g., ia vender a propriedade e, com a servidão, o negócio não se concretizou, ou concretizou-se por preço inferior). Desde logo, comece-se por dizer que o Tribunal parece confundir dois planos: um, o de saber se uma determinada posição jurídica é protegida pelo ordenamento, em termos de a sua afetação poder configurar um dano; outra a de saber como pode ser determinado o dano e a correspondente quantificação da obrigação de indemnizar, posto que tenha perdido uma posição jurídica protegida⁴⁹. Tratando-se de uma expectativa de edificação, importa saber, antes de mais, se essa expectativa é juridicamente tutelada⁵⁰. Concluindo-se em sentido afirmativo, não é a dificuldade na determinação do dano que impede a atribuição de uma indemnização⁵¹. No limite, se não fosse possível determinar o *quantum* indemnizatório, recorrer-se-ia à equidade – recurso esse necessário uma vez que, previamente, se determine que a lesão daquela posição jurídica merece tutela indemnizatória. Mas são várias as formas de determinar o valor indemnizatório e há, quanto à potencialidade edificativa, o estabelecimento de critérios legais, que elegem o valor de mercado – “um valor de mercado

⁴⁹ Trata-se, pois, de duas questões distintas – uma, a de saber se o interesse em causa é tutelado; outra, a de avaliar os prejuízos patrimoniais resultantes da lesão de um interesse. No primeiro, está em causa, na responsabilidade subjetiva, uma questão de ilicitude – J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, 1989, págs. 175 e seguintes; A. MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Coimbra, 2009, págs. 31 e seguintes; J. GOMES, *Sobre o dano da perda de chance*, DJ 2005 (19/2), 9, nr. 4.

⁵⁰ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português*, I/I, 2.ª ed., 2000, pág. 181.

⁵¹ Pense-se na indemnização que é reconhecida, em diversos planos, pela perda de chance, sempre se podendo dizer que, se o proveito futuro é hipotético, é certo que agora tem essa chance (e certo que a perdeu). Talvez por isso o Ac. 341/86 até já se referisse a duas situações – “(a) *muito próxima ou* (a) *efetiva* potencialidade edificativa”, compreendendo que uma *potencialidade* pode ser *efetiva*. No Direito Administrativo, em especial sobre contratação pública, veja-se R. CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance*, Coimbra, 2011, passim; P. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, «A tutela ressarcitória no direito dos contratos públicos: interesse contratual positivo ou negativo e perda de chance», in P. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Estudos sobre contratos públicos*, Lisboa, 2019, págs. 171 e seguintes.

normativo”, como se diz no Ac. 408/08⁵² –, não se exigindo ao expropriado (nem quanto à parcela sobrance onerada com uma servidão indemnizável) que faça a prova da existência de um concreto negócio jurídico em que se atribuía um valor a essa potencialidade. Ou bem que a perda da potencialidade edificativa merece tutela indemnizatória, ou bem que não; mas não a deixa de ter se houver dificuldades (que não as há) na determinação do seu valor (e também não a adquire quando se encontra uma forma dessa demonstração, v.g. através de um qualquer contrato que estivesse para ser celebrado naquele momento, como admite o Tribunal Constitucional). O cerne da questão situa-se, pois, a montante, e é o de saber se a potencialidade edificativa deve ser indemnizada.

16. Em todo o caso, ainda que fosse de aceitar a ideia da não indemnizabilidade da perda da potencialidade edificativa por constituir esta uma mera expectativa, não se vê como pode esse entendimento ser conciliado com a sua indemnizabilidade na expropriação. Na argumentação do Tribunal, a diferença “imediatamente intuível” entre expropriação e servidão reconduz-se, se bem vemos a coisa, a esta ideia: na expropriação, o proprietário perde a titularidade e, claro está, nunca poderá vir a construir; na servidão, porque mantém a titularidade, pode ainda vir a construir, assim se extinga a servidão.

Desde logo, não se acompanha esta “transformação” do que é tido como mera expectativa, sem valor indemnizatório, pelo facto de a sua perda se tornar definitiva: a extinção da expectativa – se se quiser, a certeza negativa do resultado esperado – não altera a natureza do que antes tinha, que não passa de uma mera expectativa para uma certeza de construção; e se a expectativa que tinha valia zero, nada havendo a perder, é irrelevante que a (suposta) perda seja provisória ou definitiva.

Quanto aos apoios que o Tribunal Constitucional invoca, vejamo-los com mais atenção. O Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 5 de novembro de 2013 não versa sobre servidões administrativas, antes incidindo sobre instrumentos de gestão territorial e, a título principal, sobre a aplicação do (então) artigo 143.º do RJIGT, num caso em que o POOC afastou a possibilidade de construção contemplada no PDM (menos de cinco anos antes)⁵³. Tendo invocado a Autora que, a não ser concedida uma indemnização (como não foi), ficava por indemnizar uma expropriação pelo sacrifício, acabou o Tribunal por se debruçar sobre o artigo 62.º, n.º 2, da CRP. Em primeira linha, o Tribunal concluiu que, não havendo o direito a construir, também não haveria que convocar a “*expropriação, afinal imaginária*” que teria sacrificado esse direito (que não existia). Contudo, reconhecendo que, à luz do artigo 25.º do CE, a questão não seria assim tão simples, o Tribunal justificou a distinção entre a expropriação e a situação em causa, nos termos transcritos no Acórdão do Tribunal Constitucional; mas acrescentou ainda “[...] a autora permanece como proprietária do terreno. É certo que ele perdeu entretanto a aptidão edificativa que já tivera. Mas nada absolutamente garante que as circunstâncias objectivas causais da classificação da zona como «de risco» não mudem; pelo

⁵² R. MEDEIROS, *sub artigo 62.º*, cit., págs. 1274 e seguintes; ALVES CORREIA, *O plano...*, págs. cit., 545 e seguintes (551).

⁵³ O terreno era urbanizável à luz do PDM mas sobreveio (menos de cinco anos depois) a classificação pelo POOC como “Faixa de Risco”, nele ficando proibida a construção.

que é impossível assegurar que o terreno da autora não retomará a aptidão construtiva de que hoje carece. Assim, e ao invés do que sucede nas expropriações por utilidade pública, não é seguro que a perda de que a autora se queixa seja definitiva. E esta diferença entre as duas situações em cotejo explica por que motivo, numa, se deve atender à potencialidade edificativa e, na outra, não”. Ou seja, e já depois de ter mencionado “o primado da flexibilidade dos planos”, o Supremo Tribunal Administrativo toma a proibição de construção decorrente de um plano como não definitiva – flexível, mesmo. Mas a mesma ideia de flexibilidade não tem lugar nas servidões *non edificandi*.

Neste contexto, a importância da passagem em que refere que a perda da potencialidade edificativa é uma “perda que, no quadro atualmente vigente, não é sequer definitiva (artigo 32.º, n.º 5, da Lei n.º 34/2015)”. Mas não se compreende esta referência ao artigo 32.º, n.º 5, da Lei n.º 34/2015. É certo que aí se determina que as servidões em causa estão sujeitas a um prazo de cinco anos, podendo ser renovadas, por uma única vez, por igual período; mas essas servidões são as que se constituem logo com a publicação do estudo prévio da estrada, compreendendo uma faixa de 200 m para cada lado do eixo da estrada. Porque ainda se está na fase do estudo prévio, compreende-se que essas servidões fiquem sujeitas a prazo de caducidade; caducidade essa que não se encontra prevista para as servidões que se constituem com a publicação do ato declarativo de utilidade pública dos prédios e da respetiva planta parcelar. Em todo o caso, a servidão “provisória” – e que, contada desde o eixo da estrada, tanto abrange o que vai ser expropriado como o que fica sujeita a servidão *non edificandi* –, quando renovada para lá dos cinco anos, confere direito a indemnização, como expressamente se refere no artigo 32.º, n.º 5, que o Tribunal Constitucional invoca. Ou seja, mesmo uma servidão *non edificandi* provisória, quando exceda os 5 anos de duração, e embora se admita que não dure mais do que 5 anos (se não der lugar a expropriação ou a uma servidão definitiva), confere, ainda assim, direito a justa indemnização. Ou, se se quiser, a servidão *non edificandi*, mesmo quando provisória, só não é indemnizável nos primeiros cinco anos. Dir-se-á que a invocação do artigo 32.º, n.º 5, da Lei n.º 34/2015 constitui um bom argumento, no plano do direito ordinário, para a indemnizabilidade da servidão *non edificandi* definitiva, não o contrário.

Não sendo as servidões regidas por um princípio de flexibilidade nem vocacionadas para a provisoriedade, admita-se ainda assim, para acompanhar o Tribunal, a hipótese de a servidão vir a ser extinta. Desde logo, não deixa de se notar que o Tribunal desconsidera a potencialidade edificativa, por ser mera expectativa, em prol da possibilidade de se ultrapassar a proibição da servidão – que, além de mais improvável do que provável, não deixa ela própria de ser uma mera expectativa; desconsidera-se, pois, a expectativa existente por ainda poder haver a expectativa de se voltar a ter a expectativa anterior (e que nada vale)⁵⁴. De qualquer forma, acompanhando o raciocínio do Tribunal, admita-se que a servidão deixa de valer: tal como na reversão da expropriação – que, vendo bem, não é assim tão definitiva –, não haveria

⁵⁴ A extinção da servidão também não daria mais do que a chance de voltar a construir. Ou bem que a potencialidade edificativa não releva porque é apenas uma chance, ou bem que não passa a relevar porque há uma chance (ou uma chance de chance) de voltar a ter potencialidade edificativa. Se não releva que tenha a chance de construir, e não releva que a perca, porque releva que a possa voltar a ter?

de ficar o proprietário com a posição jurídica, já não afetada, e a indemnização que recebeu por essa afetação (nem, ainda que assim fosse, deixaria de se lhe dar uma indemnização por não se a poder reaver, se porventura fosse caso disso – i.e., não se deixaria de conceder uma indemnização por uma servidão não provisória, perante a hipótese (mais improvável do que provável) de um dia poder essa servidão ser extinta e não haver forma, se não a houvesse, de reaver a indemnização).

Por último, ainda que procedesse a propugnada distinção entre expropriação e servidão, o que sempre ficaria por explicar era a indemnização da servidão sobre parcela sobrança – aliás, o entendimento de que tem mesmo “efeitos equivalentes” à expropriação: também aí o proprietário não deixa de o ser e também aí – pelas mesmas razões, com a mesma (im)probabilidade – pode o proprietário ver extinta a servidão e voltar a ter a hipótese de construir. Afinal, “a parcela sobrança da expropriação” é, precisamente, uma parcela que *não* foi expropriada.

17. Para superar este obstáculo, o Tribunal convoca um elemento que pode estar presente na servidão sobre parcela sobrança: incidir sobre a *totalidade* do que sobra da expropriação. Mas tampouco parece conciliar-se a desconsideração da perda de potencialidade edificativa na servidão desconexa da expropriação, de que se diz não comportar sequer um dano, com a relevância indemnizatória que lhe é dada quando está em causa a mesma servidão sobre a totalidade da parcela sobrança – relevância que vai ao ponto, aliás, de o Tribunal lhe reconhecer “efeitos equivalentes à expropriação”.

Desta feita, a ideia não é (nem poderia ser) a de haver uma perda definitiva da potencialidade edificativa mas, antes, a de se poder ainda construir, passe a expressão, “mais ao lado” no mesmo prédio. Tal como o proprietário que vê o prédio ser expropriado na totalidade, também o proprietário que vê uma parcela expropriada e a outra, na sua totalidade, onerada com uma servidão *non edificandi*, deixa de poder construir em qualquer parte do prédio; em ambos os casos, há indemnização pela perda de potencialidade edificativa. Assim não sucederá, segundo o Tribunal Constitucional, se o prédio for apenas afetado por uma servidão, não havendo no restante expropriação (não havendo, portanto, perda *total* de potencialidade edificativa), hipótese em que o Tribunal nega a indemnização (como também negará, calculamos, se, mesmo havendo expropriação, a servidão *non edificandi* não incidir sobre a totalidade da parcela sobrança e ainda houver onde se possa esperar construir).

Desde logo, a jurisprudência anterior, tirando o Ac. 612/2009, não teve como base argumentativa a totalidade da afetação mas antes o facto de ser parcela sobrança – e assim foi não por acaso, tendo sido assumida a não limitação à afetação da totalidade da parcela sobrança no Acórdão que, em fiscalização abstrata, declarou a inconstitucionalidade do artigo 8.º, n.º 2, do CE 91⁵⁵. Aliás, exigir a totalidade da afetação não é um mero acrescento ao

⁵⁵ Não foi esse, conscientemente, o sentido da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre as normas do CE 76 e do CE 91. Com efeito, no Ac. 331/99, o processo de fiscalização abstrata foi desencadeado pelo Ministério Público em face dos processos anteriores em que o Tribunal, em fiscalização concreta, julgara a norma inconstitucional, invocando-se, primeiramente, os Acs. 193/98,

critério da conexão com a expropriação: se o que releva é a perda total da potencialidade edificativa, então não releva se se trata ou não de parcela sobrance pois pode uma servidão *non edificandi*, desconexa de uma expropriação, incidir sobre a totalidade do prédio. Se vemos bem as coisas, o prisma da distinção entre servidões, se houver de as continuar a distinguir, teria de sofrer uma alteração, passando a ser apenas o de a servidão incidir sobre a totalidade da potencialidade edificativa, quer fosse ou não, afinal, parte sobrance da expropriação.

De todo o modo, tal como antes, temos dúvidas sobre a “transformação” da perda da potencialidade edificativa: se é mera expectativa, sem valor indemnizatório, não se vê por que lhe há ser reconhecida outra natureza quando a perda for total. Somar zero a zero dará sempre zero. Ou, por outras palavras, a totalidade ou parcialidade da perda é uma questão de quantidade, não da qualidade do que se perde. Aliás, também aqui não deixa de se notar o extremo da diferenciação: a perda parcial não tem valor indemnizatório, a perda total da potencialidade edificativa não só é indemnizável como chega a ser tida como uma intervenção de “efeitos equivalentes à expropriação”, ao lado das situações previstas no artigo 8.º, n.º 2, do CE 99 – aliás, de duas das três situações aí previstas. Com efeito, o artigo 8.º, n.º 2, recordando, abrange as servidões que eliminem todas as faculdades ou anulem todo o valor

614/98 e 740/98. Uma diferença, porém, existia entre estes Acórdãos, como se dá conta no Ac. 331/99: “No primeiro aresto, o Tribunal Constitucional apreciou a conformidade à Constituição do artigo 8º, nº 2, do Código das Expropriações de 1991, enquanto não permite que haja indemnização pelas servidões fixadas directamente na lei, desde que essa servidão resulte para a totalidade da parte sobrance de um prédio na sequência de um processo expropriativo incidente sobre parte de tal prédio, quando este, anteriormente àquele processo, tivesse já aptidão edificante. Nos Acórdãos nºs 614/98 e 740/98, o Tribunal considerou inconstitucional a norma em questão enquanto não permite que haja indemnização pelas servidões legais, desde que essa servidão afecte a parte sobrance de um prédio na sequência de um processo expropriativo incidente sobre parte de tal prédio.” Detetada a diferença, veio o MP retificar o pedido, requerendo “que o processo seguisse tendo como fundamento o decidido nos Acórdãos nºs 614/98, 740/98 e 41/99 (e já não o Acórdão nº 193/98), em virtude de no último aresto citado (Acórdão nº 41/99) o Tribunal Constitucional, à semelhança do que aconteceu nos Acórdãos nºs 614/98 e 740/98, não ter feito constar da decisão a referência à totalidade da parte sobrance do prédio parcialmente expropriado. Deste modo, o Ministério Público pretendeu que o alcance da declaração de inconstitucionalidade tivesse uma dimensão diversa, mais ampliada do que aquela que resultaria da referência à “totalidade da parte sobrance”. Assim, a dimensão normativa do artigo 8.º, n.º 2, que o Tribunal Constitucional apreciou, foi a “que se refere à servidão, na sequência de expropriação parcial, constituída para parte sobrance do prédio expropriado” e a declaração de inconstitucionalidade, correspondentemente, incidiu sobre a norma do artigo 8.º, n.º 2, “na medida em que não permite que haja indemnização pelas servidões fixadas directamente pela lei que incidam sobre parte sobrance do prédio expropriado, no âmbito de expropriação parcial, desde que a mesma parcela já tivesse, anteriormente ao processo expropriativo, capacidade edificativa” – “sobre parte sobrance” e não, portanto, sobre a totalidade da parte sobrance. É no Ac. 612/2009 que se retoma o prisma da totalidade, sem que viesse sequer o pedido assim formulado; curiosamente, havendo acesso a mais informação sobre os autos na origem do Acórdão, ao contrário de outros, parece que não estava sequer em causa uma servidão *non edificandi* sobre a totalidade da parte sobrance. Consultando o Ac. TRG de 14.01.2018 (Proc. n.º 2319/07-1), são várias as referências à totalidade da perda da potencialidade edificativa; mas fica a dúvida se o Tribunal não queria salientar que a servidão em causa impedia em absoluto a construção (outras há, como as servidões militares, que não proíbem, antes sujeitam a construção a uma licença das autoridades militares; veja-se o Ac. 480/2014, considerando que não deve haver indemnização). Olhando para a factualidade subjacente, temos que o prédio tinha a área total de 3650 m², tendo a expropriação incidido sobre 3.261 m²; quanto à parcela sobrance: “área destinada a construção segundo o PDM, tal destino fica afectado pela imposição da servidão *non edificandi* numa área de 60 m²”.

económico; abrange, ainda, a perda da utilidade atual. Compreende-se que as duas primeiras sejam equivalentes à expropriação, no sentido de transformarem o direito no *nudum ius*; e compreende-se que a terceira situação não seja tão facilmente equiparada, pois perdida apenas uma utilidade, ainda que atual, não ficam excluídas todas as utilidades. Ora, quando se coloca a perda de apenas uma utilidade, e em potência, ao lado das situações de *nudum ius*, o que se está a fazer é dar uma importância tal à potencialidade edificativa, em detrimento de outra, que a sua perda equivale essencialmente a perder todas as utilidades ou à anulação do seu valor económico. A perda da potencialidade edificativa tanto é tão grave que, pese embora não elimine todas as utilidades, é como se o fizesse, como é tão irrelevante que nem sequer comporta um dano (quanto mais um especial e anormal), tudo na dependência de a perda (da potencialidade edificativa, não de outras utilidades) ser total ou parcial.

No mais, limitar a indemnização por intervenções públicas a situações de perda total não parece ser o melhor princípio, para não dizer que se teme o caminho que com isso se possa encetar. Uma expropriação parcial não deixa, obviamente, de ser indemnizada tal como, em geral, o dano parcial não deixa de ser dano; dá é lugar a uma indemnização menor. Aliás, se a expropriação for parcial, mas não houver servidão *non edificandi* sobre a parcela sobrance, deveria o proprietário, seguindo a linha argumentativa do Tribunal, ainda ser indemnizado pela perda da potencialidade edificativa na parte expropriada, uma vez que não perde a totalidade da potencialidade edificativa do prédio? Eleger, como critério de indemnizabilidade da perda da potencialidade edificativa, a sua definitividade (i.e., a perda da titularidade), como o Tribunal vê na expropriação, coloca um problema em relação à indemnizabilidade de servidões *non edificandi*; admitir esta quando se trate de perda total coloca (pelo menos) um problema em relação à expropriação parcial.

18. Com tudo isto temos evidenciado que esta nova posição do Tribunal Constitucional não se limita a pôr em causa, como assumidamente o faz, o Ac. 525/11 mas, também, toda a jurisprudência que, desde 1986, reconhece a relevância indemnizatória da perda da potencialidade edificativa. Não que a jurisprudência do Tribunal Constitucional tenha que ficar cristalizada; mas, se se envereda por este caminho, parece bem que, em coerência, se teria de concluir pela inconstitucionalidade do artigo 25.º do CE – como, aliás, já foi questionado por alguma doutrina⁵⁶.

Importa, pois, saber se a perda da potencialidade edificativa deve, *à luz da Constituição*, merecer tutela indemnizatória (e se sim, em que condições). Aqui chegados, e voltando ao tema que nos foi proposto, uma primeira nota: esta questão não tem resposta na adoção de diferentes conceitos de expropriação e/ou na recondução da indemnização a diferentes fundamentos. A recusa de um conceito material de expropriação, que abarque todos os sacrifícios, não tem por que implicar a não indemnizabilidade das servidões *non edificandi*: não só esta conceção admite a figura da “determinação do conteúdo com dever de indemnizar” como, aliás, parece que a adoção do critério, mais restrito, de expropriação em sentido *formal* – que, se bem o compreendemos, abrange a “*privação, total ou parcial, do direito*” ou “a

⁵⁶ C. MONTEIRO, cit., pág. 17.

privação de uma concreta posição jurídica” – permite incluir ainda as servidões, ou ao menos as que tenham especial intensidade, no âmbito da expropriação⁵⁷. O contrário também é verdadeiro: pode adotar-se um conceito material de expropriação e depois afirmar que, em concreto, a perda da potencialidade edificativa, por ser mera expectativa, não comporta afinal um sacrifício⁵⁸. A recondução a uma das categorias em que se reconheça ou não a indenização surge como mero *juízo conclusivo* da posição que se assuma, nestes casos, sobre a relevância da potencialidade edificativa – ou, mais amplamente, sobre o *ius edificandi*. Dito de outra forma, mais importante do que ampliar ou restringir o conceito de expropriação é compreender a dimensão do direito de propriedade na sua jusfundamentalidade.

19. Neste ponto, o Ac. 608/2017 consegue, simultaneamente, assumir a integração do *ius edificandi* no direito de propriedade consagrado na Constituição e negar a tutela indenizatória à perda da potencialidade edificativa (nas servidões desconexas da expropriação). Essa tutela é negada por entender o Tribunal que a potencialidade edificativa não constitui mais do que mera expectativa: o estado do Direito é o de conceber o direito a construir como o resultado de uma aquisição gradual de faculdades urbanísticas, cuja consolidação só ocorre quando se obtenha uma licença de construção ou ato análogo. Em seu apoio, pode invocar-se a doutrina que apresenta “*a certeza de que o proprietário não tem um direito de natureza patrimonial antes do plano*”, e isto ainda que o terreno já tenha sido infraestruturado ou esteja situado dentro de um aglomerado urbano⁵⁹, defendendo que a “*vocação urbana*” só existe quando atribuída pelo plano e, mesmo assim, sendo apenas suscetível de uma tutela indenizatória limitada à confiança depositada nos anos iniciais da sua vigência⁶⁰. Pode ainda invocar-se disposições várias do ordenamento jurídico: o artigo 15.º da Lei de Bases, que se refere precisamente à “*aquisição gradual das faculdades urbanísticas*”, ou o n.º 2 do artigo 171.º do RJIGT, que reserva a indenização para os “*direitos preexistentes e juridicamente consolidados*” em licença, ou ainda, por último mas não menos importante, o n.º 4 do mesmo artigo, que apenas admite a indenização por alteração (*lato sensu*) do plano que ocorra nos primeiros três anos da sua vigência. E se a potencialidade edificativa “conferida” pelo plano só é indenizável nestes termos restritos, como justificar a sua relevância em caso de expropriação, quando apenas decorra desse mesmo plano?

20. Pois bem: desde logo, saber se a perda da potencialidade edificativa deve ou não ser indenizada – em concreto, saber se uma norma que a exclua deve ser considerada inconstitucional – é um problema que deve ser discutido ao nível da Constituição. Nesta perspectiva, é irrelevante saber o que dispõem outras normas do direito ordinário. Poderia até a norma do artigo 25.º ser um “corpo estranho” no panorama do ordenamento infraconstitucional; nem por isso se teria que concluir pela sua inconstitucionalidade e não pela de outras.

⁵⁷ Veja-se M. NOGUEIRA DE BRITO, cit., págs. 1007-8, nr. 376, com expressa referência ao artigo 8.º, n.º 2, do CE.

⁵⁸ C. MONTEIRO, cit., pág. 9.

⁵⁹ C. MONTEIRO, cit., pág. 10.

⁶⁰ C. MONTEIRO, cit., págs. 12 e seguintes.

Dito isto, e sem conceder, esclareça-se que o artigo 25.º do CE não constitui, de qualquer forma, esse “corpo estranho”. O artigo 25.º reconhece potencialidade edificativa ali onde o solo tem determinadas qualidades adquiridas (infraestruturação ou integração em núcleo urbano existente) ou está previsto em plano que venha a obter a infraestruturação⁶¹ – ou seja, reconhece potencialidade edificativa *antes do plano* ou *só com o plano*. Nisto, não é a única norma que reconhece que “algo” existe antes do plano. Ainda antes do funcionamento dos mecanismos de indemnização do referido artigo 171.º, têm lugar os mecanismos de perequação – mecanismos estes que se “destinam[-se], preferencialmente, a compensar as desigualdades introduzidas pelo plano na vertente de *oportunidades urbanísticas*”, ao passo que “a indemnização [do artigo 171.º RJIGT] incide, por regra, sobre situações jurídicas consolidadas” (itálicos nossos)⁶². E tal como se reconhece as limitações decorrentes da “vinculação situacional” do solo, também do mesmo passo se reconhecerá uma (natural) “aptidão edificativa”⁶³ ou “vocaçãõ do solo para o processo de urbanizaçãõ”⁶⁴, anterior ao plano e não por este atribuída. Ou seja, a situação dos solos antes do plano, no que diz respeito à sua aptidão edificativa, não é a da sua total irrelevância: a expectativa de construir, assim as características do solo o permitam, existe antes do plano e são as próprias normas sobre planeamento que, impondo a perequação das desigualdades, o reconhecem. E quanto à limitação das indemnizações por alteração dos planos – norma que, por sinal, já se viu ser questionada na sua conformidade constitucional⁶⁵ – sempre se dirá que uma razão existe para distinguir entre a intervenção consubstanciada em expropriação (ou servidão) e aquela que se traduz na alteração dos planos: precisamente porque num caso a afetação opera por servidão ou expropriação, que são vocacionadas para a definitividade, e, no outro, pelo plano, que se reconhece ser regido pelos “*princípios da flexibilidade e da adaptabilidade*” e, por isso, ainda deixa em aberto que se possa voltar a adquirir a potencialidade edificativa (*rectius*, aquele grau de potencialidade edificativa)^{66/67}. Aliás, mercê desta flexibilidade, até se pode

⁶¹ Ou ainda que tenha alvará de loteamento ou licença de construção mas, neste contexto de comparação com outras normas de direito ordinário, essa já não é uma hipótese problemática.

⁶² F. PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial comentado*, Coimbra, 2017, pág. 480. ALVES CORREIA, *O plano...*, cit., págs. 459 e seguintes.

⁶³ F. PAULA OLIVEIRA, cit., pág. 177. A perequação, que visa corrigir desigualdades criadas pelo plano, não deixa de ter em conta a vinculação situacional dos solos.

⁶⁴ Cfr. artigo 171.º, n.º 5 (excluindo a indemnização por revisão dos planos quando na “falta de vocação do solo para o processo de urbanização”, mantendo atender às “características físicas e naturais do solo” ou à “existência de riscos para as pessoas e bens”). No sentido de que estas duas situações são a concretização da “falta de vocação” – e que, se não for pelas características físicas ou pela existência de riscos, “é difícil afirmar que um determinado solo não tem vocação para o processo de urbanização: teoricamente sempre o terá” – F. PAULA OLIVEIRA, cit., 485.

⁶⁵ Crítico quando à restrição da indemnização a situações de direitos consolidados por atos, em desconsideração dos planos, R. MEDEIROS, *sub artigo 62.º*, 1270.

⁶⁶ De outro lado, o Tribunal tem distinguido entre as servidões, em que a afetação visa realizar um interesse público determinado (ou a proteção de um bem público concreto), sendo resultado de uma opção administrativa, e as restrições de utilidade pública, prosseguem interesses públicos gerais e abstractos e se têm como expressões da “vinculação situacional” do bem (veja-se, por exemplo, o Ac. 329/99). O que não significa necessariamente que o solo integrado na REN ou na RAN, quando expropriado, não possa vir a ser tido como “solo apto para construção” ou até consideradas as expectativas de edificação à margem dessa classificação. Cfr. notas seguintes.

⁶⁷ Outra questão é saber a partir de que grau de concretização dessa expectativa é que deverá ser conferida tutela indemnizatória. No Ac. 194/97, o Tribunal Constitucional debruçou-se sobre o artigo

reconhecer a tutela de expectativas edificatórias *contra* o disposto no plano, e *para lá do artigo 25.º do CE*, como já o fez o Tribunal Constitucional a propósito de terrenos integrados na RAN/REN⁶⁸.

24.º, n.º 2 (CE 91), tendo afirmado que a tutela da potencialidade edificativa apenas existe quando esta seja *“uma realidade, e não também quando seja uma simples possibilidade abstracta sem qualquer concretização nos planos municipais de ordenamento, num alvará de loteamento ou numa licença de construção”*, com isso parecendo exigir mais do que o vertido no artigo 24.º. Mas não é essa a leitura a extrair. O Tribunal apreciou o referido artigo na perspectiva de este poder ser demasiado restritivo – i.e., não por reconhecer a potencialidade edificativa, mas por só a reconhecer naquelas situações aí previstas. Isto, perante a argumentação dos Recorrentes que pretendiam ver a potencialidade edificativa em qualquer terreno onde, no fundo, a construção fosse fisicamente possível. Não entendeu o Tribunal que o artigo 24.º do CE fizesse uma concretização inconstitucional do que fosse a *“muito próxima ou efetiva potencialidade edificativa”*, concretização sempre necessária pois, *“em teoria, seria, de facto, possível construir em todos os solos”*, ainda que incluídos na RAN ou na REN ou sem observar os planos municipais. Por isso, com ALVES CORREIA, entendeu o Tribunal que *“O legislador, ao definir solo apto para construção, não adoptou «um critério abstracto de aptidão edificatória já que, abstracta ou teoricamente, todo o solo, incluído o integrado em prédios rústicos, é passível de edificação –, mas antes um critério concreto de potencialidade edificativa»”*. Dito isto, o Tribunal conclui: *“Ora, só quando os terrenos expropriados «envolvam uma muito próxima ou efectiva potencialidade edificativa» (cf. o citado Acórdão nº 131/88) é que se impõe constitucionalmente que, na determinação do valor do terreno expropriado, se considere o ius aedificandi entre os factores de valorização. Tal, porém, só acontece, quando essa potencialidade edificativa seja uma realidade, e não também quando seja uma simples possibilidade abstracta sem qualquer concretização nos planos municipais de ordenamento, num alvará de loteamento ou numa licença de construção.”* Não se pense, porém, que para o Tribunal Constitucional só existe potencialidade edificativa quando haja previsão em planos, alvará de loteamento ou licença de construção – até porque não é isso que decorre do artigo 24.º, n.º 2, que o Tribunal não julgou inconstitucional. É que, para o Tribunal, as diversas alíneas do artigo 24.º, n.º 2, reportam-se ao que *já existe* – dotação com infra-estruturas (alínea a) e inserção em núcleo urbano (alínea b) – e ao que *pode vir a existir* se tal estiver previsto em plano (alínea c) ou em *“alvará de loteamento ou licença de construção”* (alínea d). Como tal, e porque a perspectiva é a de justificar o limiar a partir do qual o solo é apto para construção, o Tribunal considera que *“só pode dizer-se que os bens expropriados envolvem «uma muito próxima ou efectiva potencialidade edificativa», quando, no mínimo, estejam destinados a ser dotados de infraestruturas urbanísticas, «de acordo com plano municipal de ordenamento do território plenamente eficaz» [alínea c) do nº 2 do artigo 24º] ou, pelo menos, quando possuam «alvará de loteamento ou licença de construção em vigor no momento da declaração de utilidade pública» [alínea d) do nº 2 do artigo 24º] – “no mínimo” ou “pelo menos”, em relação às outras situações, dotação de infraestruturas ou inserção em núcleo urbano, que o Tribunal toma como um nível superior de potencialidade edificativa. Esclarecido este ponto sobre o Ac. 194/97, saliente-se que o Tribunal Constitucional já tem reconhecido a potencialidade edificativa a outros solos que não apenas os “aptos para construção” no sentido do artigo 24.º (CE 91) ou 25.º (CE 99).*

⁶⁸ No Ac. 267/97, o Tribunal Constitucional julgou inconstitucional a norma do artigo 24.º, n.º 5 (CE 91) com o sentido de excluir os terrenos da RAN (expropriados para construção de uma edificação) da classificação de *“solo apto para construção”*. No Ac. 408/08, o Tribunal Constitucional reconheceu a tutela de expectativas de edificação de solos situados na RAN, desta feita por aplicação do artigo 27.º, n.º 3 – apesar de não poder ser qualificado como solo apto para construção, o Tribunal, realçando *“uma realidade por vezes esquecida, que se consubstancia na noção de que os PDM’s, as RAN’s, as REN’s e todos os instrumentos de gestão dos solos, são susceptíveis de serem alterados, e são-no muitas vezes, mesmo durante os seus períodos de vigência”*, entendeu ser de considerar, no valor do imóvel expropriado, as expectativas resultantes do forte desenvolvimento urbanístico da zona onde se localizavam as parcelas expropriadas. Como aí se referiu, e se acompanha, *“a possibilidade de construção, é um elemento de forte valorização fundiária. Na verdade, na formação dos preços numa economia de mercado, as expectativas relativas a acontecimentos futuros são determinantes do comportamento dos agentes económicos, pelo que constituem um elemento imprescindível na determinação do valor dos bens, o que, aliás, é especialmente relevante na formação dos preços da propriedade imobiliária, relativamente às possíveis alterações do estatuto fundiário, através da*

Voltando ao plano devido, o constitucional, coloca-se a questão da inclusão do *ius edificandi* no âmbito do direito de propriedade consagrado na Constituição. Neste ponto, o Tribunal Constitucional tem procurado oferecer uma solução para o problema das servidões *non edificandi* que não fique comprometida com a tese que se adote quanto à natureza do *ius edificandi*⁶⁹. Não deixando de compreender o propósito, parece que o correto enquadramento do problema não pode deixar de reconhecer que o *ius edificandi* tem assento constitucional; reconhecê-lo, porém, está longe de implicar a rejeição das normas de direito ordinário que impedem o proprietário de construir livremente: à luz da Constituição, o proprietário tem *prima facie* o direito de construir; esse direito, como todos os outros, é suscetível de ser restringido (na verdade, o ponto é que todas as intervenções têm que ser vistas como restrições, recusando-se uma ideia de “limitação” não sujeita às normas constitucionais sobre restrições)⁷⁰. Assim, não se questiona a sujeição a instrumentos de gestão territorial nem a

projecção de futuras possibilidades de construção em solo em que actualmente é relativamente proibida essa utilização. Não estamos aqui perante uma valorização de um qualquer fenómeno especulativo, resultante de um aumento artificial dos preços que não corresponde ao valor corrente de mercado, em situação de normalidade, mas sim perante a consideração de reais expectativas que não podem deixar de influir na determinação daquele valor corrente, pelas potencialidades que conferem ao imóvel”. Veja-se ainda o Ac. 469/07, apresentando uma síntese da jurisprudência do Tribunal Constitucional quanto ao reconhecimento de potencialidade edificativa. Para vários exemplos de terrenos não classificáveis como “solo apto para construção”, ainda no CE 91, mas aos quais se poderia reconhecer potencialidades edificativas, O. GOMES, *Expropriações por utilidade pública*, Lisboa, 1997, 205-6. Veja-se ainda os Acs. 234/207 e 239/207 e 469/07, em torno do artigo 26.º, n.º 12.

⁶⁹ Assim, por exemplo, pode ler-se no Ac. 262/93, já antes analisado, que “*para a questão não releva a opção por uma ou outra das diferentes doutrinas que vêem no jus aedificandi ou «uma componente essencial do direito de propriedade do solo» ou «uma faculdade atribuída pelo plano urbanístico» (cfr. Alves Correia, ob. cit., pp. 348-383). É que, como afirma Gomes Canotilho, «o círculo dos interesses protegidos indemnizatoriamente relevantes não pode circunscrever-se a hipótese de direitos subjectivos, antes há que alargá-lo a outras situações subjectivas, menos perfeitas e menos juridicamente protegidas que os verdadeiros direitos subjectivos, mas, de qualquer modo, com consistência jurídica suficiente para, no caso de compressão grave, poderem justificar, a favor do seu titular, uma protecção ressarcitória». (O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos, Coimbra, 1974, pp. 296-297)*”. Veja-se também, por exemplo, o Ac. 525/11: “*A constituição dessa servidão implicou a perda da aptidão para construção, a supressão de uma faculdade incluída no direito de propriedade (ou a ele acrescida, pela classificação administrativa, para quem entenda que essa faculdade não lhe é inerente)*”. O Tribunal Constitucional tem também reiteradamente afirmado que “*o ius aedificandi não se inclui no núcleo essencial do direito de propriedade privada, que é tutelado pela Constituição*” (apesar de também se reconhecer tratar-se de uma “*faculdade essencial*”); mas, como quer que seja, não fazer parte do núcleo essencial não quer dizer que não faça parte do direito, como depois acaba por transparecer quando se afirma que a servidão *non edificandi*, se “*não “esvazia do seu conteúdo o direito de propriedade”, “não deixa de constituir uma limitação singular e individualizada do uso do solo”, concluindo estar-se “perante uma restrição do direito de propriedade carecida de indemnização” (ainda no Ac. 525/11). Já o Ac. 608/2017, como demos conta, toma posição pela inclusão do ius edificandi no direito de propriedade consagrado na Constituição (sem prejuízo de depois evidenciar as diversas limitações e restrições a que está sujeito pelo direito ordinário, o que também não vem hoje questionado).*

⁷⁰ J. REIS NOVAIS, «*Ainda sobre o ius aedificandi (...mas agora como problema de direitos fundamentais)*», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. II, Coimbra, 2006, págs. 493 e seguintes (em esp. 505 e 517 e seguintes, salientando que nem todas as restrições dão lugar a indemnização). Ainda GOMES CANOTILHO, cit., págs. 299-300; FREITAS DO AMARAL, “*Apreciação da dissertação de doutoramento do Licenciado Fernando Alves Correia*”, RFDUL XXXII, 1991, págs. 99 e

atos de licenciamento (posto que respeitem as regras sobre restrições); mas a expectativa de construir que o proprietário tem, à luz do direito ordinário, corresponde já à restrição, na medida do necessário, do direito de construir *prima facie* sediado na Constituição, assim se justificando a tutela indemnizatória pela perda dessa expectativa.

De todo o modo, e sem prescindir de sediar, no nível do direito constitucional, um direito de construir *prima facie* – o que, aliás, permite enquadrar devidamente normas de direito ordinário, como as relativas aos mecanismos de perequação⁷¹ –, parece que a tese oposta, que veja no direito de construir uma *concessão dos poderes públicos*⁷², não pode ser levada ao extremo de negar a tutela indemnizatória – *lato sensu*, a tutela jurídica – à expectativa de construir. Ainda que só se reconheça um “direito a construir” quando seja obtida uma licença de construção ou similar, tudo se passando ao nível do direito ordinário, este não deixa de ser o direito ordinário de um Estado de Direito: o processo gradual de “obtenção” do direito é um procedimento juridicamente regulado, em que se reconhecem pretensões ao proprietário e não menos deveres da Administração, ainda que atuando no exercício de uma margem de livre decisão administrativa⁷³. Obter o ato final que possibilita a construção não é um “jogo de fortuna ou azar”. E é porque a passagem da potencialidade edificativa à efetiva edificação, mesmo que seja uma concessão jurídico-pública, não constitui uma “graça” do Poder que a perda dessa expectativa, por força de expropriação ou servidão, não pode deixar de ser digna de tutela indemnizatória.

seguintes; R. MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade civil por actos legislativos*, Coimbra, 1992, págs. 267 e seguintes; R. MEDEIROS, *sub artigo 62.º*, cit., págs. 1250 e seguintes.

⁷¹ J. REIS NOVAIS, cit., pág. 515.

⁷² Não reconhecendo o *ius edificandi* a nível constitucional, pode ainda discutir-se se este é atribuído pelo plano ou se depende dos atos posteriores. Sobre o tema, sem preocupações de exaustão, veja-se ALVES CORREIA, *O plano...*, cit., págs. 372 e seguintes; J. MIRANDA, *A dinâmica jurídica do planeamento territorial*, Coimbra, 2002, págs. 300 e seguintes. Saliente-se que não existe uniformidade na doutrina quanto às implicações da perspectiva de princípio que é acolhida. Assim, por exemplo, F. PAULA OLIVEIRA, cit., pág. 482, recusa que a atribuição seja feita mesmo pelo plano, exigindo os posteriores atos de gestão urbanística; mas não deixa de reconhecer que, em determinadas situações, dadas as características dos imóveis e do envolvente, que o direito de propriedade “*tem já ínsita aquela vocação construtiva (ius edificandi)*”; J. MIRANDA, cit., 300 e seguintes, recusa que o *ius edificandi* seja inerente ao direito de propriedade mas vê no plano a atribuição de uma expectativa tutelada juridicamente (e, como tal, um direito subjetivo). Já C. MONTEIRO, cit., 8-10, recusa que o direito de construir constitua uma manifestação da liberdade de uso e de fruição, reconhecendo apenas um “interesse em poder realizar o aproveitamento urbanístico”.

⁷³ É, em suma, a tutela jurídica da expectativa. Aliás, a ideia de que se trata de uma aquisição gradual – que só pode ser juridicamente disciplinada – impede precisamente a visão de “tudo ou nada”, subjacente à limitação da indemnização à afetação do “direito consolidado”.

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/rfcm26bh9/streaming.html?locale=pt>

Vídeo do debate



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/1349vewhh9/streaming.html?locale=pt>



2. A responsabilidade civil extracontratual do Estado por quebra do dever de boa administração

Carla Amado Gomes

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR QUEBRA DO DEVER DE BOA ADMINISTRAÇÃO

Carla Amado Gomes*

1. Breve história do “princípio da boa administração”: Das Recomendações do Conselho da Europa de 1977 ao Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, aprovado pelo Parlamento Europeu em 2001
 2. O princípio da boa administração no Direito Comparado: alguns exemplos
 3. Balanço parcial
 4. O princípio da boa administração no Direito Administrativo português: do artigo 23.º da Constituição da República Portuguesa ao artigo 5.º do Código do Procedimento Administrativo
 - 4.1. Princípio da boa administração e *diligência procedimental (due diligence)*
 - 4.1.1. Em geral: os parâmetros principiológicos
 - 4.2. Em especial, o direito a uma decisão administrativa em prazo razoável
 - 4.3. Em especial, a irrelevância de vícios formais e a boa administração
 5. Princípio da boa administração e *standards* de qualidade dos serviços
 6. Princípio da boa administração e controlo jurisdicional: uma amplitude constitucionalmente limitada
- Algumas referências doutrinárias
Algumas referências jurisprudenciais
Documentos
Vídeo

1. Breve história do “princípio da boa administração”: Das Recomendações do Conselho da Europa de 1977 ao Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, aprovado pelo Parlamento Europeu em 2001

Quando se pensa em ‘boa administração’ logo nos vem à memória o artigo 41.º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (proclamada em 2000; doravante, Carta).

No entanto, as raízes europeias do princípio remontam a momento bastante anterior.

Mais precisamente, a 28 de Setembro de 1977, data de aprovação em Conselho de Ministros, no âmbito do Conselho da Europa, da Resolução (77) 31 – *On the protection of the individual^[1] in relation to the acts of administrative authorities* – na qual se estabeleciam cinco princípios fundamentais na relação das autoridades com os cidadãos no âmbito de um procedimento administrativo:

- i) Direito de audiência;
- ii) Direito de acesso à informação;
- iii) Direito de assistência e representação;
- iv) Direito à fundamentação da decisão; e
- v) Direito à informação sobre meios de contestação da decisão.

Estes princípios eram considerados essenciais à implementação de uma “good and efficient administration” nos Estados membros do Conselho da Europa.

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e professora convidada da Faculdade de Direito da Universidade Católica (Porto).

Se olharmos para o panorama europeu da época, só a Alemanha tinha já, desde 1976, uma lei do procedimento administrativo na qual se detalhava o iter procedimental padrão a seguir pela Administração, com indicação de princípios e regras aplicáveis.

A União Europeia atentaria mais detidamente na noção na viragem do século, com a aprovação do regulamento interno da Comissão (*Commission Rules of Procedure: C (2000) 3614*), que tinha como Anexo um *Código de boa conduta administrativa para o pessoal da Comissão Europeia nas suas relações com o público*.

E logo de seguida, na sequência da proclamação da Carta, o Provedor de Justiça da União Europeia propôs ao Parlamento Europeu, em 2001, a aprovação do *European Code of Good Administrative Behaviour* – a partir daí, uma referência no controlo da “maladministration” pelo Provedor Europeu, cuja sede se encontra no artigo 228.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante, TFUE).

Do Conselho da Europa surgiria, em 2007, a Recomendação CM/REC(2007)/7 do Comité de Ministros, acompanhada de uma sugestão de adesão dos Estados-parte a um ‘Código de boa administração’.

Nesta Recomendação, um dos considerandos chamava a atenção para que a ‘boa administração’ se não resume a aspectos de legalidade, abarcando também questões de eficiência e de prevenção da corrupção:

“Considering that good administration is an aspect of good governance; that it is not just concerned with legal arrangements; that it depends on the quality of organisation and management; that it must meet the requirements of effectiveness, efficiency and relevance to the needs of society; that it must maintain, uphold and safeguard public property and other public interests; that it must comply with budgetary requirements; and that it must preclude all forms of corruption;”

Em 2012, o Provedor de Justiça da União Europeia, após uma consulta pública, fez publicar cinco princípios éticos que devem sustentar e nortear a actuação dos funcionários da União na sua relação com os cidadãos – os quais se associam ao *Código de boa conduta*, em vigor desde 2001:

- i) Princípio do comprometimento com os fins de interesse público da União Europeia;
- ii) Princípio de integridade;
- iii) Princípio da objectividade;
- iv) Princípio de urbanidade;
- v) Princípio de transparência.

Sem entrar em profundidade em todos os documentos a que já se aludiu – num elenco que não pretendeu exaurir o que se tem feito, formal e informalmente – para dar corpo ao princípio da boa administração, evidente se torna que se trata de uma noção cuja abrangência ultrapassa os parâmetros de legalidade e mesmo da eficiência, entrando pelo campo da urbanidade e do civismo.

É preciso vê-la em perspectiva para compreender como se chega ao artigo 41.º da Carta, documento que convive com o *Código de boa conduta* administrativa: a boa administração tem uma faceta ética e uma faceta jurídica, sendo que a primeira é controlada pelo Provedor

de Justiça da União e a segunda pelos tribunais; a primeira gera recomendações por condutas que configuram *maladministration* e eventual responsabilidade disciplinar dos funcionários; a segunda gera invalidade dos actos das instituições e viabiliza a sua anulação.

A noção de ‘boa administração’ a que se chegou no artigo 41.º da Carta é, na verdade, uma noção de síntese. Com efeito, desde o Acórdão *Technische Universität München*, de 21 de Novembro de 1991 (caso C-269/90), que o Tribunal do Luxemburgo vem realçando a necessidade de observância de garantias procedimentais como “a obrigação para a instituição competente de examinar, com cuidado e imparcialidade, todos os elementos relevantes do caso em apreço, o direito do interessado a dar a conhecer o seu ponto de vista, bem como o direito a uma fundamentação suficiente da decisão” (§14).

Este conjunto de princípios, que a jurisprudência mais tarde agregou sob a fórmula de *princípio da solicitude* (cfr. o Acórdão do Tribunal Geral, de 18 de Setembro de 1995, caso T-167/94), afigura-se decisivo em domínios de competência predominantemente discricionária e constitui a raiz da juridicização do princípio da boa administração.

A esta vertente veio depois acrescer o reconhecimento de uma dimensão temporal da “solicitude administrativa”, em claro paralelo com o artigo 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, numa síntese que corresponde ao macro-conceito de ‘boa administração’ que hoje vemos plasmado no artigo 41.º da Carta.

Deve assinalar-se, contudo, que a jurisprudência eurocomunitária pós-Carta não aceita a existência de um “direito à boa administração”.

Nos casos T-193/04 e T-128/05¹, o Tribunal Geral (doravante, TG) deixou bem claro que a anulação de um acto por violação do princípio da boa administração dependerá sempre da violação de um concreto direito (ou direitos) procedimental ‘de rectaguarda’ (v.g., audiência; fundamentação; acesso à informação).

Num outro caso, o TG esclareceu que o conceito de ‘boa administração’ tem consequências diversas conforme se convoque competências do Provedor ou dos Tribunais (Acórdão de 4 de Outubro de 2006, caso T-194/04):

“127. In that regard, first, the principle of sound administration, which is the only principle alleged to have been breached in this context, does not, in itself, confer rights upon individuals (Case T-196/99 Area Cova and Others v Council and Commission [2001] ECR II-3597, paragraph 43), except where it constitutes the expression of specific rights such as the right to have affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time, the right to be heard, the right to have access to files, or the obligation to give reasons for decisions, for the purposes of Article 41 of the Charter of fundamental rights of the European Union, proclaimed on 7 December 2000 in Nice (OJ 2000 C 364, p. 1), which is not the case here.

128. For the sake of completeness, the classification as an ‘act of maladministration’ by the Ombudsman does not mean, in itself, that OLAF’s conduct constitutes a sufficiently serious breach of a rule of law within the meaning of the case-law. In the institution of the Ombudsman, the Treaty has given citizens of the Union, and more particularly officials and other servants of the Community, an alternative remedy to that of an action before the

¹ Acórdãos de 4 de Outubro de 2006, e de 22 de Maio de 2007, respectivamente.

*Community Courts in order to protect their interests. That alternative non-judicial remedy meets specific criteria and **does not necessarily have the same objective as judicial proceedings** (Case T-209/00 Lamberts v Ombudsman [2002] ECR II-2203, paragraph 65)*” (realçados nossos).

O carácter heterogéneo do princípio justifica, assim, que a Justiça da União frise que a violação de normas de “boa conduta administrativa” não implica invalidação das decisões (cfr. o Acórdão do TG de 19 de Setembro de 2005, caso T-274/04, §56).

Conforme nota Joana MENDES, da jurisprudência europeia resulta clara uma tridimensionalidade do princípio da boa administração ou um princípio com “três camadas”:

- Direitos procedimentais;
- Princípios procedimentais; e
- *Standards* de actuação².

Esta última não é, assumidamente, sindicável junto dos tribunais.

Este posicionamento dever-se-á um tanto à susceptibilidade de filiação da boa administração num ou vários dos direitos concretamente abrangidos pela macro noção, conforme elencados no artigo 41.º da Carta, e outro tanto à separação de águas que se efectua relativamente ao âmbito de controlo do Provedor de Justiça da União, a quem cabe averiguar queixas por “maladministration” das instituições da União, conforme o disposto no artigo 23.º da Carta.

Na verdade, como Klara KANSKA observou³, o princípio da boa administração consagrado no artigo 41.º da Carta tem uma vinculação directa ao princípio da legalidade (como as *Explanations do Praesidium* iluminam) e o seu conteúdo resulta de um processo de construção pretoriana a partir da identificação de um núcleo de direitos procedimentais – verdadeiros *novos direitos humanos administrativos* ou, diríamos nós, direitos essenciais à caracterização de um *status activus procedimentalis*.

2. O princípio da boa administração no Direito Comparado: alguns exemplos

A existência da fórmula de síntese do artigo 41.º da Carta poderia fazer pensar na vigência de um princípio de boa administração como princípio geral de direito da União Europeia⁴.

No entanto, o Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, TJUE) tem insistido na tónica de que o princípio se aplica apenas às relações entre os cidadãos e as instituições da União, e não no plano das relações entre cidadãos e administrações nacionais – vejam-se as pronúncias nos casos C-482/10 (§29) e C-313/12 (§27)⁵.

² Joana MENDES, *Good administration in EU Law and the European Code of good administrative behaviour*, EU working papers, 2009/9, pp. 4-5 — disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1554907.

³ Klara KANSKA, *Towards administrative human rights in the EU: impact of the Charter of fundamental rights*, in *European Law Journal*, 2004, pp. 304 ss, 299-300.

⁴ O Tribunal de Justiça da União Europeia assim o qualificou no Acórdão de 8 de Maio de 2014, caso C-604/12 (cfr. o §49) — mas foi uma decisão isolada.

⁵ Acórdãos de 22 de Dezembro de 2011, e de 7 de Novembro de 2013, respectivamente.

Na verdade, tendo em mente que se trata de uma fórmula de síntese e que o feixe de direitos procedimentais que alberga tem assento em várias leis procedimentais nacionais, a desconsideração do princípio como princípio geral de Direito da União não tem grande relevância.

Recorde-se que as Constituições da Itália (artigo 97.º, §2º: *buon andamento*) e Finlândia (artigo 21.º, §2º: *good governance*) expressamente acolhem a fórmula (embora sob diferente terminologia) no seu seio.

Refira-se também que, mesmo na sua ausência, a jurisprudência tem-o extraído da conjugação de normas principais diversas.

São os casos do Tribunal Supremo da Estónia (que é também Tribunal Constitucional), que já estabeleceu que o direito à boa administração se infere da leitura combinada do princípio do Estado de Direito⁶ com princípios como a legalidade, a protecção da confiança, a proporcionalidade, a igualdade, a eficácia e a eficiência, e de direitos como o direito de audiência e o direito a uma decisão em prazo razoável (Acórdão de 17 de Fevereiro de 2003); do Tribunal Constitucional polaco, que já reconduziu o princípio ('standard') de boa administração aos princípios do Estado de Direito e da legalidade (em julgamento de 12 de Março de 2007), frisando que se trata de um princípio e não de um direito subjectivo; e do Tribunal Constitucional belga, que por diversas vezes fez referência ao princípio da boa administração em combinação com o princípio da igualdade e da não discriminação⁷.

Com ou sem consagração explícita, os tribunais não ignoram a fórmula da 'boa administração', embora não recorram a ela, por si só, como fundamento (in)validante da acção administrativa. Ela surge como noção síntese das vinculações de uma Administração que se deve pautar pelo respeito por um conjunto de garantias na sua relação com os particulares – num cenário no qual as causas invalidantes hão-de reconduzir-se a normas concretas atributivas de direitos aos particulares ou impositivas de deveres aos decisores públicos.

3. Balanço parcial

Antes de avançar para a situação portuguesa, cremos ser útil fazer um breve ponto de ordem. Isto porque a análise da evolução da utilização da fórmula da 'boa administração' no Direito da União Europeia e o seu acolhimento em alguns Estados europeus permite retirar algumas conclusões que podem ser aplicadas de forma genérica:

1. A noção de boa administração surge no Direito da União Europeia como uma mescla de realidades de distinta natureza: por um lado, ligada a uma concepção de civismo, urbanidade, ética de serviço dos funcionários, cuja observância releva do ponto de vista disciplinar mas não

⁶ Mais concretamente, do artigo 14.º da Constituição, que reza como segue:

The guarantee of rights and freedoms is the duty of the legislative, executive and judicial powers, and of local governments.

⁷ Cfr. o Relatório da *European Commission for democracy through law (Venice Commission) on the notions of "good governance" and "good administration"*- on the basis of comments by Mr Oliver Kask, de 9 de Março de 2011, p. 16.

da validade dos actos, e cujo controlo cabe ao Provedor de Justiça da União (normas como a polidez do discurso, a clareza expositiva, a resposta a perguntas, são disso exemplo); por outro lado, ligada a uma concepção de *due process/duo procedure*, que se entretete e ganha forma entre princípios como a participação, o contraditório, a decisão em prazo razoável, e de direitos como a notificação, a fundamentação, a audiência prévia, cuja observância releva do ponto de vista da legalidade da actuação administrativa e cujo controlo cabe à própria Administração e aos tribunais;

2. Esta germinação conjunta deve-se a dois factores conjugados:

- De uma banda, a crescente perspectivação do particular como usuário de um serviço público cujos funcionários devem comportar-se com cordialidade e eficiência⁸;
- De outra banda, o crescente robustecimento da noção de *procedimento*, própria de uma Administração de Estado de Direito no âmbito da qual o procedimento surge como “a forma de uma função” (na bem conhecida expressão de BENVENUTI⁹), na qual tão importante como o resultado (decisão) é o modo (procedimento) como ele é atingido¹⁰ – no fundo, trata-se da crença em que um bom procedimento é apto a gerar boas decisões¹¹;

3. Este quadro duplamente bifronte – ‘boa administração’ como ética de serviço e como padrão de legalidade da actuação administrativa; ‘boa administração’ como serviço público de qualidade e como procedimento equitativo – causa alguma perturbação, em razão da sua abrangência e heterogeneidade. Nomeadamente, pode fazer irromper a boa administração como um padrão de controlo uniforme (leia-se: pelos tribunais) de uma legalidade ampla (que inclui aspectos de ética, de eficiência e de legalidade), o que não deve aceitar-se – e os tribunais, que julgam a legalidade da conduta administrativa, de facto, como se viu, recusam.

4. O princípio da boa administração no Direito Administrativo português: do artigo 23.º da Constituição da República Portuguesa ao artigo 5.º do Código do Procedimento Administrativo¹²

A Constituição Portuguesa (doravante, CRP) não nomeia o princípio da boa administração entre os muitos que enuncia como parâmetros da actuação administrativa, nos artigos 266.º, n.º 2 e 267.º. No entanto, muito antes de o princípio da boa administração ficar na moda, o termo era utilizado para delimitar o âmbito de controlo da actuação administrativa pelo

⁸ Cfr. Theodore FORTSAKIS, *Principles governing Good Administration*, in *European Public Law*, 2005/2, pp. 207 ss.

⁹ Feliciano BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, pp. 118 e seguintes.

¹⁰ Neste sentido, Javier BARNES, *Towards a third generation of administrative procedure*, in *Comparative Administrative Law*, ed. Susan Rosa-Ackerman e Peter Lindseth, Cheltenham/Northampton, 2010, pp. 336 e seguintes, 343.

¹¹ Cfr. Theodore FORTSAKIS, *Principles*, cit., p. 217.

¹² Sobre o princípio da boa administração no CPA, Miguel ASSIS RAIMUNDO, *Os princípios no novo CPA, e o princípio da boa administração em particular*, in *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, I, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Neves e Tiago Serrão, 4ª ed., Lisboa, 2018, pp. 257 e seguintes, 269 e seguintes.

Provedor de Justiça (cfr. o artigo 23.º da CRP e o Estatuto do Provedor – Lei n.º 9/91, de 12 de Abril, com última alteração pela Lei n.º 17/2013, de 18 de Fevereiro).

Diogo FREITAS DO AMARAL, mencionando os poderes de controlo do Provedor, refere ser a “boa administração” um espaço de não estrita juridicidade, compreendendo noções como eficiência, diligência, experiência¹³.

Mário AROSO DE ALMEIDA, muito embora advogue a adopção de um conceito amplo de boa administração, que corresponda à noção de juridicidade e de eficiência, sublinha que ao Provedor de Justiça cabe fazer recomendações sobre ambas, mas os tribunais só podem controlar padrões de juridicidade estrita¹⁴.

Hoje, o paralelo – que não a aplicação directa – do artigo 41.º da Carta, bem assim como a emergência das perspectivas a que fizemos alusão (recorde-se: a afirmação do particular como sujeito do procedimento e credor de um serviço; a importância do rito procedimental como concretização de direitos e princípios que vinculam uma Administração de Direito) leva a que a doutrina veja o princípio da boa administração como um princípio implícito na Constituição – o próprio preâmbulo do Código do Procedimento Administrativo (doravante, CPA) aponta para a boa administração como uma exigência derivada de princípios como a participação, a aproximação às populações, a eficiência (todos plasmados no artigo 267.º da CRP).

Nesta linha, Paulo OTERO refere-se à boa administração como um princípio procedimental, um super conceito, altamente heterogéneo, que combina princípios directamente constitucionais como a eficiência, a economicidade, a aproximação às populações, a desburocratização, com concretizações desses princípios na lei procedimental, aludindo à celeridade, à adequação, à prevalência da substância sobre a forma¹⁵.

Isto não significa, no entanto, que se possa falar num “direito à boa administração” – não só em razão da grande abrangência e heterogeneidade que caracteriza a noção, como porque se pode correr o risco de fazer resvalar o controlo de juridicidade para um controlo de mérito da actuação administrativa. A boa administração é um conceito “de fachada”, sindicável através das suas concretizações particulares, que são fundamentalmente procedimentais, podendo espelhar tanto exigências de legalidade (fundamentação, audiência) como de eficiência (estudos de viabilidade económica; avaliação da racionalidade de despesas) – recorde-se, de resto, que o actual artigo 5.º descende do artigo 10.º do Código do Procedimento Administrativo anterior, que tinha por epígrafe “Princípio da desburocratização e da eficiência” (veja-se, de resto, também o artigo 275.º, n.º 4 do Código dos Contratos Públicos).

¹³ Diogo FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, Coimbra, 2017 (reimp.), pp. 46-48.

¹⁴ Mário AROSO DE ALMEIDA, *O Provedor de Justiça como garante da boa administração*, in *O Provedor de Justiça – Estudos*, Volume comemorativo do 30º aniversário da instituição, Lisboa, 2006, pp. 11 e seguintes, 32-34. O autor chama especial atenção para o artigo 20.º, n.º 1, alínea c), do Estatuto do Provedor, que estabelece que cabe ao Provedor “a) Dirigir recomendações aos órgãos competentes com vista à correcção de actos ilegais ou injustos dos poderes públicos ou à melhoria da organização e procedimentos administrativos dos respectivos serviços”.

¹⁵ Paulo OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, Coimbra, 2016, pp. 106-110.

4.1. Princípio de boa administração e *diligência procedimental (due diligence)*:

O princípio da boa administração surge indissolúvelmente ligado a uma lógica de colaboração entre o cidadão, usuário do serviço e a organização que o presta. Há uma certa ideia de pacificação de uma relação por muito tempo adversarial entre a Administração (agressiva) e o particular (súbdito) através da introdução de técnicas de participação na formação da decisão administrativa pela via do procedimento. O empoderamento do cidadão, que vai ganhando um estatuto de cidadania procedimental com a emergência de direitos procedimentais vários, tem expressão máxima num “direito ao procedimento”, hoje claramente afirmado no artigo 161.º, nº 2, alínea I), do CPA – que fulmina de nulidade o acto adoptado sem observância do rito procedimental (salvo estado de necessidade).

Este reforço do estatuto de “parte” no procedimento fica também claro na afirmação da nulidade das normas aprovadas à margem de qualquer momento de participação pública, conforme se apreende da leitura do n.º 2 (*in fine*) do artigo 144.º do CPA.

A boa administração equivale, portanto, a uma realidade de dupla natureza e de dupla dimensão: no âmbito objectivo, fazer boa administração é prosseguir o interesse público tendo em atenção padrões de juridicidade e de economicidade; do lado subjectivo, o princípio da boa administração revela-se, por um lado, substancialista, no sentido de dever conduzir à produção de decisões materialmente justas e, por outro lado, formalista, na perspectiva de promover a concretização de garantias procedimentais.

A primeira vertente prende-se tanto com a legalidade como com a eficiência, o que provoca cisão quanto ao controlo de resultados pelos tribunais administrativos.

A segunda vertente está associada às vinculações principiológicas e procedimentais da acção administrativa, sendo no âmbito desta que se pode eventualmente falar num “direito à boa administração”.

Vejamos se e em que medida há espaço para tal.

4.1.1. Em geral: os parâmetros principiológicos

Há parâmetros que constituem vinculações incontestáveis de uma ‘boa administração’ – que de tão óbvios se poderia dizer que nada lhe acrescentam.

Na lógica de macro princípio que vimos associando à noção, não poderia deixar de se referir aqui, ainda que pleonasticamente, que o respeito pelos princípios da legalidade, igualdade, imparcialidade e proporcionalidade é indutor de ‘boas’ decisões, ou seja, de boa administração.

A justiça da decisão joga-se na concretização de todos estes princípios:

- A legalidade, que de tão omnicompreensiva, acaba por se diluir um pouco em todos os outros;
- A igualdade, por relação;
- A imparcialidade, insuflando racionalidade no *iter* procedimental;
- A proporcionalidade, densificando o conteúdo e o sentido da decisão.

Juli PONCE SOLÉ, a propósito dos princípios que induzem boa administração coloca particular ênfase no princípio da imparcialidade, que faz corresponder a um dever de *objectividade* na análise dos elementos procedimentais (instrução completa e cuidada; adequada valoração das provas sobre os factos que subjazem à emissão da decisão; observância do contraditório)¹⁶.

Já o princípio da proporcionalidade, diríamos nós, se revela especialmente útil na caracterização da *aptidão* da decisão para preencher os objectivos, de interesse público e particular, a que se destina.

Ambos se complementam quanto ao desígnio da produção de decisões materialmente justas.

Igualmente valerá a pena iluminar aqui a intersecção do princípio da boa fé com os casos – não frequentes, é certo, mas existentes – de actuação à margem de um procedimento formal, ou seja, de actuação informal sem que se verifique estado de necessidade.

Desde que as partes ajam de acordo com padrões de rectidão de conduta e respeito pelas expectativas criadas, cremos que não se deve falar de ‘má administração’ – do mesmo modo que não se pode qualificar como ilegal tal conduta.

O que sucede aqui é uma substituição do fundamento legal pelo consenso entre as partes, num fenómeno de novação do fundamento da conduta pelo princípio da boa fé (na faceta da colaboração entre decisor e destinatário a decisão) – e desde que não existam interesses de terceiros a salvaguardar¹⁷.

4.2. Em especial, o direito a uma decisão administrativa em prazo razoável

A ‘boa administração’ da Justiça tem vindo a ser associada, nas últimas décadas, à prolação de decisões em prazo razoável. Isto acontece sobretudo por força da consagração, no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (de que Portugal, e a União Europeia, são partes), do direito a uma sentença que seja temporal (emanada em prazo razoável), formal (proferida por um tribunal independente e imparcial) e materialmente justa (produzida através de um processo equitativo).

Recorde-se que esta expressão foi acolhida pelo artigo 20.º, n.º 4, da CRP, na revisão constitucional de 1997, identificando-se com a fórmula da tutela jurisdicional efectiva – ela própria também noção síntese, que agrega direitos como a notificação, o contraditório, a fundamentação.

Não espanta, assim, que o mesmo CPA que acolhe explicitamente o princípio da boa administração, no artigo 5.º a que se já aludiu, tenha dado expressa entrada ao dever de produzir uma decisão ‘em prazo razoável’, no artigo 59.º¹⁸.

¹⁶ Juli PONCE SOLÉ, *Procedimiento administrativo, globalización y buena administración*, in *Derecho Administrativo global – Organización, procedimiento, control judicial*, coord. de Juli Ponce Solé, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, pp. 79 e seguintes, 150 e seguintes.

¹⁷ Tal como escrevemos, com Sandra LOPES LUÍS, em *O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a actividade administrativa informal* (disponível em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1128-2457.pdf>), “por mais ‘original’ que seja a solução, ‘tradicional’ há-de continuar a ser a submissão à lei e ao Direito” (p. 4).

¹⁸ Recorde-se que o predecessor do actual artigo 59.º — o artigo 57.º do CPA de 1991 — rezava como segue:

Esta colagem ao texto da Convenção Europeia, que tem eco no texto da CRP, nas disposições *supra* identificadas, não deve ser considerada inocente: dela decorre, em nossa opinião, uma vontade inequívoca de trazer para o procedimento a lógica de efectividade já sedimentada no âmbito do processo judicial.

Por outras palavras e para além das concretizações sinalizadas pela jurisprudência europeia – que na noção de ‘boa administração’ encontrou uma forma de identificar harmonizadamente cânones de diligência procedimental aplicáveis a situações que envolvem Estados membros com diferentes modelos de relacionamento entre a Administração e os cidadãos –, a ‘boa administração’ tem hoje, no ordenamento português, uma correspondência clara com uma boa gestão, uma gestão *diligente*, na letra do artigo 59.º do CPA, dos tempos procedimentais.

A ‘boa administração’ deve, portanto, incluir mais um direito procedimental: o direito à decisão “em prazo razoável”¹⁹. Para densificar tal direito – mas sobretudo para identificar eventuais violações do mesmo –, da maior relevância será a jurisprudência que o TEDH vem produzindo sobre o tema, a qual já gerou, de resto, um número significativo de condenações do Estado português por atraso na administração da justiça²⁰.

Decisivo para aferir da razoabilidade do prazo cuja duração se questiona será avaliar o seu acréscimo em face do prazo normativamente fixado para conclusão do procedimento – o qual, em regra, será aquele que consta do artigo 128.º, n.º 1, do CPA, ou seja, 90 dias (eventualmente prorrogável por mais 90, isto é, 180 dias, que é também o prazo de caducidade de procedimentos de iniciativa oficiosa, de acordo com o n.º 8 do preceito citado).

Porém, e como a nossa jurisprudência tem frisado, “*não basta a simples ou mera violação dum prazo previsto na lei para a prática de certo ato judicial, facto que não pode ter-se como banal e como aceitável ou justificável sem mais, para se concluir logo no sentido de que foi violado o direito à justiça em prazo razoável*”²¹.

Com efeito, a densificação do conceito de “direito à tomada de decisão procedimental em prazo razoável” deve fazer-se casuisticamente, tomando por referência os critérios utilizados pelo Tribunal de Estrasburgo em sede de atraso na administração da justiça:

- Complexidade da causa;
- Conduta das autoridades;
- Conduta das partes;

“Os órgãos administrativos devem providenciar pelo rápido e eficaz andamento do procedimento, quer recusando e evitando tudo o que for impertinente ou dilatatório, quer ordenando e promovendo tudo o que for necessário ao seguimento do procedimento e à justa e oportuna decisão”.

¹⁹ Já assim o afirmámos na anotação *A decisão do procedimento em prazo razoável: uma nova responsabilidade administrativa - Anotação ao Acórdão do TCA-Sul, de 11 de Abril de 2013 (proc. 07084/11)*, in *Responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas - Anotações de Jurisprudência*, coord. de Carla Amado Gomes e Tiago Serrão, Lisboa, 2013, pp. 25 e seguintes — livro digital disponível aqui:

http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/dirresp Civ_ebook_completo.pdf

²⁰ Cfr. Ricardo PEDRO, *Contributo para o estudo da responsabilidade civil do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas*, Lisboa, AAFDL, 2011; *idem*, *Administração da justiça morosa: la storia continua... Anotação ao acórdão do STA, de 15 de Maio de 2013, proc. 0144/13*, in *Responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas - Anotações de Jurisprudência*, coord. de Carla Amado Gomes e Tiago Serrão, Lisboa, 2013, pp. 209 e seguintes.

²¹ Acórdão do TCA-Norte de 30 de Março de 2006, proc. 00005/04.2 BEPRT .

- Interesse do litígio para o interessado²².

4.3. Em especial, a irrelevância de vícios formais e a boa administração

Se temos por certo que o direito à decisão procedimental em prazo razoável integra o núcleo do princípio da boa administração, já relativamente a direitos como o direito de audiência prévia ou o direito à fundamentação as dúvidas podem surgir em razão da norma introduzida pelo CPA de 2015, que espelha a tendência de degradação de formalidades essenciais em não essenciais, por influência da lei procedimental alemã (artigo 46.º²³) e da corrente norteamericana do “harmless error principle”²⁴.

Com efeito, a alínea b) do n.º 5 do artigo 163.º do CPA neutraliza a relevância anulatória de um vício formal sempre que “O fim visado pela exigência procedimental ou formal preterida tenha sido alcançado por outra via” – o que significa dar um primado absoluto ao fim, desqualificando a importância do procedimento como espaço dialógico e ponderativo²⁵.

Não cabe aqui tecer considerações sobre a oportunidade e conveniência da consagração formal, no artigo 163.º, n.º 5 do CPA²⁶, desta construção, que colhe influência na lógica do “aproveitamento do acto administrativo”²⁷ – por recurso a uma alegoria popular, esta norma, nas suas várias alíneas, “mete a raposa no galinheiro”²⁸.

²² Extensamente sobre os critérios trabalhados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, veja-se o Acórdão do TCA-Norte de 26 de Outubro de 2012, proc. 01490/09.1BEPRT.

²³ Trata-se do artigo 46.º da *Verwaltungsverfahrensgesetz* alemã (aqui em tradução inglesa), cuja epígrafe é *Consequences of defects in procedure and form: “Application for annulment of an administrative act which is not invalid under section 44 cannot be made solely on the ground that the act came into being through the infringement of regulations governing procedure, form or local competence, where it is evident that the infringement has not influenced the decision on the matter”*.

Veja-se também o artigo 21-octies, nº 2, da *Legge sul procedimento amministrativo* italiana.

²⁴ Juli PONCE SOLÉ, *Good administration and administrative procedures*, in *Indian Journal of global studies*, 2005/2, pp. 551 ss, 585.

²⁵ Um exemplo da relevância de um momento procedimental que, por não gerar efeitos vinculativos, poderá sempre ser encarado como uma formalidade não essencial, é o da consulta pública no âmbito da avaliação de impacto ambiental (cuja obrigatoriedade, porém não vinculatividade, propicia a sua realização “retórica”, após a tomada de decisão) — isto, claro, se se aderir à tese maioritária de associação do desvalor de anulabilidade à sua preterição (que não é a nossa posição). Juli PONCE SOLÉ dá nota, contudo, de um interessante caso em que a ausência de participação pública, não tendo embora constituído fundamento de anulação da decisão, gerou responsabilidade contratual do ente público, decidida pelo Supremo Tribunal espanhol, em 1997. Tratou-se da celebração de um contrato de instalação de uma lixeira (*vertedero*) que não contou com participação da população no momento prévio à tomada de decisão. A população opôs resistência física e impediu a execução material do contrato. O co-contratante público pretendeu descartar responsabilidade perante o privado, alegando força maior; o Supremo, no entanto, entendeu que a ilegalidade procedimental contribuiu para que a resistência social surgisse e condenou o ente público em responsabilidade contratual — *Procedimiento administrativo*, cit, p. 137.

²⁶ Um exemplo de aplicação deste normativo pode ver-se no Acórdão do TCA-Sul de 16 de Janeiro de 2018, proc. 572/17.0BELRA.

²⁷ Que, de algum modo, o artigo 57.º da LPTA (1985) já pressupunha, quando estabelecia que na ordem de conhecimento dos vícios do acto deveria ser dada preferência aos “vícios cuja procedência determine, segundo o prudente critério do julgador, mais estável ou eficaz tutela dos interesses ofendidos”.

²⁸ Mais drástica, falando em “golpe de Estado”, Isabel Celeste FONSECA, *Tramitação e formalidades: (proposta de) golpes às garantias procedimentais fundamentais dos interessados?*, in *CJA*, nº 100 (2013),

É verdade que o peso da forma tem levado a alguma “ossificação” do procedimento e que o princípio da adequação procedimental (cfr. o artigo 56.º do CPA) já indicia uma tendência de aligeiramento das formalidades espúrias no sentido de induzir eficiência no desenvolvimento do procedimento; porém, fazer uma afirmação como a que consta da norma citada significa, pelo menos tendencialmente, esvaziar a relevância de diligências que traduzem exigências de objectividade, transparência, imparcialidade, além de constituírem elementos de legitimação da decisão administrativa²⁹.

Descartada a urticária que a disposição nos causa, importante é frisar que uma coisa é a irrelevância anulatória do vício formal, outra a (ir)relevância do mesmo do ponto de vista da responsabilidade – disciplinar e civil.

Na verdade, se a lei impõe o cumprimento de uma diligência e esta é omitida, mesmo não se afectando a finalidade do acto haverá omissão de dever de zelo, salvo demonstração de duplicação de mecanismos – ou seja, poderá configurar-se uma situação de menor diligência no cumprimento de deveres funcionais (e concomitante responsabilidade disciplinar, ainda que leve).

E bem assim de responsabilidade civil extracontratual caso o destinatário do acto consiga demonstrar a ocorrência de um dano na sua esfera jurídica, merecedor da tutela do Direito, do qual a preterição da formalidade em causa seja fonte adequada e suficiente³⁰.

Com efeito, como o Tribunal Constitucional teve já oportunidade de sublinhar, no Acórdão 154/2007, não é compatível com o artigo 22.º da CRP excluir liminarmente e em abstracto a relevância de um vício formal para efeitos indemnizatórios.

Assim, a irrelevância do efeito anulatório não é sinónimo de irresponsabilidade administrativa. Louvando-nos nas palavras de AROSO DE ALMEIDA, a previsão do n.º 5 do artigo 163.º do CPA não convalida um acto inválido em válido, apenas torna inoperante essa invalidade para efeitos de anulação – mas já não para efeitos de qualificação do acto como ilícito, que não deixa de ser, daí decorrendo responsabilidade civil extracontratual nos termos do artigo 9.º, n.º 1, do regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

“Ao menos neste plano” – acrescenta o Autor citado – pode e deve ser, na verdade, reconhecido o relevo autónomo das eventuais situações jurídicas subjetivas protegidas pela norma violada, independentemente da questão de saber se a sua violação se projeta na anulação do ato praticado a final”³¹.

pp. 87 e seguintes, 89. Em contrapartida, defendendo a solução, Mário AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo – o novo regime do Código do Procedimento Administrativo*, 4ª ed., Coimbra, 217, pp. 286-290.

²⁹ Cfr., neste sentido, Luís Heleno TERRINHA, *Procedimentalismo jurídico-administrativo e aproveitamento do acto. Reflexões críticas sobre o art. 163.º, n.º 5, do Código do Procedimento Administrativo*, in *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, II, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Neves e Tiago Serrão, 4ª ed., Lisboa, 2018, pp. 329 e seguintes, 332-338.

³⁰ Também assim, José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5ª ed., Coimbra, 2017, p. 221: “Tal como não se trata aqui, salvo porventura no caso da irrelevância, de uma validação legal do acto, dado que a ilegalidade e a invalidade se mantêm – de modo que não está excluída a possibilidade de indemnização, se tiver havido a causação de danos que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos de particulares, seja por danos não patrimoniais (para quem os admita em casos de violação de preceitos formais), seja por danos causados por diferenciação temporal (hipotética)”.

³¹ Mário AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral*, cit., p. 289.

5. Dever de boa administração e *standards* de qualidade dos serviços

Até aqui, não conseguimos identificar um valor acrescido – ou seja, autónomo – para a invocação do princípio da boa administração. Existe, no entanto, uma via ainda não mencionada, introduzida pelo CPA de 2015 e que retoma a ligação da noção de ‘boa administração’ à sua história no âmbito do Direito da União Europeia: a associação de ‘boa administração’ a códigos de boa conduta.

Como se sabe, o diploma que aprovou o CPA contempla, no seu artigo 5.º, uma “injunção” dirigida ao Governo no sentido da elaboração de um “Guia de boas práticas administrativas” até um ano após a entrada em vigor do Código. Este Guia, que até hoje ainda não viu a luz do dia, deveria revestir, nas palavras do n.º 2 do artigo 5.º, “carácter orientador” e indicaria “padrões de conduta a assumir pela Administração Pública”.

Este Guia destinar-se-à a disciplinar a conduta dos vários entes administrativos, sobretudo dos que prestam serviços públicos – até mais a título de *código-quadro* do que de *cartilha única*, uma vez que os serviços têm diferentes características e necessidades consoante o sector em que se situam, as prestações que fornecem, o nível de Administração a que pertencem –, mas terá inelutável eficácia externa.

Conforme frisam alguns Autores, “é preciso compreender a impossibilidade de um *Guia de boas práticas* para a Administração possuir exclusiva relevância interna: para além do facto de a distinção entre *internalidade* e *externalidade* dizer respeito a cada norma em concreto e não ao ato em que as mesmas se acham contidas, parece claro que os *padrões de conduta a assumir* pela Administração se refletirão, de forma mediata ou imediata, na esfera jurídica dos que com ela se relacionem”³².

Será porventura neste âmbito que o princípio da boa administração se poderá revelar uma mais valia do ponto de vista do controlo da eficiência da actuação administrativa.

As normas em que os *padrões de conduta* se traduzirem, na medida em que incrementem o nível de qualidade dos serviços quer dispor sobre regras de urbanidade dos funcionários (*v.g.*, atendimento cordial³³), quer estatuinto sobre prazos, de decisão ou de prestação de informações (reduzindo os tempos-regra) ou outros, podem constituir eixos específicos de imputação de responsabilidade civil administrativa na medida da estreita ligação que denotam ao funcionamento anormal do serviço ou ao padrão de diligência ou aptidão de um funcionário zeloso (cfr. os artigos 7.º, n.º 4, e 10.º, n.º 1, do regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)³⁴.

³² Alexandre SOUSA PINHEIRO *et alli*, *Questões fundamentais para a aplicação do CPA*, Coimbra, 2016, pp. 44-45.

³³ Compulse-se o artigo 11.º do Código de boas práticas da CMVM, cuja epígrafe é ‘Princípios no relacionamento’: “Os trabalhadores da CMVM devem, no seu relacionamento com as pessoas exteriores à CMVM, supervisionadas ou não, evidenciar disponibilidade, eficiência, abertura à inovação, rigor técnico e correcção pessoal”.

³⁴ Neste sentido, Juli PONCE SOLÉ, *Procedimiento administrativo*, cit., p. 115.

6. Princípio da boa administração e controlo jurisdicional: uma amplitude constitucionalmente limitada

O princípio da boa administração, precisamente porque se configura como um macro princípio, tem alguma dificuldade em se afirmar, *de per se*, como causa motriz de invalidades. Já vimos que a jurisprudência da União Europeia rejeita essa via, preferindo a verificação da violação de parâmetros concretos quer sejam posições mais densificadas (como os direitos à fundamentação ou à audiência), quer sejam situações mais principiologicamente modeladas (como uma actuação em violação do princípio da igualdade, por exemplo).

O facto de a norma do artigo 5.º do CPA apontar para uma dimensão de análise da eficiência do procedimento de tomada de decisões abriria, no entanto, segundo alguns, uma nova frente de controlo.

Com efeito, Miguel ASSIS RAIMUNDO, propugnando o destaque da norma do CPA do seu “espelho” europeu (o artigo 41.º da Carta), advoga a possibilidade de lhe conferir conteúdo útil através do controlo da *eficiência*, expressão que, de resto, consta do seu seio – uma vez que os controlos de legalidade procedimental que induz estão já devidamente cobertos por disposições diversas.

Para o Autor, a correspondência entre boa administração e eficiência desempenha “um papel de tentar conferir *maior legitimidade à administração através da sua reputação de boa e diligente gestora dos recursos públicos*”³⁵. Simplesmente, diríamos nós, a aceitar esta posição, forçoso é concluir que, ou a eficiência se afere de uma perspectiva financeira – e o seu controlo cabe ao Tribunal de Contas –, ou se avalia do ponto de vista jurídico – e corre-se o risco de fazer entrar os tribunais administrativos na realização de controlos de mérito.

Tal constituiria, para nós, uma inadmissível interferência dos tribunais no âmago da função administrativa, traduzindo violação do princípio da separação de poderes (artigos 111.º da CRP e 13.º do CPTA).

Como sublinham alguns Autores, em posicionamento ao qual aderimos, “A conclusão de que uma determinada actuação não respeita o princípio da boa administração é, em termos de resultado, uma operação de tipo jurídico; mas já não o é o juízo necessariamente anterior, atinente a saber qual a medida da eficiência que foi violada, qual o perímetro de economicidade ultrapassado, qual o grau de celeridade que seria exigível”³⁶.

Trata-se, ao cabo e ao resto, de fazer respeitar o núcleo incompressível das “valorações próprias do exercício da função administrativa”.

Ora, o fiel da balança deste equilíbrio de há muito se situa no princípio da proporcionalidade. Miguel ASSIS RAIMUNDO reconhece, de resto, a proximidade (e tendencial absorção) entre proporcionalidade e eficiência, mas tenta caracterizar um espaço próprio de aplicação da segunda noção, apelando a exemplos em que avulta a relevância da comparação de vantagens entre soluções através de estudos técnicos e financeiros³⁷.

Reconhecemos que a proporcionalidade pode, por vezes, traçar um quadro demasiado abstracto e porventura insuficiente para balizar certas escolhas.

³⁵ Miguel ASSIS RAIMUNDO, *Os princípios*, cit., p. 278.

³⁶ Alexandre SOUSA PINHEIRO *et alli*, *Questões fundamentais*, cit., p. 76.

³⁷ Miguel ASSIS RAIMUNDO, *Os princípios*, cit., pp. 280 ss.

Mas precisamente ciente dessa dificuldade, o legislador tem aditado alguns outros parâmetros, dirigidos em primeira linha ao decisor administrativo.

Na verdade, tais parâmetros surgem na sequência da necessidade de contenção de despesas, forçando objectividade nos juízos na avaliação da necessidade de adopção de certas medidas. Assim se compreendem normas como, por exemplo, a avaliação da viabilidade económica-financeira como base da decisão de constituição de empresas locais, nos termos do artigo 32.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de Agosto (Regime da Actividade Empresarial Local).

A existência de tais estudos, em primeira linha, e o confronto da coerência das suas conclusões, em segunda linha, são importantes directrizes para sustentar a revisão da decisão pelo julgador; todavia, em nenhuma circunstância poderá substituir o critério administrativo pelo seu critério, salvo implausibilidade do primeiro, sob pena de estar a realizar “dupla administração”.

Tudo o que ultrapasse o controlo através de parâmetros objectivos de juridicidade deve ser recusado.

O mesmo é dizer que a necessidade e a adequação das escolhas da função administrativa só são sindicáveis com fundamento e limite no princípio da proporcionalidade e suas concretizações, *maxime* por recurso à noção de “erro manifesto de apreciação”³⁸.

Assim se pronuncia SALVIA, traçando a linha vermelha do controlo da “congruência”³⁹.

No mesmo diapasão, PONCE SOLÉ discorre sobre a importância de avaliar “os alicerces” da construção da decisão administrativa – aquilo a que a jurisprudência norteamericana caracteriza como “reasoned decision making”.

O caso *Citizens to preserve Overton vs Volpe (1971)* ilustra bem a forma como um órgão jurisdicional pode compulsar, legitimamente, a correcção da decisão administrativa em face de padrões de custo-benefício para o interesse público: o tribunal foi chamado a apreciar a validade de uma decisão que envolveu o financiamento de uma autoestrada num parque natural; e fê-lo, aferindo se ela foi baseada em argumentação consistente, se os argumentos se revelavam coerentes com o sentido da decisão, e se esta se afigurava plausível em face dos dados da experiência⁴⁰.

Ressalte-se que este tipo de argumentário com pretensões invalidantes não está reservado a controlos de carácter objectivo. Quer autores que defendam posições jussubjectivas típicas, quer autores populares em prol de interesses difusos, quer autores que visem a salvaguarda da legalidade objectiva – como o Ministério Público, os presidentes de órgãos colegiais, ou mesmo os municípios ao abrigo do artigo 55.º, n.º 2, do CPTA – podem arguir violação dos subparâmetros de proporcionalidade que devem subjazer às decisões administrativas, sobretudo àquelas que exigem a realização de juízos de prognose e avaliação de vantagens comparativas. Assim, tanto um município “desinteressado” pode syndicar a necessidade de

³⁸ Neste sentido, Paulo OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, cit., pp. 271-274; Catarina SARMENTO E CASTRO, *O Código do Procedimento Administrativo e a Constituição*, in *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, I, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Neves e Tiago Serrão, 4ª ed., Lisboa, 2018, pp.

³⁹ Filippo SALVIA, *La buona amministrazione e i suoi miti*, in *Diritto e Società*, 2004/4, pp. 551 e seguintes, 552.

⁴⁰ Cfr. Juli PONCE SOLÉ, *Procedimiento administrativo*, cit., pp. 101-102.

construção da terceira piscina municipal dum concelho com dificuldades de gestão de abastecimento hídrico e que tem as duas primeiras subaproveitadas, como um idoso pode sindicar a decisão de construção de uma creche num concelho com reduzida taxa de natalidade e índice elevado de cidadãos com idade superior a 80 anos.

Em ambas está em causa a eleição de uma solução questionável à luz do critério da necessidade em face de um quadro fáctico que contradiz o sentido da decisão e de um cenário financeiro de recursos escassos.

Admitir este tipo de controlo não é pôr os tribunais administrativos a fazer política, nem tão pouco “metê-los na política”⁴¹ – função para a qual não têm aptidão nem legitimidade.

É apenas trilhar o percurso de juridicização crescente da álea discricionária da Administração ou, na expressão antológica de GARCIA DE ENTERRÍA, lutar contra as imunidades do poder.

O controlo *verificativo* de plausibilidade das decisões, a sua razão de ser na equação dos fins das normas habilitantes e do *substracto factual* em presença, com vista à mais eficiente prossecução do interesse público tendo em conta as opções possíveis constitui ainda um controlo de juridicidade. Já um controlo *substitutivo* traduz um excesso que está e deve continuar vedado aos tribunais administrativos, sob pena de abuso de função.

Algumas referências doutrinárias

AMADO GOMES, Carla, **A “boa administração” na revisão do CPA: depressa e bem...**, disponível em <https://www.icjp.pt/debate/4268/4337>

AROSO DE ALMEIDA, Mário, **O Provedor de Justiça como garante da boa administração**, in *O Provedor de Justiça – Estudos*, Volume comemorativo do 30º aniversário da Instituição, Lisboa, 2006, pp. 13 e seguintes, 24 e seguintes.

ASSIS RAIMUNDO, Miguel, **Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração em particular**, in *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, I, 4ª edição, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Lisboa, 2018, pp. 256 e seguintes

BARNES, Javier, **Towards a third generation of administrative procedure**, in *Comparative Administrative Law*, ed. Susan ROSA-ACKERMAN e Peter LINDSETH, Cheltenham/Northampton, 2010, pp. 336 e seguintes

FORTSAKIS, Theodore, **Principles governing Good Administration**, in *European Public Law*, 2005/2, pp. 207 e seguintes

⁴¹ Hipótese que parece admitir Miguel ASSIS RAIMUNDO, *Os princípios*, cit., p. 290 – Autor que chega a invocar competências similares do Tribunal Constitucional. Porém, salvo o devido respeito, não nos parece que um tribunal “especial” como o Constitucional possa servir de qualquer paralelo nesta sede pois a forma como são designados os seus Conselheiros, as competências que a Constituição lhe atribui e o papel que desempenha no sistema político, torna-o único e incomparável.

MENDES, Joana, **Good administration in EU Law and the European Code of good administrative behaviour**, EUI Working papers, Law 2009/09, Department of Law – disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1554907

NEVES, Ana Fernanda, **O direito a uma decisão administrativa em prazo razoável**, in *Direito Administrativo e Direitos Fundamentais – Diálogos necessários*, coord. de Luísa Pinto e Netto e Eurico Bitencourt Neto, Belo Horizonte, 2012, pp. 51 e seguintes

PONCE SOLER, Juli

- **Good administration and administrative procedures**, in *Indiana Journal of Global Legal studies*, 2005/2, pp. 51 e seguintes
- **Procedimiento administrativo, globalización y buena administración**, in *Derecho Administrativo global – Organización, procedimiento, control judicial* (coord. de Juli Ponce Soler), Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2010, pp. pp 79 e seguintes

SALVIA, Filippo, **La buona amministrazione e i suoi miti**, in *Diitto e Società*, 2004/4, pp. 551 e seguintes

SARMENTO E CASTRO, Catarina, **O Código do Procedimento Administrativo e a Constituição**, in *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, I, 4ª edição, coord. de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Lisboa, 2018, pp. 65 e seguintes

SOUSA PINHEIRO, Alexandre, Tiago Serrão, Marco Caldeira e José Duarte Coimbra, **Questões fundamentais para a aplicação do CPA**, Coimbra, 2016

Algumas referências jurisprudenciais

– Da jurisprudência da União Europeia

Acórdão do TJUE de 8 de Maio de 2014 – *H. N. vs Ministro da Justiça, da Igualdade e da Reforma Legislativa e outro* (caso C-604/12)

Acórdão do TJUE de 7 de Novembro de 2013 – *Giuseppa Romeo vs Região da Sicília* (C-313/12)

Acórdão do TJUE de 21 de Dezembro de 2011 – *Teresa Cicala vs Região da Sicília* (caso C-482/10)

Acórdão do TG de 13 de Novembro de 2008 – *SPM vs Conselho e Comissão* (C- 128/05)

Acórdão do TG de 4 de Outubro de 2006 – *Bavarian Lager Lda vs Comissão* (caso T- 194/04)

Acórdão do TG de 4 de Outubro de 2006 – *Hans Martin Tillack vs Comissão* (caso T- 193/04)

Acórdão do TG de 17 de Setembro de 2003 – *Mara Messina vs Comissão* (caso T- 76/02)

Acórdão do TJUE de 18 de Setembro de 2003 – *Volkswagen vs Comissão* (caso C- 338/00 P)

Acórdão do TG de 30 de Janeiro de 2002 – *Max Mobil vs Comissão* (caso T-54/99)

Acórdão do TG de 18 de Setembro de 1995 – *Detlef Nölle vs Conselho da União Europeia e Comissão* (caso T-167/94)

Acórdão do TJUE de 12 de Fevereiro de 1992 – *Leplat vs Território da Polinésia francesa* (caso C-260/90)

Acórdão do TJUE de 21 de Novembro de 1991 – *Technische Universität München* (caso C-269/90)

– Da jurisprudência nacional

Acórdão do TCA-Sul, de 11 de Abril de 2013 (proc. 07084/11) Acórdão do STA, de 2 de Março de 2004 (proc. 01531/03)

Documentos

European Code of good administrative behaviour (2001, revisto em 2012) –disponível em <https://www.ombudsman.europa.eu/en/resources/code.faces>

Project of Code of Good Administrative Conduct – África do Sul, 2006 – disponível em http://www.justice.gov.za/paja/docs/unit/PAJA_Code_draft_v2_2006.pdf

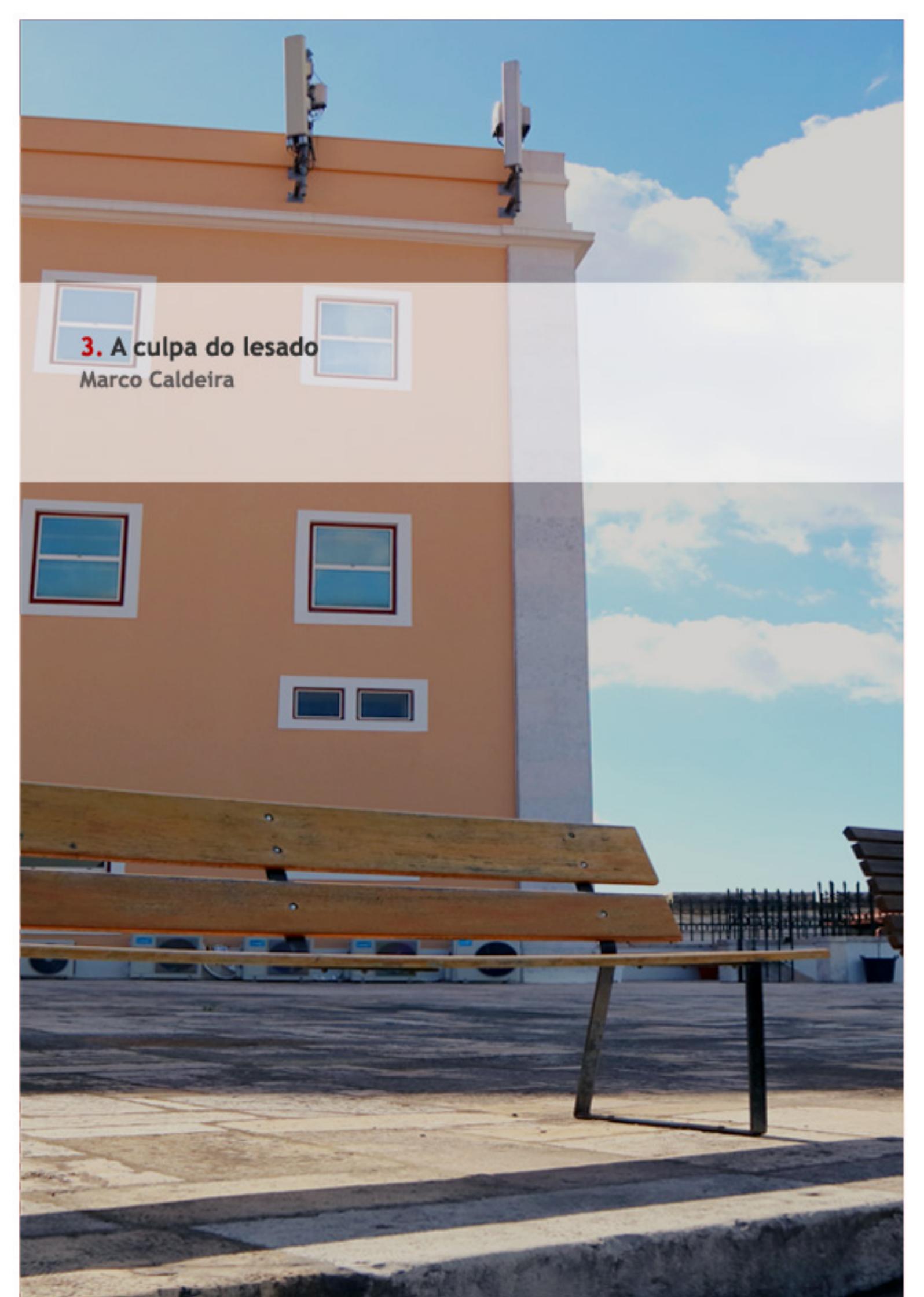
Principles of Good Administration - In the Member States of the European Union, Swedish Agency for Public Management (2005) – disponível em <http://www.statskontoret.se/globalassets/publikationer/2000-2005-english/200504.pdf>

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/whjffam7j/streaming.html?locale=pt>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



3. A culpa do lesado

Marco Caldeira

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. CULPA DO LESADO*

Marco Caldeira**

- 1) O artigo 4.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (“RRCEEP”), aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, ao dispor que “[q]uando o comportamento culposo do lesado tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, designadamente por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída”, consagra – como resulta da epígrafe do preceito transcrito – a figura da *culpa do lesado*¹;
- 2) A culpa do lesado, que tem subjacente o princípio *tu quoque*, constitui um princípio geral de Direito, comum aos diversos Estados europeus, com longo lastro histórico no campo do Direito Civil mas com lugar próprio, também, no seio do Direito Público e, mais especificamente, do Direito Constitucional e Administrativo;
- 3) A nível positivo, os antecedentes legais do encontram-se no artigo 570.º do Código Civil e no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967 – disposição que suscitou divergências doutrinárias e jurisprudenciais, tendo sido objecto de interpretações *processualistas* (encarando a prévia impugnação do acto lesivo como um pressuposto processual de admissibilidade da própria pretensão indemnizatória) e *substancialistas* (à luz das quais a falta de impugnação prévia do acto lesivo apenas seria um factor a relevar em sede de culpa do lesado), tendo acabado estas últimas por prevalecer;

* Apresenta-se aqui uma brevíssima súmula da intervenção que, em 27 de Abril de 2018, tivemos oportunidade de efectuar na acção de formação contínua sobre *Temas de Direito Administrativo*, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários.

Contudo, a intervenção então proferida baseou-se num texto mais longo e desenvolvido, correspondente à nossa anotação ao artigo 4.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, que se encontra publicada em AA.VV., *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência*, 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2018, páginas 369 a 421.

Tal explica o carácter essencialmente sumário das conclusões aqui apresentadas, remetendo-se para o referido texto para maiores desenvolvimentos e para a indicação das competentes indicações doutrinárias e jurisprudenciais.

Ao Centro de Estudos Judiciários, nas pessoas da Exmas. Senhoras Dras. MARTA CAVALEIRA e ANA CARLA DUARTE, bem como do Exmo. Senhor Dr. FERNANDO DUARTE, muito agradeço o convite para participar na referida na acção de formação e para a publicação destes modestos tópicos, esperando que os mesmos possam ter alguma utilidade.

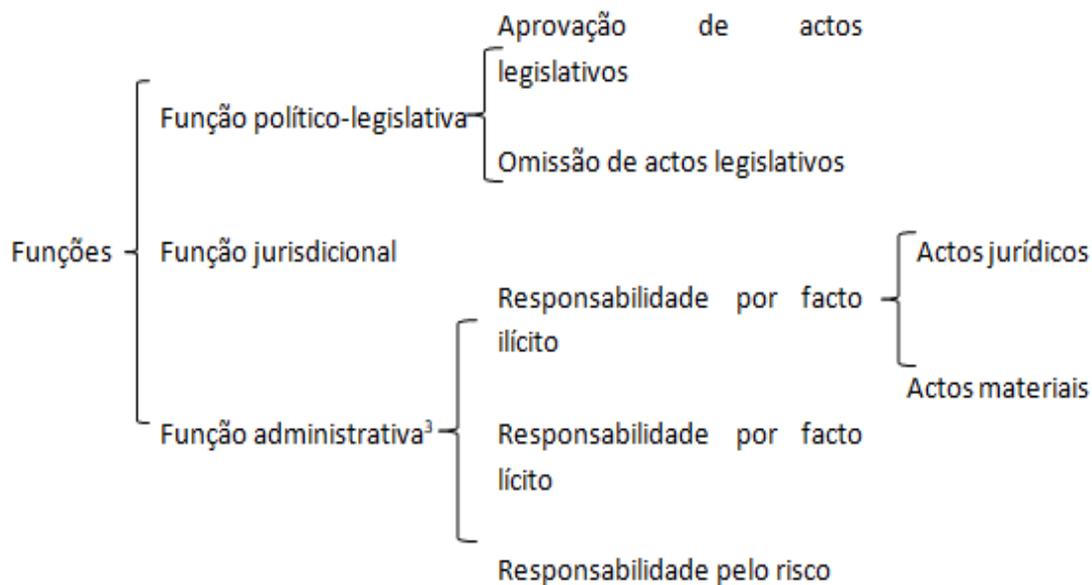
Agradeço ainda, naturalmente, à Professora Doutora CARLA AMADO GOMES.

** Advogado. Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ Também presente em outros regimes de Direito Público: veja-se, assim, o artigo 9.º do regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho: “A reparação a que haja lugar nos termos dos artigos anteriores pode ser reduzida ou excluída, tendo em conta as circunstâncias do caso, quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento do dano”.

- 4) Antes do RRCEEP, nota ainda para o teor do artigo 38.º/2 do CPTA, do qual se retiram dois corolários fundamentais:
- a) Por um lado, o facto de um acto administrativo já não poder ser impugnado não obsta a que o Tribunal conheça da sua ilegalidade, ainda que a título incidental (nomeadamente, para indagar do preenchimento do requisito da *ilicitude*, no contexto de uma acção de responsabilidade civil) – o que claramente evidencia a *autonomia* das duas acções (de impugnação e de indemnização), tornando inequívoco que a primeira não é um pressuposto necessário da segunda;
 - b) Por outro lado, apesar dessa autonomia, a falta de impugnação do acto lesivo não pode deixar de ter consequências ao nível da tutela final concedida ao interessado, impedindo-o de obter, numa outra acção (desde logo, com fins indemnizatórios), os mesmos efeitos que obteria em caso de anulação do acto lesivo;
- 5) Com o artigo 4.º do RRCEEP, tornou-se absolutamente inequívoco que a prévia impugnação do acto lesivo não constituía um pressuposto processual do pedido indemnizatório (e, portanto, a falta dessa impugnação não precludiria a apreciação da pretensão ressarcitória), apenas relevando enquanto factor potencialmente evidenciador de culpa do lesado – a qual, a existir, poderá ou não ter influência na determinação do *quantum* do montante da indemnização devida, sendo legalmente admissível que, apesar da sua culpa, o lesado tenha direito a ver os seus danos integralmente reparados;
- 6) A figura da culpa do lesado não se cinge à função administrativa, sendo possível encontrar afloramentos da sua relevância nas demais funções do Estado, razão pela qual pode afirmar-se estarmos perante um princípio de aplicação transversal no âmbito do Direito Público;
- 7) Assim, é possível verificar-se culpa do lesado quanto aos danos provocados por actos da função político-legislativa, nos casos em que tais actos só são passíveis de gerar danos através de um comportamento dos seus destinatários, bem como, por maioria de razão, nos casos de danos provocados por actos administrativos praticados sob a forma de lei e que os seus destinatários não tenham impugnado oportunamente (cf. artigos 268.º/4 da Constituição e 52.º/2 do CPTA);
- 8) Também quanto às omissões legislativas, o próprio artigo 15.º/5 do RRCEEP – e independentemente das fundadas dúvidas que suscita – obriga a que seja primeiramente desencadeado o processo para a fiscalização de inconstitucionalidade por omissão junto do Tribunal Constitucional para que o lesado possa ser indemnizado pelos danos sofridos por força da omissão;

- 9) Quanto à função jurisdicional, também aqui o artigo 13.º/2 do RRCEEP – também ele, não isento de dúvidas, longe disso – exige que o pedido de indemnização fundado em erro judiciário seja fundado na prévia revogação da decisão danosa por parte da jurisdição competente;
- 10) Num plano distinto – já não no do exercício da função jurisdicional, mas no da administração da Justiça –, o comportamento do lesado também tem influência na responsabilidade pela violação do dever de os Tribunais proferirem uma decisão em “*prazo razoável*” (cf. artigos 20.º/4 da Constituição e 6.º/1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 4 de Novembro de 1950), embora, aqui, haja que distinguir consoante a legislação processual concede ou não às partes algum mecanismo para agilizar a prolação da decisão² e, além disso, seja também necessário evitar que os direitos das partes no processo sejam coarctados, razão pela qual só se considera que as mesmas contribuíram para o atraso no processo quando tenham actuado abusivamente ou tenham feito uso dilatatório das faculdades que processualmente lhes são conferidas;
- 11) O principal campo de aplicação da culpa do lesado é, porém, o da função administrativa, operando na responsabilidade civil extracontratual da Administração, tanto por acção – prática de actos jurídicos ou materiais – como por omissão, tanto lícitas como ilícitas, sem esquecer a responsabilidade pelo risco:



² Assim, num litígio de natureza não criminal (por exemplo, uma causa de natureza civil), entende-se ser “*exigível às partes, em face do mencionado princípio do dispositivo, alguma dose de impulsionamento processual*”; por seu turno, em processos de natureza criminal, a lei prevê um incidente de aceleração processual (cf. artigos 108.º a 110.º do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro), a que o lesado pode recorrer (mas cuja não utilização, em contrapartida, o torna co-responsável pelos danos sofridos em virtude da morosidade do processo).

³ Aqui se inclui também a administração judiciária (cf. artigo 12.º do RRCEEP).

- 12) O conceito de “lesado” abrange, não apenas a pessoa em cuja esfera jurídica se verificaram os danos, mas também de outras pessoas que o representem, que actuem (ou devessem ter actuado) em seu nome ou a quem o lesado tenha recorrido – discutindo-se se também um agente administrativo ou um “colaborador benévolo” da Administração pode ser considerado “lesado”, para este efeito;
- 13) Por seu turno, apesar do que a redacção da lei parece sugerir, a “conduta” do lesado também engloba, tanto actuações como omissões, a nível substantivo, procedimental⁴ ou processual, não se restringindo à falta de utilização dos meios processuais de reacção contra a Administração:
- Conduas relevantes do lesado⁵ {

 - Actuações (ou omissões) substantivas
 - Actuações (ou omissões) procedimentais
 - Actuações (ou omissões) processuais
- 14) Uma análise da jurisprudência permite evidenciar a extrema *heterogeneidade* de comportamentos que podem reconduzir-se à culpa do lesado, desde a prestação de falsas informações em sede de procedimento administrativo, à violação de normas de circulação rodoviária, no âmbito de acidentes de viação, à fuga e desobediência a autoridades policiais, à falta de vigilância adequada de menores a cargo do lesado;
- 15) Processualmente, a culpa do lesado configura uma excepção peremptória (cf. artigo 89.º/3 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro), de conhecimento oficioso (*vide* o mesmo preceito, bem como o artigo 572.º do Código Civil);
- 16) Neste sentido, será sobre a Administração / entidade demandada que recairá o ónus da prova dos factos que integram a culpa do lesado (cf. artigos 342.º/2 e 572.º do Código Civil), sob pena de tais factos não serem dados como assentes (cf. artigo 414.º do Código de Processo Civil);
- 17) Se estivermos perante uma presunção de culpa por parte da Administração, ou esta a afasta (cf. artigo 350.º/1 do Código Civil) ou demonstra a existência de culpa por parte do lesado (cf. artigo 570.º/2 do Código Civil); neste último caso, porém, a culpa do lesado só afasta a culpa *presumida* da Administração, mas não a sua culpa *efectiva* – além de que, de acordo com alguma jurisprudência, mesmo a culpa meramente presumida da Administração só é afastada caso a culpa do lesado seja *exclusiva*, isto é, caso a conduta do lesado seja *totalmente* responsável pelos danos verificados;

⁴ Cf., paradigmaticamente, o artigo 168.º/5 do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro.

⁵ Inclui outras pessoas que o representem, que actuem (ou devessem ter actuado) em seu nome ou a quem o lesado tenha recorrido.

- 18) A consagração da figura da culpa do lesado não significa que o lesado tenha propriamente um dever de protecção da sua própria esfera jurídica, mas sim que, por um lado, o lesado deve estar de boa fé e, por outro lado, o Tribunal deve atender ao concurso de causas dos danos verificados e cujo ressarcimento é peticionado;
- 19) Esta figura enfrenta, porém, a crítica de “casar” mal com o princípio da alternatividade na escolha dos meios processuais, embora o reparo só seja procedente quando existe uma verdadeira *identidade* de efeitos pretendidos pelo lesado em cada uma das diferentes vias ao seu dispor;
- 20) Para verificar se existiu ou não culpa do lesado e, em caso afirmativo, se tal culpa deve determinar a manutenção, diminuição ou exclusão da indemnização pedida, deverá percorrer-se o seguinte caminho argumentativo:
- a) *Primeiro*, haverá que indagar se o lesado, por acção ou omissão, esteve na origem do dano verificado ou contribuiu, de algum modo, para a sua subsistência ou até agravamento – o que deve ser feito à luz da teoria da *causalidade adequada*, a exemplo do que sucede na relação entre a conduta do *lesante* e o dano; e
 - b) Só *depois*, apurada a existência de um comportamento causal, será pertinente aferir da respectiva culpa, é dizer, saber se ao lesado era exigível, no caso concreto, a adopção de um comportamento distinto daquele que efectivamente adoptou, em termos que permitam formular um juízo de censura e que justifiquem sancioná-lo com a redução ou exclusão da indemnização que, de outro modo, lhe seria totalmente devida, sendo certo que a culpa do lesado tanto pode reportar-se ao facto ilícito causador dos danos, como directamente aos danos provenientes desse facto.

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/26h6dke8t9/streaming.html?locale=pt>



4. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável

Ana Rita Campino

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. Responsabilidade civil do Estado por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável.
O montante indemnizatório – Jurisprudência do TEDH

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DO DIREITO A UMA DECISÃO JUDICIAL EM PRAZO RAZOÁVEL. O MONTANTE INDEMNIZATÓRIO – JURISPRUDÊNCIA DO TEDH

Ana Rita Campino*

Apresentação *Power Point*

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Responsabilidade civil do Estado por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável. O montante indemnizatório – Jurisprudência do TEDH

Artigo 6.º da Convenção

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada (...) num prazo razoável por um tribunal (...), o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.
(...)

* Jurista no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

1. Questão prévia – O esgotamento das vias de recurso internas

a. O caso Martins Castro e Alves Correia de Castro, n.º 33729/06, 10.06.2008

- Efetividade da ação de responsabilidade civil extracontratual, art. 12.º da Lei n.º 67/2007, de 31.12.2007.
- §§ 53 a 56 – TEDH considerou que a jurisprudência portuguesa não estava consolidada no sentido de aceitar que os prejuízos causados pela duração excessiva de um processo judicial merecem, em si mesmos, a atribuição de uma indemnização. Não havia uma uniformização da jurisprudência.

1. Questão prévia – O esgotamento das vias de recurso internas

b. O caso Valada Matos das Neves, n.º 73798/13, 29.10.2015

- Efetividade da ação de responsabilidade civil extracontratual, art. 12.º da Lei n.º 67/2007. As vias de recurso internas devem ser efetivas, na teoria e na prática.
- Análise da jurisprudência nacional em relação à morosidade processual. § 67:

(...) O STA teve (...) a oportunidade de proferir vários acórdãos confirmando a jurisprudência do Tribunal Europeu e pondo termo às divergências jurisprudenciais. Além disso, as jurisdições administrativas inferiores seguem esta jurisprudência (...). Por conseguinte, a prolação de um acórdão de uniformização de jurisprudência, sugerido pelo Tribunal Europeu no acórdão Martins Castro e Alves Correia de Castro (ver os parágrafos 56 e 66), no sentido de consolidar a jurisprudência constante do (...) Supremo Tribunal Administrativo (...), já não se justifica. (...)

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

1. Questão prévia – O esgotamento das vias de recurso internas
b. O caso Valada Matos das Neves, n.º 73798/13, 29.10.2015

- § 72 – Recurso preventivo e recurso indemnizatório:

Quando está em causa o direito a um processo em prazo razoável, um recurso é “efetivo” sempre que permite, quer a antecipação da decisão judicial, quer a atribuição ao litigante de uma reparação adequada pelos atrasos já verificados (Sürmeli c. Alemanha [GC], n.º 75529/01, § 99, CEDH 2006-VII, e Vassilios Athanassiou e outros c. Grécia, n.º 50973/08, § 54, 21 de Dezembro de 2010). Se o primeiro tipo de recurso é preferível, por ser de natureza preventiva, um recurso indemnizatório pode ser efetivo quando o processo já sofreu uma excessiva demora e não existe recurso preventivo (Kudla, supra, § 158, Mifsud, supra, § 17, Scordino (n.º 1), supra, § 187, e McFarlane, supra, § 108).

- Ação de responsabilidade civil extracontratual é recurso indemnizatório.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

1. Questão prévia – O esgotamento das vias de recurso internas
b. O caso Valada Matos das Neves, n.º 73798/13, 29.10.2015

- § 73 – Critérios que permitem verificar se recurso indemnizatório é efetivo:
 - a. recurso indemnizatório num prazo razoável;
 - b. pagamento no prazo máximo de seis meses;
 - c. equidade;
 - d. custas judiciais não devem impor encargos excessivos quando a ação tenha fundamentos;
 - e. montante da compensação não deve ser insuficiente em comparação com montantes aplicados pelo Tribunal Europeu.



4. Responsabilidade civil do Estado por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável.
O montante indemnizatório – Jurisprudência do TEDH

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

1. Questão prévia – O esgotamento das vias de recurso internas
b. O caso Valada Matos das Neves, n.º 73798/13, 29.10.2015

- § 98 – exemplos de casos de morosidade analisados ao abrigo da ação de responsabilidade civil extracontratual; foco no número de anos e nas instâncias.
- Portugal tem uma via de recurso efetiva para questões de morosidade desde 27.05.2014 (acórdão de 27.11.2013 do STA disponível para ser consultado no site “dgsi”).



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

1. Questão prévia – O esgotamento das vias de recurso internas

c. O caso Tomé Mota, n.º 32082/96, 2/12/1999

- Vários processos criminais contra o requerente.
- Meio processual previsto nos artigos 108.º e 109.º do CPP (aceleração processual) é um recurso preventivo e é efetivo.
- Requerente não usou o meio processual disponível – queixa no TEDH inadmissível.



2. Período a ter em consideração – Alguns aspetos

- O período relevante começa a contar no início do processo.
- Procedimento administrativo pré-requisito para instaurar a ação em causa: esse período de tempo também se considera.
- Os Estado só pode ser responsável por atrasos em relação aos quais não tenha cumprido o “prazo razoável” (*Humen c. Polónia* [GC], n.º 26614/95, 15.10.1999, § 66; *Proszak c. Polónia*, 16.12.1997, § 40; *Tóth c. Hungria* (dec.), n.º 40909/11, 13.06.2017, §§ 23 e 24).
- Processos de execução - “segunda fase do processo”. Ação declarativa e executiva formam um todo. Direito reconhecido não se torna efetivo enquanto não for executado. Exceção em que o período da ação executiva não foi considerado (*Mateus Pereira da Silva c. Portugal*, n.º 67081/13, 25.07.2017, §§ 29 a 31).

3. Prazo Razoável?

a. Observações prévias

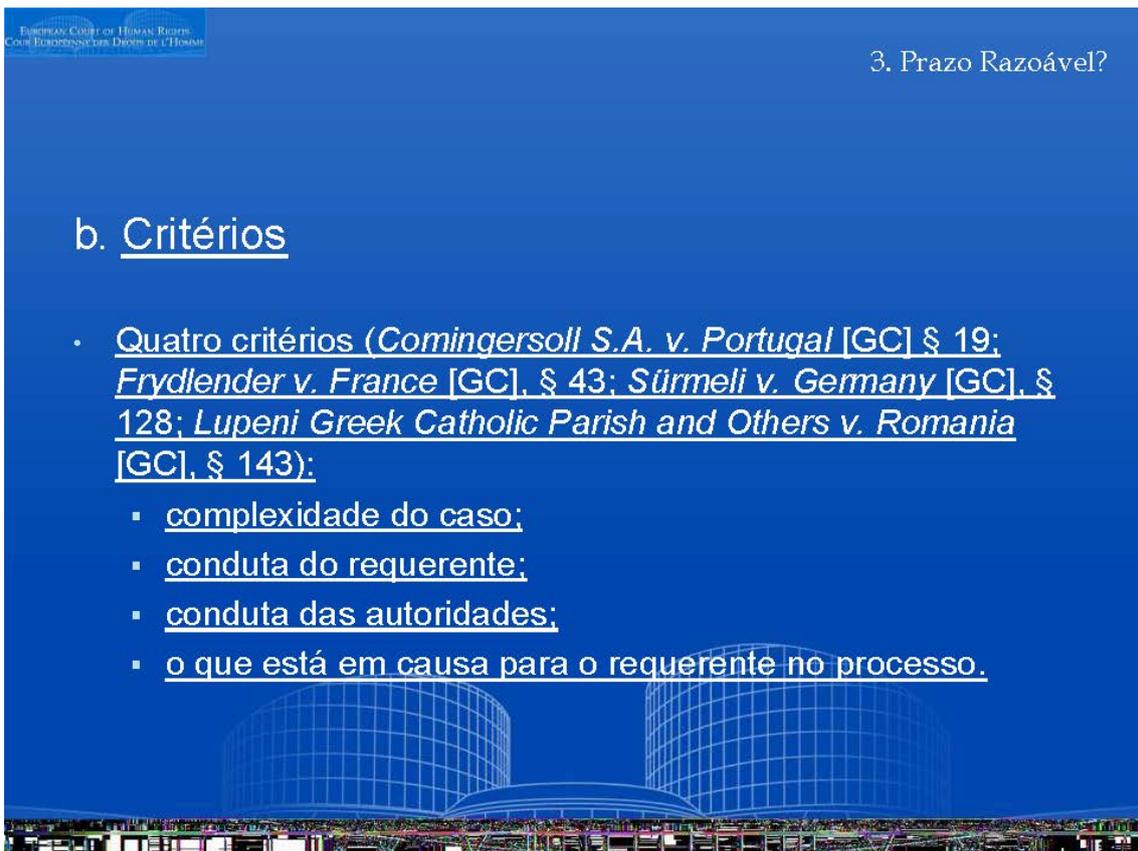
- Obrigação dos Estados Membros de terem o seu sistema judicial organizado de forma a garantir decisões num prazo razoável. Exemplo: *Escalda Ferreira c. Portugal*, n.º 62252/12, 12.01.2016.
- Apreciação caso a caso (*Comingersoll S.A. c. Portugal* [GC], § 23).

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

3. Prazo Razoável?

b. Crítérios

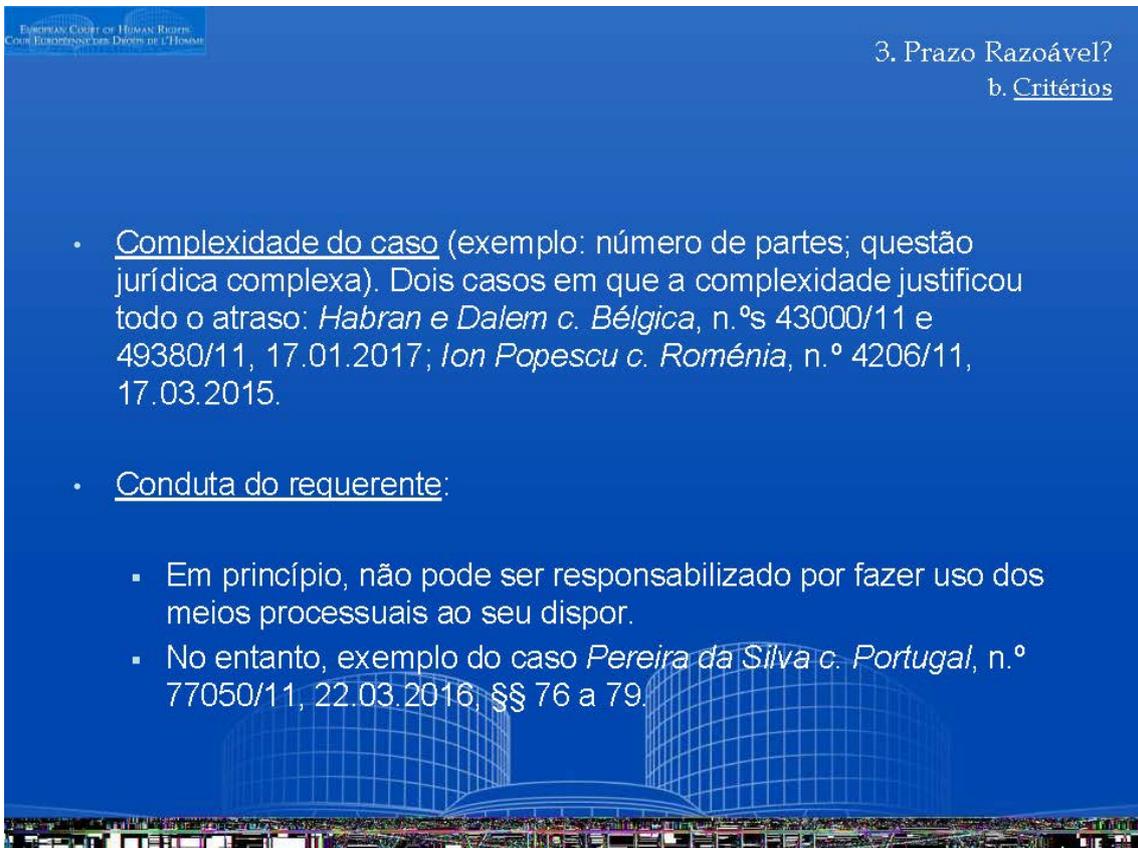
- Quatro critérios (*Comingersoll S.A. v. Portugal* [GC], § 19; *Frydlender v. France* [GC], § 43; *Sürmeli v. Germany* [GC], § 128; *Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania* [GC], § 143):
 - complexidade do caso;
 - conduta do requerente;
 - conduta das autoridades;
 - o que está em causa para o requerente no processo.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

3. Prazo Razoável?
b. Crítérios

- Complexidade do caso (exemplo: número de partes; questão jurídica complexa). Dois casos em que a complexidade justificou todo o atraso: *Habran e Dalem c. Bélgica*, n.ºs 43000/11 e 49380/11, 17.01.2017; *Ion Popescu c. Roménia*, n.º 4206/11, 17.03.2015.
- Conduta do requerente:
 - Em princípio, não pode ser responsabilizado por fazer uso dos meios processuais ao seu dispor.
 - No entanto, exemplo do caso *Pereira da Silva c. Portugal*, n.º 77050/11, 22.03.2016, §§ 76 a 79.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

3. Prazo Razoável?
b. Critérios

- Conduta das autoridades (exemplos):
 - *Martins Moreira c. Portugal*, n.º 11371/85, 26.10.1988, § 60 – O Estado é responsável por todos os seus órgãos judiciais e por todos os seus serviços públicos.
 - *Guincho c. Portugal*, n.º 8990/80, 10.07.1984, § 40 - Problema de organização estrutural tem de ser melhorado de forma a ser eficiente.
- O que está em causa no processo: natureza dos casos pode justificar que o processo deva ser **particularmente expedito**. Ex.: *Cunha Martins da Silva Couto c. Portugal*, n.º 66436/12, 30.04.2015 - processo de incumprimento de responsabilidades parentais; v. § 24.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

4. Montante indemnizatório (a título de danos morais)

a. Observações prévias

- Princípio do pedido: o TEDH não condena em montante superior ao do pedido.
- Ponto de partida: número de anos e número de instâncias.
- Os 4 critérios têm de ser tidos em consideração (se o requerente contribui para o atraso; natureza do processo).
- Ação de responsabilidade civil extracontratual tem de ser célere (ver § 73 do caso *Valada Matos das Neves*). Se não o for, o período de atraso dessa ação também tem de ser tida em consideração - *Domingues Loureiro e outros c. Portugal*, n.º 57290/08, 12/04/2011, § 45:
- Economia comum/agregado familiar: indemnização conjunta.
- Particularidades da situação económica do país.



b. Exemplos de casos recentes

- *Austin e Budiartini c. Portugal*, n.º 70692/13, 25.07.2017: ação declarativa para reconhecimento de propriedade; **5 anos e 11 meses; 3 instâncias - € 975**.
- *Albertina Carvalho e Filhos Lda. c. Portugal*, n.º 23603/14, 04.07.2017: ação executiva para pagamento de dívida; alguns períodos de atraso devido a atuação da requerente; **9 anos e 1 mês; 2 instâncias - € 3.600**.
- *Carneiro da Silva c. Portugal*, n.º 75415/13, 14.03.2017: processo de inventário com alguma complexidade; mesmo que o processo dependa da iniciativa das partes, o tribunal deve-se assegurar de que o processo é célere (*Santos Silva v. Portugal*, no. 52246/12, 30 April 2015, § 29); **13 anos e 4 meses; 1 instância - €13.000**.

- *Freitas c. Portugal*, n.ºs 8349/13 e 56418/13, 12.01.2016: dois processos, ação especial de prestação de contas em inventário e processo especial de inventário; sem complexidade; um durou **16 anos e 8 meses**; outro durou **19 anos e 4 meses; 4 instâncias - € 18.590**.
- *Silva Coelho e Brito Duarte Coelho (dec.) c. Portugal*, n.º 42764/13, 21.02.2017: inventário; **11 anos e 4 meses**; não havia atrasos causados pelas autoridades, apenas pelos requerentes – **inadmissível**.

4. Responsabilidade civil do Estado por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável.
O montante indemnizatório – Jurisprudência do TEDH



Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/zziotslb/streaming.html?locale=pt>

Título:

**Responsabilidade civil extracontratual do Estado
e demais entidades públicas**

Ano de Publicação: 2020

ISBN: 978-989-9018-30-3

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt