



**CEDIPRE ONLINE | 30**

**O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO “COSMOS” DA ILICITUDE  
DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL  
DO ESTADO-ADMINISTRAÇÃO**

---

**Leong, Hong Cheng**

CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO E REGULAÇÃO  
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
MARÇO | 2017

[www.cedipre.fd.uc.pt](http://www.cedipre.fd.uc.pt)

 [/fduc.cedipre](https://www.facebook.com/fduc.cedipre)

**O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO “COSMOS” DA ILICITUDE  
DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL  
DO ESTADO-ADMINISTRAÇÃO**

**Leong, Hong Cheng**



|                        |   |
|------------------------|---|
| TÍTULO                 | O Princípio da Eficiência no “Cosmos” da Ilícitude da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado-Administração  |
| AUTOR(ES)              | Leong, Hong Cheng   |
| IMAGEM DA CAPA         | Coimbra Editora   |
| COMPOSIÇÃO GRÁFICA     | Ana Paula Silva   |
| EDIÇÃO                 | CEDIPRE<br>Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra<br>3004-528 COIMBRA   PORTUGAL<br>Tel.: +351 239 836 309<br>E-mail: cedipre@fd.uc.pt   |
| PARA CITAR ESTE ESTUDO | O Princípio da Eficiência no “Cosmos” da Ilícitude da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado-Administração, Publicações CEDIPRE Online - 30, <a href="http://www.cedipre.fd.uc.pt">http://www.cedipre.fd.uc.pt</a> , Coimbra, março de 2017 |

COIMBRA  
MARÇO | 2017

## **Abreviaturas e siglas**

|       |   |
|-------|---|
| Ac.   | Acórdão   |
| CC    | Código Civil  |
| CPA   | Código do Procedimento Administrativo   |
| CRP   | Constituição da República Portuguesa  |
| CJA   | Cadernos de Justiça Administrativa  |
| Proc. | processo  |
| RLJ   | Revista de Legislação e Jurisprudência  |
| RRCEE | Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (Lei 67/2007, de 31 de Dezembro) |
| STA   | Supremo Tribunal Administrativo   |
| TCAN  | Tribunal Administrativo Central Norte   |
| TCAS  | Tribunal Administrativo Central Sul   |



# O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO “COSMOS” DA ILICITUDE DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO-ADMINISTRAÇÃO

Leong, Hong Cheng

## 1. Delimitação do tema

O estudo do princípio da eficiência, para além de ser interdisciplinar, implica um conjunto de problematizações pluridimensionais. Por isso, antes de avançarmos na nossa indagação, urge-se delimitar nitidamente a dimensão/ as dimensões do princípio da eficiência em que pretendemos focar nas seguintes páginas.

Ora, especialmente no terreno do Direito, o princípio da eficiência (apesar da sua duvidosa juridicidade na doutrina) tem vários campos de vigência. Ele basicamente vincula, ou tem a potência de vincular, todos os poderes de soberania de um Estado de Direito democrático.

Por um lado, ele vincula o legislador, designadamente na área das estratégias regulatórias – pense-se por exemplo no recente regime de SIMPLEX que visa tornar as leis mais claras e compreensíveis para os cidadãos, aumentando assim a qualidade da técnica legislativa, e por seu turno a “eficiência” na regulação (em sentido amplo). Por outro lado, o princípio da eficiência pode ter lugar de aplicação na vinculação dos tribunais – mesmo que isto não seja atinente ao próprio conteúdo das decisões jurisdicionais, mas sim ao aspeto da administração da justiça – tendo repercussão significativa nos problemas do atraso na justiça. Ademais, o princípio da eficiência vincula a Administração Pública – e aqui o princípio se desdobra em várias dimensões:

Em primeiro lugar, temos a dimensão organizatória, que trata sobretudo dos problemas da descentralização, desconcentração e privatização da Administração Pública, para além dos problemas da colaboração dos particulares com a Adminis-

tração. Alias, temos a dimensão procedimental, que pretende reger os trâmites do procedimento administrativo – aqui, encontramos questões pertinentes que se consistem na compatibilização do modelo do procedimento eficiente com a garantia dos direitos fundamentais dos particulares<sup>1</sup>. Além do mais, temos a dimensão substancial, em que o princípio da eficiência visa exercer uma influência no próprio conteúdo das decisões administrativas, emergindo-se como um padrão material que vincula a Administração sobretudo no exercício do poder discricionário.

Ora, dentro desta heterogeneidade de campos da vigência e dimensões do princípio da eficiência, o que escolhemos como objeto principal da indagação do presente trabalho é apenas a dimensão material do princípio da eficiência na sua vinculação da Administração Pública.

Mas mesmo dentro desta circunscrição, as problematizações implicadas são numerosas cuja investigação cabal está sem dúvidas fora do alcance de um só trabalho.

Destarte, tendo em conta o limite e a concisão da nossa indagação, vamos focalizar daí em diante apenas nas questões da ilicitude da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração pela violação da dimensão substancial do princípio da eficiência – ainda que as conclusões eventualmente tomadas possam e devam ter repercussões não despidiendas noutras questões relevantes e interligadas.

Agora, antes de entrarmos subitamente na essência do tema, julgamos que seja importante abordar o nosso (especial) entendimento em relação à dimensão substancial do princípio da eficiência – cuja comunicação argumentativa é imprescindível quer para uma compreensão global do tema, quer para a fundamentação das nossas diversas posições tomadas mais a frente.

## **2. O princípio da eficiência – (re-)construção de um conceito jurídico autónomo da eficiência**

### **2.1.Considerações iniciais**

Como facto notório, a eficiência, que, em conjunto com a economicidade e a eficácia formam o famoso “3E s”, é um dos conceitos operatórios fundamentais em quaisquer estudos da economia. É praticamente impossível não mergulhar na problemática da eficiência em quaisquer temáticas que têm uma conexão, nem que seja meramente ocasional e instrumental, com o funcionamento da economia.

Atualmente, com o recurso cada vez mais frequente, aprofundado e talvez também (contraditoriamente) vulgarizado ao estudo da eficiência, o próprio conceito da eficiência, mesmo no terreno da pura economia, não possui uma noção unitária. Para não mencionar a confusão, por vezes negligente, com os conceitos adjacentes de economicidade e eficácia, podemos encontrar, nas vastas literaturas económicas, um

---

<sup>1</sup> Sobre este tema, consulte, por tudo, LOUREIRO, JOÃO, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*, Coimbra, 1995.

conjunto dos conceitos funcionais da eficiência – todos possuindo uma relevância e influência não despendida no desenvolvimento de diferentes ramos do Direito.

Sem qualquer pretensão de exaustividade, podemos discernir, rudimentarmente: a *eficiência ou ótimo de Pareto*, que, incidindo essencialmente sobre o problema económico de alocação dos recursos, corresponde a um estado em que já não é possível realizar qualquer (re-)alocação dos bens para melhorar a situação de um agente económico sem que prejudique a situação atual do outro agente. Transportando-o para os estudos jurídico-políticos, trata-se de um instrumento prestativo para investigar a temática de fracasso de mercado e os fundamentos e as medidas da intervenção do Estado no mercado<sup>2</sup>.

Ademais, temos o conceito da *eficiência social* que, inserindo-se na fronteira entre a ciência económica e a ciência político-social, traz a balanço (na análise da eficiência de uma certa transação económica), para além dos proveitos e prejuízos polarizados na esfera das partes envolvidas na própria transação, também aqueles que são suportados difusamente pela sociedade em geral<sup>3</sup>. Trata-se sem dúvidas de uma tentativa de adaptar o conceito estritamente económico da eficiência a outros ramos de ciências – e especialmente na ciência político-jurídica, a eficiência social consubstancia-se sem dúvidas numa consideração relevante para a tarefa legiferante, uma vez que como COOTER e ULEN salientam, “[a] good legal system keeps the profitability of business and the welfare of people aligned, so that people who pursue profits also benefit the public”<sup>4</sup>.

Além do mais, temos o conceito, digamos o mais elementar, da eficiência, que, na indagação da relação entre meios e resultados, designa a qualidade de uma decisão ou uma operação que consegue otimizar a utilização dos recursos existentes num determinado tempo e espaço, levando a que, mormente mediante uma ótica relativista: ou consegue atingir o máximo resultado possível com um dado montante de recursos; ou consegue utilizar o mínimo montante de recursos disponíveis para atingir um mesmo resultado pré-fixado. Trata-se de um conceito operatório mais recorrido na ciência jurídica como um ponto de partida, seja na problematização geral da possibilidade de uma abordagem utilitarista do Direito, seja nas problematizações especiais como a compreensão da sublimação da eficiência a um padrão vinculativo das condutas do Estado-Administração (ou seja, a interpretação do princípio da eficiência enquanto um dos princípios gerais das atividades administrativas, que é o objeto nuclear do presente trabalho).

Ora, para facilitar uma eventual comparação do nosso “ponto de chegada” com aqueles das outras doutrinas ocasionalmente convocadas ao longo desta indagação, julgamos que seja oportuno começarmos do mesmo ponto de partida, *i.e.* investigando o sentido do princípio da eficiência nas atividades administrativas a partir

<sup>2</sup> Veja, entre outros, PORTO, MANUEL, *Economia: Um Texto Introdutório*, Coimbra, 2009, p.424-426; PEREIRA, PAULO TRIGO, *Economia e Finanças Públicas*, Coimbra, 2015, p.39 ss..

<sup>3</sup> Cf. COOTER, ROBERT/ ULEN, THOMAS, *Introduction to Law and Economics*, Boston, 2007, p.5.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

do aludido conceito mais elementar da eficiência – mas, claro, sem negar a relevância dos outros conceitos vigentes da eficiência.

## 2.2. Autonomia conceitual da eficiência

Escusando-nos de qualquer papagueamento dogmático e salvando o presente trabalho de um labor excessivamente conceitualista, não vamos explorar a distinção da eficiência de todos os seus conceitos adjacentes<sup>5</sup>. Sendo nós munidos desde o início com uma intencionalidade jurídico-normativa, limitamo-nos apenas i) a precisar a fronteira entre a eficiência e a eficácia no atual Direito Administrativo em que se evidencia uma crise universal do princípio da legalidade administrativa, e ii) a procurar a autonomia “perdida” do princípio da eficiência face ao princípio da proporcionalidade.

### ***i) A nova fronteira entre a eficiência e a eficácia (adaptação dos conceitos à realidade jurídica vigente)***

Antes de demonstrar e justificar esta nova fronteira, é premente precisar, ainda que seja apenas sucintamente, o contexto e o sentido substancial da aludida crise do princípio da legalidade administrativa. Correndo o risco de desvirtuar a riqueza problemática implicada por este fenómeno, numa palavra muito geral, encaramos a crise da legalidade administrativa como a consequência da relativização ou enfraquecimento (senão uma verdadeira perda) da força vinculativa material das leis, apesar de que a sua força vinculativa formal se mantém basicamente intacta. Ou seja, enquanto as leis ainda se apresentam como o fundamento jurídico imediato e o limite inultrapassável das atuações administrativas, estes fundamento e limite diluem-se, levando a que a Administração, amiúde, apenas é obrigada a observar princípios e linhas gerais de orientação finalística com um contorno marcadamente maleável, sem suficiente precisão no conteúdo. Por outras palavras, como ANA RAQUEL MONIZ destacou, louvando-se nas observações do *Conseil Constitutionnel*, “a lei passa a privilegiar um «direito mole», um «direito fluido», um «direito em estado grosso»”<sup>6</sup>.

Ora, por detrás deste enfraquecimento da força vinculativa material das leis, podemos encontrar um conjunto dos fatores<sup>7</sup>. Mas independentemente das natureza

---

<sup>5</sup> Remetemos então para: LOUREIRO, JOÃO, *O Procedimento...*, cit., p. 124-134; SANTOS, MARTA COSTA, *Recompreensão da Decisão Fiscal à luz do Princípio da Eficiência*, Coimbra, 2012, policopiado, p.19-23; GONZÁLES, ENRIQUE LÓPEZ, “Una aproximación de la Ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración pública”, in *Documentación Administrativa*, Madrid, 1989, n.º 218-219, p.75-81, etc., onde se pode encontrar exposições minuciosas sobre a distinção da eficiência dos seus vizinhos. No entanto, é importante assinalar que não existe uma perfeita unanimidade em relação a esta distinção.

<sup>6</sup> Cf. MONIZ, ANA RAQUEL, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez. Contributo para a Teoria dos Regulamentos*, Coimbra, 2012, p.77.

<sup>7</sup> Entre outros, a reação intra-sistemática contra a *inflação legislativa* que “desacralizou” a função das leis [v. *Ibidem*, p. 70-72; *idem*, “The Rulemaking Power of Administrative Agencies: Crisis of Legality, Rule of Law, and Democracy”, 2015, p.12 ss. disponível: <http://ssrn.com/abstract=2420561>];

e variedade destes fatores-causas, o que é importante assinalar para o presente estudo é: a crise da legalidade administrativa tem importado para os Estados contemporâneos uma nova distribuição das tarefas entre os poderes de soberania. E especialmente na relação entre o legislador e a Administração Pública, como as leis agora se apresentam como um “*direito fluído*” que, muitas vezes, se limitam a enunciar apenas os fins a alcançar pela Administração e os princípios gerais na concretização e realização do comando legal; a esfera da liberdade de conformação discricionária da Administração fica conseqüentemente alargada. Por força disso, a Administração possui, *prima facie*<sup>8</sup>, uma maior “liberdade” na decisão de resultados – ou seja, desde que a Administração conseguir enquadrar o resultado a alcançar (ou alcançado) dentro do fim legal, ela cumpriu já efetivamente o que ROGÉRIO SOARES designa por “dever (de boa administração) da adequação formal do ato ao fim legal/ interesse público”<sup>9</sup>. Ora, uma das conseqüências imediatas disso é, antes de mais, uma recompreensão e simultaneamente um reforço da natureza *jus*-constitutiva das ações administrativas, pelo que, sucintamente dito, a Administração dota, por força da própria lei, não só de uma autonomia na escolha de meios, mas também, de uma (muito maior) autonomia na escolha de resultados. Destarte, o que antigamente se interessava por adequação dos meios ao resultado, é substituído pelo novo paradigma de enquadramento dos meios e resultados dentro do fim.

Agora, com a “dissociação” do resultado do fim, deslocando o primeiro para a esfera da conformação discricionária da Administração, ficando só o último na determinação imperativa do legislador, uma nova fronteira entre a eficiência e a eficácia instala-se ser demarcada ao transportar (adaptando) estes valores da origem meta-jurídica para o direito administrativo:

Recordando os conceitos puramente económicos da eficiência e eficácia: a eficiência assinala a relação entre meios e resultados, referindo à qualidade de uma decisão que consegue maximizar os recursos existentes para atingir um certo resultado pré-fixado; enquanto a eficácia destaca a relação entre resultados atingidos e resultados desejados, referindo à qualidade de uma ação que consegue fazer corresponder o atingido ao desejado. Por outras palavras, na ordem económica, ao apli-

---

a implementação de um Estado Regulador e Estado Garantidor que reivindica uma atenuação da intervenção dos poderes públicos na regulação das vidas privadas; a consciência reanimada da incapacidade natural do legislador para resolver problemas de uma sociedade marcada por uma acentuada complexidade, instabilidade e tecnicidade; as considerações políticas que visam alcançar a estratégia de “*blame shift*” ou “*blame avoidance*” que promove a deslocação da regulamentação normativa das certas matérias (sobretudo as politicamente sensíveis) do nível legislativo ao nível administrativo (mormente para as entidades reguladores independentes) [v. BALDWIN, ROBERT/ CAVE, MARTIN/ LODGE, MARTIN, *Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice*, Oxford, 2012, p.56-58. A nosso ver, no contexto contemporâneo, a necessidade desta estratégia de “*blame shift*” é veiculada essencialmente pelo clima do antiparlamentarismo, e mais geral, pela desconfiança dos cidadãos no legislador. Mais obre isto, consulte, por todos, ROSANVALLON, PIERRE, *La Légitimité Démocratique – Impartialité, Réflexivité, Proximité*, Paris (edição de Seuil), 2008, *maxime*, p.9-191], etc.

<sup>8</sup> Dizemos “*prima facie*” uma vez que como veremos, esta liberdade fica por sua vez limitada pelo fenómeno que se conhece por enriquecimento da legalidade material.

<sup>9</sup> V. SOARES, ROGÉRIO, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955, p.179-205 e p.223 ss.

car a eficiência e a eficácia como um padrão de avaliação, é suposto que o resultado é um dado fixo, ou pelo menos que a diferenciação entre resultado e fim não merece uma especial relevância.

Destarte, para que a invocação da eficiência (e eficácia) como um padrão de avaliação no direito administrativo seja coerente com a própria realidade jurídica vigente, antes de ensaiar uma adaptação destes conceitos originalmente económicos à intencionalidade axiológico-normativa da juridicidade (v. *infra*), é premente já uma adaptação dos conceitos à realidade jurídica vigente – que é, *in casu*, a mencionada dissociação juridicamente relevante do resultado do fim.

A este propósito, na nossa perspetiva, *enquanto as leis se mantêm “fluídas”*, a eficácia, no seio da realidade jurídica vigente, refere já não ao resultado que é deixado à discricionariedade administrativa, mas sim ao fim legal. Enquanto a eficiência passa a indagar uma relação mais diversificada entre meio, resultado e fim – ou seja, tendo o fim legalmente fixado como uma meta a atingir e uma fronteira intransponível, uma decisão só merece a qualidade da eficiência se lograr maximizar os recursos disponíveis (otimização dos meios) para que assim consiga uma maximização dos resultados (otimização dos resultados). Quer dizer, agora, no terreno jurídico, em termos da eficiência, a escolha de meios, para além de ter de ser enfileirada numa filosofia de otimização dos recursos, tem de ser teleologicamente guiada para lograr uma otimização dos resultados – tudo por sua vez delimitado pelo fim legal preceituado.

Ora, a demarcação desta nova fronteira conceitual tem uma relevância substancial que se transcende da imposição de um mero rigor conceitualista. Em primeiro lugar, ao “marginalizar” a eficácia a um padrão que visa assinalar a correspondência entre o interesse público alcançado efetivamente por uma atividade administrativa (o fim atingido) e o interesse público imposto pelo legislador (o fim desejado), ela ganha uma nova vida no terreno jurídico enquanto um *prolongamento material* do aludido “dever (de boa administração) da adequação formal ao fim legal” – que exige uma correspondência entre “o interesse público subjetivado” e “o interesse público típico”<sup>10</sup> –, reclamando agora uma *outra* correspondência, que é entre “o interesse público efetivamente alcançado” e “o interesse público típico”. Trata-se de uma reclamação que suscita problematizações interessantes, como a questão da viabilidade dogmática da transposição da figura de “obrigação de resultado”<sup>11</sup> do direito civil para o direito administrativo<sup>12</sup>; a questão da validade de um ato ineficaz em que o agente,

---

<sup>10</sup> As terminologias em itálico são também do nosso saudoso Senhor Doutor ROGÉRIO SOARES. V. SOARES, ROGÉRIO, *Interesse Público...*, cit., maxime, p.196.

<sup>11</sup> “Resultado” aqui, sem dúvidas, no puro sentido de “alcançamento do interesse público típico” e por isso não se deve confundir com aquele “resultado” dissociado do fim legal.

<sup>12</sup> Esta, de facto, já não é uma questão nova nas doutrinas. Logo em 1980, MICHEL PAILLET já chamou atenção para o facto de que esta transposição não é sem dificuldade. O autor até acabou por negar a existência da chamada “*obligations de résultat*” no direito público. Cf. PAILLET, MICHEL, *La Faute du Service Public em Droit Administratif Français*, Paris, 1980, p.569-570, apud., BOUSTA, RHITA, *Essai sur la Notion de Bonne Administration em Droit Public*, Paris, 2010, p.172. No mesmo sentido, pronunciou também BERNARD PACTEAU, para quem “*il paraît bien difficile d’imposer à l’autorité publique une véritable obligation de résultat qui conduirait à la considérer comme fautive chaque fois qu’elle a été inef-*

todavia, cumpriu o dever de correspondência entre “*o interesse público subjetivado*” e “*o interesse público típico*” – a dificuldade surge-se porque a não correspondência entre “*o interesse público efetivamente alcançado*” e “*o interesse público típico*” é algo normalmente estranho (por ser posterior) às fases preparatórias para perfeição na constituição de um ato<sup>13</sup>, etc.

Em segundo lugar, com a associação à eficiência uma finalidade da otimização dos resultados, afastamos da tradicional concentração da análise da eficiência na pura questão de meios. Este enriquecimento da essência do próprio conceito da eficiência no terreno jurídico é fundamental para sustentar a autonomia da eficiência face a outras figuras afins, nomeadamente, a proporcionalidade.

## ii) A autonomia “perdida” do princípio da eficiência face ao princípio da proporcionalidade

Em quaisquer estudos sobre o princípio da eficiência enquanto uma vinculação jurídica das atividades administrativas, é quase impossível não encontrar o confronto da vigência deste novo princípio com o princípio da proporcionalidade. Contudo, na maioria das conclusões doutrinárias que podemos achar na ordem jurídica vigente, em vez de uma clara autonomia do princípio da eficiência face ao princípio da proporcionalidade, o que se destacou é uma confusão da eficiência com a proporcionalidade e até uma absorção da eficiência pela proporcionalidade – por exemplo, como SUZANA TAVARES DA SILVA observou, no controlo das atividades administrativas discricionárias, o padrão da eficiência fica usualmente confundido com o segundo teste do princípio da proporcionalidade: o teste da necessidade, que reclama a adoção da medida menos onerosa para os direitos ou interesses afetados<sup>14</sup>; entretanto, FILIPA URBANO CALVÃO, depois de ter ensaiado distinguir a eficiência da proporcionalidade com base em que “*o juízo de proporcionalidade (e de necessidade) assentaria em juízo de prognose sobre as consequências das medidas em comparação, enquanto o juízo de eficiência pressuporia o conhecimento efetivo das suas reais consequências*”, acabou por negar relevância prática a este critério de distinção, confessando a dificuldade de encontrar uma zona de aplicação autónoma do princípio da eficiência que não seja coberta já pelo princípio da proporcionalidade – para a autora, ainda naquelas hipóteses em que não sejam cobertas pelo teste da necessidade, é eventualmente aplicável o

*ficace*”. Cf. PACTEAU, BERNARD, “note sous T.A. de Paris, 6<sup>e</sup> sect., 4 novembre 1976, *Société des agrégats de Seine et Affluents*; C.E., sect. 27 mai 1977, *Société anonyme Victor Delforge et Compagnie*, rec. 253, n<sup>o</sup>98122-98123; *Jurisclasseur Périodique (Semaine juridique)*, 1978, I, n<sup>o</sup>18778”, *apud.*, BOUSTA, RHITA, *Essai sur...*, cit., p.171.

<sup>13</sup> Tendo em conta o objetivo principal do presente trabalho e assegurando a concisão deste, julgamos que não seja oportuno resolver aqui este conjunto de problemas, deixando nós só uma memória para futuro desenvolvimento.

<sup>14</sup> Cf. SILVA, SUZANA TAVARES DA, “O princípio (fundamental) da eficiência”, 2009, p.4, disponível: <https://drive.google.com/file/d/0B1fVyhqhdCKzMjRIMTQxNzMtMmY4ZS00OTg4LTg0NTMtNjI-wNGY4YTc1ZjAz/view?ddrp=1&hl=en> (o mesmo artigo foi publicado em papel na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º7, Porto, 2010, p.519-544).

teste da proibição do excesso (proporcionalidade em sentido estrito)<sup>15</sup>; por enquanto, JOÃO LOUREIRO, focando na dimensão procedimental do princípio da eficiência, também afirmou esta confusão conceitual entre eficiência e proporcionalidade<sup>16</sup>; recentemente, PAULO OTERO, reduzindo o princípio (material) da boa administração ao princípio da eficiência e da economicidade, até defende explicitamente que a avaliação da eficiência e da economicidade das condutas administrativas se passa pelo crivo da proporcionalidade<sup>17</sup>.

Não obstante, mesmo que seja minoritária, existe ainda (e cada vez mais) voz doutrinária que, explícita ou implicitamente, defende a autonomia substancial da eficiência face à proporcionalidade. Exploraremos a tese de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO e a de RHITA BOUSTA, que – sem dúvidas, não esgotam todas as contribuições doutrinárias vigentes – são posições bem atualizadas que servem perfeitamente para uma reflexão crítica mais profunda.

Para MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, ainda que exista uma grande proximidade entre a eficiência e a proporcionalidade (sobreposição esta que existe de facto entre todos e quaisquer princípios) e que possa afirmar que “*na eficiência, se tenha encontrado uma dimensão específica da ideia geral de proporcionalidade e justiça*”, é possível ainda demarcar uma zona aplicativa autónoma para a eficiência tendo em conta a sua própria racionalidade. Isto é, para o autor, a eficiência é um padrão especialmente dedicado à avaliação da razoabilidade de gestão de recursos públicos, tendo “*especial incidência nas questões que se prendem com a prossecução do interesse público pela via contratual ou através da colaboração com os particulares*” – âmbito de aplicação este que é, em princípio, alheio à lógica do princípio da proporcionalidade, que, especialmente na sua vertente da proibição do excesso, cuida do sacrifício imposto a uma posição subjetiva, mas não do sacrifício colocado nos recursos/ fundos públicos<sup>18</sup>.

Por outro lado, RHITA BOUSTA, que adota uma noção muito estrita da boa administração, definindo-a como “*adaptation équilibrée des moyens*” (que por isso coincide, ainda que não seja perfeitamente, com a nossa ideia de eficiência), e restringe a eficiência à uma racionalidade estrita que guia a utilização dos meios financeiros<sup>19</sup>; também não hesita em autonomizar a sua noção muito estrita da boa administração (que na nossa ótica, assimila basicamente à eficiência) da proporcionalidade, embora confesse que ambos os conceitos partilhem “*as ideias de adaptação (ou adequação) e ponderação*”. Entre os argumentos avançados pela autora, o mais relevante para o

---

<sup>15</sup> Cf. CALVÃO, FILIPA URBANO, “Princípio da eficiência”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º 7, Porto, 2010, p.333-335.

<sup>16</sup> Parafraseando: “[o] *abre-te Sésamo do controlo judicial da eficiência ou ineficiência das concretas configurações procedimentais a cargo da Administração chama-se agora princípio da proporcionalidade*”. Cf. LOUREIRO, JOÃO, *O Procedimento...*, cit., p.137.

<sup>17</sup> Cf. OTERO, PAULO, *Direito do Procedimento Administrativo I*, Coimbra, 2016, p.272-274.

<sup>18</sup> Cf. RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, “Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular”, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), Lisboa, 2015, p.175-180.

<sup>19</sup> V. BOUSTA, RHITA, *Essai sur...*, cit., p.177-180.

nosso estudo é: segundo a observação da autora, a proporcionalidade é uma racionalidade convocada essencialmente na problemática de limites dos direitos (fundamentais) e é definida no terreno jurídico negativamente pela ausência de desproporcionalidade; enquanto a “boa administração” não se dedica aos problemas de limites dos direitos mas implica uma ação *positiva* de “*adaptation équilibrée des moyens*”. Além disso, enquanto na proporcionalidade se indaga a concordância entre o objetivo e a afetação dos direitos; na “boa administração”, o que se interessa é a pertinência dos vários elementos que constituem os meios<sup>20</sup>.

Estas são posições que têm um mérito incontestável no ensaio da autonomização conceitual da eficiência. Todavia, não podemos subscrever-lhes irreflexivamente. Há, certos pontos que julgamos ainda serem insuficientes para o efeito.

Especialmente em relação à posição de MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, ainda que seja virtuosa em salientar a dedicação (limitação) dogmática do princípio da proporcionalidade à questão dos sacrifícios das posições subjetivos; é, a nosso ver, ainda redutora na delimitação da autonomia aplicativa do princípio da eficiência – sem dúvidas, o princípio da eficiência, em virtude da sua origem económica e empresarial, tem uma especial pertinência no problema de gestão pública e utilização dos recursos públicos<sup>21</sup> e é o Tribunal das Contas o pioneiro judiciário que, partindo da sua competência da fiscalização da boa gestão financeira, iniciou o recurso ao princípio da eficiência como padrão de controlo das atividades públicas<sup>22</sup>, não podemos esgotar nesta área a aplicação do princípio da eficiência, sob pena de restringir indevidamente a essência nuclear deste princípio a um mero limite de sacrifício, que acaba por aproximar contraditoriamente ao princípio da proporcionalidade.

Na nossa perspetiva, para fugir efetivamente a esta confusão embaraçosa com o princípio da proporcionalidade, como RHITA BOUSTA defende, é imprescindível que o princípio da eficiência (*rectius*, “boa administração” em sentido muito estrito na própria tese da autora) seja entendido como *uma imposição com conteúdo positivo*, e não como um outro “limite de limite” paralelo ao princípio da proporcionalidade.

Todavia, esta imposição com conteúdo positivo, a nosso ver, já não deve identificar-se àquela que RHITA BOUSTA compreende por “*adaptation équilibrée des moyens*”. Para além de que esta compreensão da autora é finalisticamente construída em torno da busca de um novo entendimento da boa administração, que é mais amplo que o princípio da eficiência; julgamos que a mera ideia de “adaptação equilibrada” seja

<sup>20</sup> Cf. *ibidem*, p.221-222.

<sup>21</sup> Como se nota, no início da discussão da relevância jurídica do princípio da eficiência e mais geral os valores de 3E s, a tónica se coloca especialmente na problemática de aproximação mútua entre a Administração Pública e as empresas privadas na matéria de gestão e utilização dos recursos sobretudo financeiros. Vejam entre outros, GONZÁLES, ENRIQUE LÓPEZ, “Uma aproximación...”, *cit.*, *maxime*, p.68-75; EICHORN, PETER, “¿Qué pueden aprender recíprocamente las empresas privadas y las Administraciones públicas?”, in *Documentación Administrativa*, Madrid, 1989, n.º 218-219, p.259-268; *idem.*, “El control del resultado em el gasto de los fondos públicos”, in *Documentación Administrativa*, Madrid, 1989, n.º 218-219, p.419-434.

<sup>22</sup> V. SILVA, SUZANA TAVARES DA, “o princípio...”, *cit.*, p.21 ss.

ainda sobremaneira “tímida”, mormente quando associar a eficiência à própria filosofia da boa administração. Na nossa perspectiva, fiel ao próprio conceito mais elementar da eficiência enquanto uma reclamação à otimização dos recursos disponíveis (e com a sua adaptação à realidade jurídica vigente – enquanto uma otimização dos meios teleologicamente orientada para alcançar uma otimização dos resultados dentro da fronteira do fim legal), o conteúdo positivo imposto pelo princípio da eficiência deve apontar para uma “otimização equilibrada dos meios e dos resultados”, em vez de uma mera “adaptação equilibrada”, e muito menos um simples limite de sacrifício<sup>23 24 25</sup>.

Com isto, julgamos que se consiga achar já aquela autonomia “perdida” do princípio da eficiência face ao princípio da proporcionalidade, que tem uma relevância prática não despendida:

Com efeito, logo que o princípio da eficiência (*rectius*, este entendimento do princípio da eficiência) fique juridicizado e se torne num padrão justiciável (v. *infra*.), isto representará um novo domínio do controlo jurisdicional sobre as atividades administrativas, ainda que este controlo seja apenas um controlo negativo. Isto porque, o domínio aplicativo verdadeiramente autónomo do princípio da eficiência é agora constituído por aquelas hipóteses em que não estamos perante uma conduta administrativa que implica uma limitação-sacrifício das posições subjetivas (hipóteses estas que são reservadas na maioria para o comando do princípio da proporcionalidade e certas dimensões do princípio da eficiência que não são nitidamente autonomizáveis

---

<sup>23</sup> Também por força desta racionalidade nuclear de otimização, mesmo que acrescente um novo teste da *proibição de defeito* ou *proibição da proteção suficiente* ao princípio da proporcionalidade, a autonomia do princípio da eficiência fica intacta. Isto porque o teste da *proibição de defeito*, embora pareça que já representaria algo mais do que um mero limite de sacrifício, não reclama nada mais do que uma *suficiente* proteção dos direitos *face a uma agressão*. A ideia de otimização, por isso, é alheia a este teste. Além disso, como veremos, o domínio autónomo aplicativo do princípio da eficiência não pressupõe uma proteção dos direitos face a agressões, mas sim um melhoramento do *statu quo* das posições subjetivas.

<sup>24</sup> O entendimento do princípio da eficiência enquanto um comando da otimização está, ademais, em perfeita consonância com o atual aparecimento do princípio da eficiência como uma das dimensões substanciais, com confirmação legislativa, do princípio da boa administração (art. 5.º/1 do CPA). Isto porque como ROGÉRIO SOARES ensina, a ideia da boa administração, decorrente do princípio da prossecução dos interesses públicos, não é um equivalente ao conceito civil de “*bom pai de família*” que apela a um homem com *média* diligência. Pelo contrário, num Estado de Direito em que à Administração Pública é atribuída o poder-dever de prosseguir interesses públicos substanciais com as competências delimitadas pelo legislador, a reclamação a uma boa administração não é o requerimento de uma mera administração média, mas sim uma ótima administração, pelo que nas próprias palavras deste insigne jurista: “... *bom é sinónimo de ótimo, boa administração equivale a ótima administração*”. Cf. SOARES, ROGÉRIO, *Interesse Público...*, cit., p.189-190.

Resta tomar uma nota de que a nossa convocação desta importantíssima compreensão de ROGÉRIO SOARES da boa administração enquanto uma ótima administração, porém, não significa a nossa adesão completa à doutrina do saudoso mestre acerca do dever da boa administração. A discordância será devidamente abordada *infra*.

<sup>25</sup> Por isso, julgamos que padeçam da incoerência lógica as doutrinas que começam por definir a boa administração como uma administração que prossegue os interesses públicos de *melhor* maneira possível, e ligar o princípio da eficiência ao princípio da boa administração; mas acabam por confundir ou até esgotar o princípio da eficiência no princípio da proporcionalidade, reduzindo o primeiro num mero princípio de “limite de sacrifício”.

face ao princípio da proporcionalidade)<sup>26</sup>, mas sim perante uma atividade administrativa que serve para a concretização de um determinado interesse público típico que implica um melhoramento puro e simples do *statu quo* de certas posições subjetivas<sup>27</sup>.

Pensa-se nos casos das disponibilizações por iniciativa oficiosa do uso público de um certo domínio público, nos casos da concretização *ex novo* dos direitos fundamentais sociais, económicos e culturais, *etc.*, em que, em princípio, não implicam limitações das posições subjetivas alheias, mas um puro melhoramento das posições subjetivas dos beneficiários do ato. Aqui, não vejamos a possibilidade de invocar o princípio da proporcionalidade, *rectius*, o teste da necessidade e o teste da proibição do excesso; e o que o princípio da eficiência manda aquilatar nestes casos é: ao re-aliar estes atos, a administração pública já tem otimizado os meios disponíveis para atingir o melhor resultado possível<sup>28</sup>?

No fim, resta acrescentar uma nota de que esta autonomia do princípio da eficiência não significa uma total isolação deste do princípio da proporcionalidade. Sucintamente dito, em primeiro lugar, o teste da adequação será comum ao princípio da eficiência e ao princípio da proporcionalidade, uma vez que como se recorda, a eficiência, adaptada à realidade jurídica vigente, representa uma otimização dos meios e dos resultados *sempre dentro do fim legal*. Portanto, para que possamos questionar a eficiência de uma conduta administrativa, *ab initio*, devemos estar perante uma conduta adequada à prossecução do interesse público típico (o fim legal). Em segundo lugar, tendo em conta a nova corrente do entendimento do princípio da proporcionalidade, que advoga um sub-princípio da ponderação e do balanceamento<sup>29</sup>, não podemos ignorar que a eficiência, adaptada agora à própria intencionalidade do Direito (v.

<sup>26</sup> Destarte, se quiser ainda relacionar o princípio da proporcionalidade (sobretudo o teste da necessidade) com os valores de 3Es, julgamos que seja mais pertinente, como OTTAVIO GRASSO defende, associar o princípio da proporcionalidade ao princípio da economicidade que reclama uma atuação com menos custos. Citando do autor: “...il principio di economicità conferisce nuova linfa al canone della proporzionalità, atteso che, sebbene sotto un profilo più squisitamente economico, richiede che i costi della gestione non siano mai in misura superiore a quelli necessari al perseguimento delle finalità pubbliche”. V. GRASSO, OTTAVIO, “I principi generali dell’attività amministrativa”, 2010, p. 11, disponível: <http://www.giappichelli.it/stralci/3489772.pdf>. O mesmo artigo fica publicado in *Il Procedimento Amministrativo (a cura di MICHELE CORRADINO)*, Torino, 2010, p.1 ss..

<sup>27</sup> Com esta nova separação de água, ensaiámos então afastar, *pelo menos parcialmente*, a hesitação dos autores como AROSO DE ALMEIDA, que, definindo a eficiência como “a otimização na utilização dos recursos e, portanto, a adoção da melhor solução, a solução ótima para a prossecução de cada fim visado”, acabou por subscrever em geral à doutrina que advoga a falta da autonomia do princípio da eficiência face ao princípio da proporcionalidade (sobretudo no momento do controlo jurisdicional). V. ALMEIDA, AROSO DE, *Teoria Geral do Direito Administrativo. O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, Coimbra, 2015, p.55-63 e nota 73.

<sup>28</sup> Acrescentamos uma pequena nota: este juízo não implica a identificação do conteúdo concreto e preciso daquele meio e resultado ótimo. Trata-se de uma nota relevante na delimitação da justificabilidade (ou melhor, o âmbito justificável) do princípio da eficiência – que será discutido mais a frente.

<sup>29</sup> Mais sobre os novos entendimentos do princípio da proporcionalidade, veja, SILVA, SUZANA TAVARES DA, “O tetralema do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade”, in *BFD*, Coimbra, 2012, Tomo II, p.639 ss., e a vasta bibliografia ali referenciada. O artigo está disponível também em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/handle/10316/23213>.

*infra*), partilha com a proporcionalidade uma ideia geral de “ponderação equilibrada”<sup>30</sup>. Afinal, quer a proporcionalidade quer a eficiência, enquanto membros do bloco da juridicidade (v. *infra*), tem de interiorizar a intencionalidade axiológico-normativa do Direito, e por isso, acarreta convergentemente a racionalidade de equilíbrio. Só que como assinalámos, para a proporcionalidade, o acento de equilíbrio é cunhado por um sentido negativo; enquanto para a eficiência, este possui um sentido essencialmente positivo.

### 2.3. Adaptação do conceito da eficiência à intencionalidade axiológica-normativa da juridicidade

Ao explorar este problema da adaptação, que se sublima à problematização mais nuclear da juridicidade do princípio da eficiência; é normal atestar, antes do mais, que com a vigência do novo CPA, o princípio da eficiência passa a ser um princípio com fonte legal<sup>31</sup>, enquanto um sub-princípio do princípio da boa administração (art. 5.º do CPA),

<sup>30</sup> Como se repara, nota esta que fica de facto já salientada por RHITA BOUSTA ao explorar os pontos de contacto da sua noção da boa administração com a proporcionalidade. V. BOUSTA, RHITA, *Essai sur...*, cit., p.221.

<sup>31</sup> O problema da fonte jurídico-formal do princípio da eficiência, de facto, envolve uma grande discussão sobretudo no tocante à supra-legalidade deste princípio. A discussão concentra-se, em geral, na interpretação do art. 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) e o Código da Boa Conduta Administrativa, ambos possuindo agora força vinculativa.

E a dificuldade surge dado que em ambos os diplomas, ainda que esteja consagrado o princípio da boa administração, a concretização deste princípio se restringe “defeituosamente” à enunciação só dos vários princípios jurídicos tradicionais e direitos fundamentais dos administrados que ficaram já assegurados e difundidos entre os Estados-membros. Isto tornou os citados diplomas numa mera compilação dos princípios jurídicos cuja vigência já ninguém duvida, e frustrou assim o espírito revolucionário que precede à elaboração destes diplomas.

Em virtude desta redação infeliz dos citados diplomas, o princípio da eficiência torna-se num “vítima” – cuja importância foi destacada no momento da iniciativa destes movimentos de codificação (que é visível até no prefácio redigido por NEIL KINNOCK no Código da Boa Conduta Administrativa, em que se escreve claramente que “[o] Livro Branco sobre a Reforma Administrativa que foi adotado pela Comissão em 1 de Março de 2000 salientou os princípios fundamentais que devem reger uma administração pública europeia orientada para o serviço e centrada na independência, responsabilidade, **eficiência** e transparência” (sublinhado nosso)), mas acaba por ser “esquecido” (ou expulsado?) do conteúdo final destes diplomas.

Daí, surgem problemas difíceis de “como devemos encarar este conceito estritamente jurídico da boa administração?”, e “se ainda é possível considerar a eficiência enquanto uma dimensão substancial do princípio da boa administração consagrado nestes diplomas?”.

Para nós, embora seja indubitável que esta conceção estritamente jurídica da boa administração é demasiado redutora e esvazia uma boa parte da importância deste magno-conceito na regulação das atividades administrativas; trata-se de uma “lacuna querida” pelo próprio legislador, que desistiu deliberadamente da “ambição” de atribuição da força jurídico-vinculativa aos princípios da origem metajurídica cujo reconhecimento da juridicidade sofre ainda de uma não despidiendia resistência, para assim facilitar a receção e a aplicação destes diplomas nos Estados-membros.

Uma vez que se trata, a nosso ver, de uma “lacuna querida” pelo legislador, não é possível integração. E daí, subscrevemos à doutrina que nega ao princípio da eficiência uma fonte supranacional com base nos diplomas em apreço. Todavia, é importante salientar que com isto, não pretendemos defender aqui um princípio da estrita tipicidade dos princípios e direitos consagrados nestes diplomas. O que advogamos aqui é um respeito pela intenção e opção legislativas válidas e conscientes.

No sentido contrário, RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, “Os princípios...” cit., p.167 ss.

que condiciona o conteúdo de quaisquer condutas administrativas, para além de ter força vinculativa na conformação da organização e procedimento da Administração Pública<sup>32</sup>.

Ora, de facto, a consagração legal do princípio da eficiência (enquanto uma dimensão do princípio da boa administração), é longe de ser uma panaceia para resolver o problema da juridicidade<sup>33</sup> do princípio. Basta olhar para a ordem jurídica italiana em que fica consagrado o princípio do bom andamento da Administração Pública<sup>34</sup> (dentro do qual as doutrinas pacificamente destacam a dimensão da eficiência) ao nível constitucional (art. 97.º da Constituição Italiana); mesmo ali, como observa MARIO R. SPASIANO, “o princípio do bom andamento foi banido por longo tempo ao campo da metajuridicidade quer por parte doutrinal quer por parte jurisprudencial (em particular, a constitucional)”<sup>35</sup>.

Destarte, para poder afirmar a juridicidade do princípio da eficiência, é quase inútil atestar simplesmente a sua consagração legal. Louvando nós novamente em MARIO R. SPASIANO, para que o princípio da eficiência se possa desligar da sua origem economista e empresarial e daí se integre no mundo da juridicidade, é imprescindível

---

Mais sobre as críticas contra o aludido conceito estritamente jurídico da boa administração, veja, ALMEIDA, AROSO DE, “O Provedor de Justiça como garante da boa administração”, in *O Provedor de Justiça – Estudos – Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2005, p.14 ss.

Mais especialmente sobre os problemas do art. 41.º da CDFUE, consulte, entre outros, BOUSTA, RHITA, *Essai sur...*, cit., p. 281-287; *idem*, “Who said that there is a “right to good administration”? A critical analysis of article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, in *European Public Law, Volume 19, Issue 3*, Londres, 2013, p.481-488.

<sup>32</sup> Por enquanto, não se deve ignorar que 1) no antigo CPA em que não havia consagração do princípio da boa administração, foi já consagrado expressamente o princípio da eficiência na sua dimensão organizativa e procedimental (art. 10.º do antigo CPA em conforme o art. 267.º/1 da Constituição); e que 2) como GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA assinalam, “[o] facto de a Constituição estabelecer princípios de organização administrativa mostra a importância jurídico-constitucional dos «factos organizatórios» no Estado democrático-constitucional, e o relevo das normas de organização, quer no plano das relações internas dos órgãos e serviços, quer no plano das relações externas, isto é, nas relações intersubjectivas. A positivação constitucional de alguns princípios organizatórios pressupõe a ideia da influência ou conexão da organização administrativa sobre o conteúdo das decisões administrativas”. Cf. CANOTILHO, GOMES/ MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II*, Coimbra, 2014, anotação ao art. 267.º, p.806.

<sup>33</sup> E muito menos a justiciabilidade. Mas vamos concentrar nesta parte só na problematização da juridicidade do princípio e na adaptação do conceito da eficiência à intencionalidade axiológica do Direito. O problema acerca da justiciabilidade será explorada mais a frente no tocante ao problema da relação entre a violação do princípio da eficiência e a ilicitude objetiva da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração.

Apesar da estrita interligação entre a justiciabilidade e a juridicidade, preferimos tratá-las separadamente, evidenciando assim a ideia essencial de que a juridicidade de um instituto não pode ser predicada pela sua eventual justiciabilidade.

<sup>34</sup> Nota-se que o princípio do bom andamento, nem para todos, é a mesma coisa do princípio da boa administração. Há por exemplo doutrina que advoga que o princípio do bom andamento é um sub-princípio da boa administração, situando ao lado do sub-princípio da imparcialidade.

<sup>35</sup> SPASIANO, MARIO R., “Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico”, 2011, p.2 (disponível: [http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/11\\_07\\_2011\\_11\\_48\\_Spasiano\\_IT.pdf](http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/11_07_2011_11_48_Spasiano_IT.pdf)).

O mesmo artigo foi publicado in *Studi Sui Principi del Diritto amministrativo (a cura di MAURO RENNA e FABIO SAITTA)*, Milano, 2012, p.117 ss..

que se efetue uma “*individualização do específico sentido axiológico do critério da eficiência*”<sup>36</sup>. E precisamos: individualização esta que deve ser realizada mediante uma consideração que tem em conta a própria intencionalidade axiológica-normativa da juridicidade e interioriza o papel da função administrativa no Estado de Direito democrático contemporâneo.

Ora, o que ficou dito significa que – aderindo nós à tese de CASTANHEIRA NEVES – para que seja legítimo arguir a juridicidade de um princípio, é necessário que este princípio em apreço se apareça simultaneamente como um princípio *de* direito e um princípio *do* direito<sup>37</sup>.

Numa palavra muito sumariada<sup>38</sup>, para que um princípio se possa afirmar como um princípio *de* direito, é indispensável que ele manifeste uma consonância com o último sentido do direito (que, sucintamente explicando, se ancora na pessoalidade e na intersubjetividade: quer dizer, depois da superação do positivismo normativista e o associado individualismo, para a normatividade jurídica vigente, o ser humano já não aparece como um “indivíduo” que cuida de si próprio e tende a considerar o respeito e a responsabilidade pelos demais como um obstáculo à realização da própria liberdade (a ideia da liberdade negativa), negando que a comunidade – o “diálogo ético-prático com os outros” – é uma condição de existência da pessoa”<sup>39</sup>; pelo contrário, o ser humano emerge-se agora como verdadeira “pessoa”, que é “*a expressão de um reconhecimento ético na relação intersubjetiva*”<sup>40</sup> em que, pela imposição ética-social do mútuo respeito, a esfera da responsabilidade se transforma num *continuum* axiológico da própria esfera da liberdade); e que se consegue resolver um problema juridicamente relevante (que no fundo, são problemas que reclama um tratamento justo (a justiça) nas relações intersubjetivas, que carece de uma asseguaração e eventual reintegração das pessoalidades envolvidas). Por isso, para que seja um princípio *de*

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, p.13.

No sentido próximo, MONIZ, ANA RAQUEL, *A Recusa...*, *cit.*, p.661 ss., para quem a intervenção da eficiência enquanto um princípio orientador na atividade da Administração Pública não pode arrastar uma racionalidade tecnocrata, mas deve assumir um sentido substancial e material. Todavia, a Autora parece mantêm duvidosa enquanto à juridicidade própria da eficiência, apesar de elegê-la como um princípio vinculativo das decisões administrativas – que se manifesta sobretudo a partir do momento em que a Autora trata a eficiência num capítulo autónomo da juridicidade. Deva também prestar atenção a que o conceito de eficiência adotado pela Autora na sua problematização (dedicada à recusa da aplicação dos regulamentos administrativos pelos órgãos administrativos com fundamento em invalidade) é muito mais amplo do que aquele que defendemos.

<sup>37</sup> Cf. NEVES, CASTANHEIRA, *Sumário de uma Lição Síntese sobre “Os Princípios Jurídicos como Dimensão Normativa do Direito Positivo” (a Superação do Positivismo Normativista)*, Coimbra, 1976, policopiado, p.7-8; idem, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito (extractos)*, Coimbra, 1971-1972, policopiado, p.124-130.

<sup>38</sup> Por isso, para complementar a simplicidade do que apresentaremos acerca deste tópico jurídico-filosófico, solicitamos a leitura, para além das citadas obras do insigne mestre CASTANHEIRA NEVES, de BRONZE, PINTO, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, 2010, *maxime* 13<sup>a</sup>-15<sup>a</sup> Lição; LINHARES, AROSO, *Sumário Desenvolvidos das aulas de Introdução ao Direito 2008-2009*, Coimbra, policopiado, p.86 ss. *maxime* p.104-105.

<sup>39</sup> Cf. BRONZE, PINTO, *Lições...*, *cit.*, p.498-499.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p.496.

direito, é necessário evitar a autocontenção individualista e interiorizar esta filosofia de mútuo respeito intersubjetivo – que numa linha geral, aponta inequivocamente para uma *filosofia de equilíbrio*.

Já em relação ao segundo requisito, para ser um princípio *do* direito, é preciso que estamos perante um princípio cuja vigência (validade e eficácia) seja assimilada praticamente pela comunidade. Na avaliação desta assimilação da vigência, a codificação do princípio em apreço possui sem dúvidas um valor não despidendo. Contudo, devemos sempre evitar de absolutizar este valor para não cair no já superado legalismo.

Então, o princípio da eficiência é um princípio *de* direito e um princípio *do* direito?

Em relação à sua qualificação enquanto um princípio *do* direito, acreditamos que a dúvida é menor. Em primeiro lugar, ninguém questiona que a sua vigência é efetivamente assimilada pela comunidade na área empresarial (*inclusive* jurídico-empresarial). Depois, especialmente no âmbito das atividades administrativas, a partir do momento da implementação de um Estado de bem-estar, e até agora, o advento do Estado Regulador-Garantidor; como ensina PAULO OTERO, na própria Constituição está interiorizado um dever implícito de eficiência quer para o legislador quer para a Administração no sentido de os decisores deverem “*procurar as medidas mais adequadas e escolher sempre as melhores soluções tendentes à realização do modelo de bem-estar*”<sup>41</sup>. Deslocando deste plano jurídico-constitucional para o plano político-social, mesmo que o modelo do Estado de bem-estar fique relativizado, senão substituído, pela chegada do modelo do Estado Regulador; na mentalidade dos próprios cidadãos-administrados (que é influenciada largamente pela ideologia empresarial), a sua “*cidadania administrativa*” é ainda cunhada por um certo vestígio de clientelismo que exige sempre uma maximização da qualidade dos serviços públicos (e mais geral ainda, todas as condutas administrativas). Além do mais, considerando também a promoção sucessiva a nível europeia do movimento de *Better Regulation* que advoga uma maior consideração da eficiência na escolha e na implementação das estratégias regulatórias, com o recurso ao instrumento da pré-avaliação de impactos e o conhecido *cost-benefit analysis*<sup>42</sup>; julgamos que não faltamos argumentos para afirmar a assimilação da vigência do princípio da eficiência pela comunidade na resolução dos problemas jurídicos, *inclusive* problemas do direito administrativo. Destarte, não hesitamos em considerar o princípio da eficiência como um princípio *do* direito (com uma especial relevância no novo direito administrativo<sup>43</sup>).

Já em relação à qualificação do princípio da eficiência enquanto um princípio *de* direito, as discussões são muito mais ardentes. A maior força de negação da juridicidade ao princípio da eficiência vem seguramente da corrente conservadora que tende

<sup>41</sup> Cf. OTERO, PAULO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo. Enquadramento dogmático-Constitucional, Volume II*, Lisboa, 1995, p.638.

<sup>42</sup> Mais sobre a *Better Regulation*, consulte, BALDWIN, ROBERT/ CAVE, MARTIN/ LODGE, MARTIN, *Understanding Regulation...*, cit., p.315-337 e a vasta bibliografia ali indicada.

<sup>43</sup> Num sentido próximo, mas mediante um percurso jurídico-político-fenomenológico e não jurídico-filosófico, apelando ao fenómeno da “*americanização do direito administrativo europeu*”: SILVA, SUZANA TAVARES DA, *Um Novo Direito Administrativo?*, Coimbra, 2010, p.35-37.

a “negar relevância a todos aqueles conceitos não imediatamente incluído no grupo mais tradicional de cânones de direção das atividades administrativas, entendidas no seu sentido legalístico-formal”<sup>44</sup>. Esta tendência é patenteada evidentemente na tese do saudoso Senhor Doutor ROGÉRIO SOARES (1955), para quem, a Administração, no cumprimento do seu dever de adequação substancial dos meios aos interesses públicos substanciais do caso, está remetida pelo legislador para “normas não jurídicas” que lhe orientam na escolha da melhor medida. Todavia, esta remissão para as normas não jurídicas (que, acreditamos, incluem indubitavelmente o princípio da eficiência, uma vez que para o autor, o aludido dever de adequação substancial é cunhado por um claro matriz de otimização), segundo o insigne jurista, não representa qualquer “reenvio receptício” que integraria as normas não jurídicas no sistema das normas jurídicas; pelo contrário, trata-se aqui só de um fenómeno composto por uma lado, pela técnica de “reenvio formal”, em que, a norma não jurídica é considerada na sua “normatividade autónoma” e *como tal* que o ordenamento jurídico lhes empresta certa eficácia (capacidade de desencadear consequências jurídicas, sobretudo em fundamentar a chamada “invalidade por vícios de mérito”); e por outro lado, pela técnica de reconhecimento de “relevo de mero facto” a tais normas não jurídicas<sup>45</sup>.

Mesmo hoje em dia, não faltam juristas que defendem que os princípios da origem meta-jurídica não integram ou não deveriam integrar no bloco da juridicidade; pelo mais, só podem aparecer como uma espécie de *soft law*<sup>46</sup>.

Ora, na nossa perspetiva, esta resistência só se pode justificar perante um conceito estritamente economista da eficiência, que, orientando a Administração a realizar uma avaliação da natureza utilitarista, pode acabar por prejudicar os direitos fundamentais dos cidadãos-administrados cuja proteção jurídica nunca pode ser submetida à condição da sua rentabilidade concreta. Além disso, este conceito puramente utilitarista da eficiência é incompatível com a função jurídico-constitucional da Administração da promoção do bem-estar social, já que se não for absolutamente impossível, é muitas vezes difícil avaliar o bem-estar social em valor pecuniário, que pode levar à sua omissão ou subvalorização numa decisão estritamente contabilístico-económica.

Todavia, não podemos ignorar que a eficiência é um conceito aberto, maleável e dota da capacidade de adaptar às ciências que o convocam. Entretanto, a ordem jurídica também é uma normatividade aberta, não auto-suficiente e dinâmica, à qual

---

<sup>44</sup> Cf. MARIA R. SPASIANO, “Il principio...”, *cit.*, p.2.

<sup>45</sup> V. SOARES, ROGÉRIO, *Interesse Público...*, *cit.*, p.179-205. Especialmente sobre a figura de “invalidade por vícios de mérito”, consulte, *ibidem*, p.331 ss..

<sup>46</sup> Veja por exemplo a posição de JORGE PEREIRA DA SILVA, que, opondo à atual consagração legislativa do princípio da eficiência entre os princípios jurídicos das atividades administrativas, prefere considerar o princípio da boa administração (e por isso também o sub-princípio da eficiência) como “princípios retóricos”, que, “para a Administração... são “wishful thinking”, ou na melhor das hipóteses “soft law”, cuja aplicação efetiva está sujeita às enormes dificuldades prática da sua ação, à escassez de recursos humanos e matérias em que se debate e, naturalmente, às diretrizes políticas vindas de cima”. Cf. SILVA, JORGE PEREIRA DE, “Âmbito de aplicação e princípios gerais no projeto de revisão do CPA”, in *Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo (Colóquio)*, Lisboa, 2013, p.66-67.

está subjacente sempre a dialética de superação/ (re-)constituição.

Por isso, nada obsta a que o conceito da eficiência pode destacar da sua origem economista-utilitarista, para adaptar à intencionalidade axiológica do direito, integrando a jusante no bloco da juridicidade, enriquecendo-o. E a reflexão sobre a possibilidade desta adaptação torna-se ainda mais premente face à reiterada consagração inovatória do princípio da eficiência (enquanto um sub-princípio da boa administração) no art. 5.º /1 do novo CPA – o eventual sucesso na adaptação dará indubitavelmente uma maior operacionalidade efetiva e funcionalidade a esta norma, e ao mesmo tempo salvaguardará a coerência normativa-sistemática do Capítulo II do novo CPA.

Ora, ao realizar esta adaptação, tendo em conta a intencionalidade axiológica do Direito que reclama uma filosofia de equilíbrio no sentido do mútuo respeito nas relações intersubjetivas, o primeiro passo deve consistir-se, como MARIO R. SPASIANO ensina, em expulsar do conceito da eficiência a lógica de “alcançar os (melhores) resultados a todos os custos no desempenho da função administrativa”<sup>47</sup>, e do noutro extremo, a lógica de “satisfação necessária de *quaisquer* requerimentos dos cidadãos”<sup>48 49</sup>. Num segundo passo, para que a eficiência possa ser harmonizável com a pluridimensionalidade dos valores vigentes no bloco da juridicidade, o momento da avaliação, agora entendida como ponderação teleonomológica, não deve abranger unilateralmente os valores numismáticos; muito pelo contrário, deve abarcar todos os valores com dignidade jurídica. Num terceiro passo, exaltando a racionalidade própria de equilíbrio, esta ponderação (para o efeito da otimização) no seio da eficiência nunca deve levar à absolutização de quaisquer valores. Finalmente, focalizando no momento da realização da normatividade jurídica em concreto, o princípio da eficiência juridicizado tem de atender sempre à relevância problemática do *casu decidendo*, nunca podendo apresentar-se como um conjunto das fórmulas matemáticas predicadas para uma aplicação tecnocrata.

Depois destes passos de adaptação, julgamos que o princípio da eficiência já largou o seu destino meta-jurídico, integrando-se no bloco da juridicidade e emergindo-se como um verdadeiro princípio *de* direito<sup>50</sup>. Por outro lado, como consequência da dialética, a legalidade administrativa, agora no sentido material, também sai enriquecida, superando assim o tradicionalmente argumentado paradoxo entre a eficiência e a legalidade<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> Ou seja, a relevância do resultado (e meio) reclamado pelo princípio da eficiência nunca pode levar a uma absolutização do paradigma contemporâneo da “Administração dos resultados”, sob pena de colidir com a intencionalidade axiológica da juridicidade.

Sobre a relevância do “juízo de prognose do resultado” nas decisões administrativas e a vigência da racionalidade sinepeica no exercício da função administração, leia, MONIZ, ANA RAQUEL, *A Recusa...*, *cit.*, p.340-350.

<sup>48</sup> V. SPASIANO, MARIO R., “Il principio...”, *cit.*, p.28.

<sup>49</sup> No mesmo sentido, chamando atenção para não reduzir a ideia da boa administração à mera “satisfação unilateral dos administrados”: BOUSTA, RHITA, *Essai sur...*, *cit.*, *maxime*, p.202-206.

<sup>50</sup> E daí, não vejamos qualquer razão para discriminar a juridicidade do princípio da eficiência (juridicizado) face aos outros princípios jurídicos tradicionais, *maxime* o princípio da proporcionalidade.

<sup>51</sup> No mesmo sentido: SILVA, SUZANA TAVARES DA, “o princípio...”, *cit.*, p.15 ss. e p.28; BOUSTA,

### 3. A violação do princípio da eficiência e a ilicitude na responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração

Partindo deste novo entendimento do princípio da eficiência enquanto um padrão jurídico da avaliação do *conteúdo material* das condutas administrativas, que se consubstancia numa exigência da *otimização equilibrada dos meios e dos resultados das atividades administrativas orientada pelo fim legal*; entre outras problemáticas não menos relevantes, é do interesse fundamental da presente indagação estudar o novo relacionamento entre a violação do princípio da eficiência e a ilicitude civil extracontratual na responsabilidade do Estado-Administração, e a influência que a juridicização (e a eventual “justiciabilização”<sup>52</sup>) do princípio da eficiência deve exercer sobre a configuração global das modalidades da ilicitude civil extracontratual do Estado-Administração.

Sob o comando desta finalidade indagatória, vamos investigar em primeiro a relação intrínseca entre o princípio da eficiência e a teleonomologia da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração (3.1.). Depois, entraremos num tópico mais específico sobre o papel do princípio da eficiência na ilicitude objetiva (3.2.), complementado por um estudo sobre o papel do princípio da eficiência na ilicitude subjetiva (3.3.).

#### 3.1 O princípio da eficiência e a teleonomologia da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração (brevíssimas reflexões)

Como sabemos, no mundo jurídico, a responsabilidade civil extracontratual é um instituto da origem do direito civil – temos um largo período de tempo durante o qual o Estado não era responsável pelos os seus atos. Por isso, muitas vezes quando estudarmos os problemas da responsabilidade civil do Estado, é quase imprescindível revistar as experiências adquiridas no direito civil, mesmo que como VIEIRA DE ANDRADE tenha devidamente alertado, “*os quadros conceituais da responsabilidade civil de direito privado não se mostram bastantes ou adequados para a compreensão da responsabilidade do Estado em toda a sua sofisticação atual, tornando-se indispensável a construção de um instituto ou de uma conceção específica...*”<sup>53</sup>.

---

RHITA, *Essai sur...*, cit., p.349 ss.; SPASIANO, MARIO R., “Il principio...”, cit., p.25 ss., salientando que com este enriquecimento da legalidade – esta “...importanza assegnata dall’ordinamento al risultato amministrativo e la sussunzione nell’ambito della legalità” – a antiga relação norma-ato no desenvolvimento das atividades administrativas é estendida à uma relação de norma-ato-resultado.

<sup>52</sup> Entre aspas porque a palavra “justiciabilização” não é consagrada em nenhum dicionário português, nem é utilizada na literatura jurídica portuguesa. Criamos, ambiciosamente, esta palavra em virtude da eventual conveniência (pelo menos para a presente indagação) de existir um substantivo para designar e exprimir o fenómeno cada vez mais corrente de “tornar justiciável algo que não era”.

<sup>53</sup> Cf. ANDRADE, VIEIRA DE, “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal e Estado social”, *RLJ*, n.º 3969, Coimbra, 2011, p.345.

Esta metodologia aplica-se cabalmente em relação ao estudo da teleonomologia da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração. Ensaíamos então compreender a teleonomologia da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração, mediante uma reflexão crítica sobre as aquisições dogmáticas correspondentes no direito civil:

Muito sucintamente relatando, de acordo com MAFALDA MIRANDA BARBOSA, a teleonomologia da responsabilidade (puramente privatística) refere-se à *atualização da liberdade ligada à personalidade do próprio ser humano* – o arrimo ético-axiológico da juridicidade. Ora, como vimos, essa concepção de ser humano enquanto “pessoa convivendo com outros” – em vez de indivíduo atomizante – acarreia a filosofia de que a nossa liberdade não deve ser entendida negativamente no sentido de afastamento de outros, perspetivando a responsabilidade como uma restrição da liberdade; pelo contrário, deve ser entendida positivamente, compreendendo que a nossa autodeterminação pressupõe sempre um respeito da essência da personalidade dos demais, e daí a responsabilidade é um “correlato axiológico natural” e até um prolongamento da liberdade<sup>54</sup>.

Sem dúvidas, sendo a juridicidade ancorada na personalidade, a responsabilidade civil do Estado-Administração também não se pode abdicar deste valor ético-axiológico. Contudo, a verdade é que a personalidade, entendida no direito civil no formato de *Liberdade versus Responsabilidade*, não corresponde exatamente ao estatuto da Administração<sup>55</sup>.

Concretizando, a ideia da liberdade dos particulares tem uma fisionomia diferente da ideia da liberdade da Administração – a liberdade dos particulares é congénita à própria personalidade ontológica e por isso o controlo do direito vem só *a posteriori*. Destarte, mesmo que se aja desconforme o direito, está-se ainda perante um exercício desta liberdade – mas claro, esta maneira de exercício vai atualizar o correlato-responsabilidade, que é perspetivada “*a jusante... na imposição de uma obrigação ressarcitória*”<sup>56</sup> como um fenómeno jurídico da reintegração da violada personalidade do lesado.

Pelo contrário, no caso do Estado-Administração, a “liberdade” não é congénita, mas sim, no nosso sistema político-constitucional, concedida derivadamente através do mecanismo democrático. E sendo derivada da “confiança” do verdadeiro dono de soberania – o povo (art. 3.º/1, CRP), face a nossa Constituição, é jurídico-politicamente absurdo afirmar que esta liberdade é um arbítrio “ontológico” que engloba a hipótese de agir desconforme o direito, sob pena de esvaziar o sentido da soberania popular e o princípio do Estado de Direito. Portanto, esta ideia da liberdade do Esta-

---

<sup>54</sup> Esta ideia está arreigada em todas as obras da autora. A primeira influência explícita deste pensamento nas indagações da autora sobre os temas de responsabilidade pode datar-se a, BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Liberdade vs. Responsabilidade, A Precaução como Fundamento da Imputação Delitual?*, Coimbra, 2006, p.169-177.

<sup>55</sup> Nem ao estatuto dos cidadãos-administrados de um Estado de Direito democrático delimitado pela Constituição vigente..ica passiva independentee que o dever da boa administraçso entendimento em relaços particulares s

<sup>56</sup> Cf. BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Responsabilidade Civil Extracontratual, Novas Perspetivas em Matéria de Nexo de Causalidade*, Cascais, 2014, p.25.

do-Administração deve ser entendida como “legitimidade” e “competência jurídica” cuja amplitude está, *ab initio*, delimitada pelo princípio da prossecução dos interesses públicos e o princípio da subordinação do Estado à Constituição<sup>57</sup>. Por isso, a Constituição, ao romper o dogma de “*the king can do no wrong*” através da consagração do seu art. 22.º, também não aceita a filosofia de “*the king can freely do wrong*”. Destarte, o que se entende por “*Liberdade versus Responsabilidade*” deve apresentar agora como “*Legitimidade-Competência versus Responsabilidade*”<sup>58</sup>.

Agora, numa consideração muito sucinta, em relação à legitimidade da Administração Pública, para além da sua legitimidade democrática subjetiva derivada da sua ligação íntima e da sua *accountability* face à Assembleia da República (veja art. 187.º, 192.º, 193.º e 194.º, 195.º/1a, d, e, f, CRP) – o órgão diretamente legitimado pela vontade popular exprimida através dos votos no sufrágio<sup>59</sup>; ela adquire a sua legitimidade, também e sobretudo, pela sua função da prossecução dos interesse públicos e a racionalização material implicada nas suas condutas<sup>60</sup>. Ora, no tocante a isto, como

<sup>57</sup> Como GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA referem: “...num Estado Constitucional é a Constituição que rege o Estado pois que: (a) define as formas de exercício da soberania...; (b) subordina o Estado a si mesma...; (c) constitui parâmetro de aferição da validade dos actos dos órgãos do Estado”. Cf. CANOTILHO, GOMES/ MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*, Coimbra, 2014, anotação ao art. 3.º, p.214.

<sup>58</sup> Mesmo que o nosso trabalho concentre-se essencialmente na responsabilidade subjetiva do Estado, uma nota importantíssima é necessário acrescentar em relação a responsabilidade do Estado pelo risco e a responsabilidade pelo sacrifício (equivalente a responsabilidade por actos lícitos no direito civil) porque por um lado, são institutos com fundamentos muito diferentes daqueles institutos correspondentes no direito civil; e por outro lado, aqui, é pressuposto que a Administração não tem agido antijuridicamente e pois a ponte de ligação entre o polo de liberdade e o polo de responsabilidade não pode ser a vinculação da Administração à legalidade e constitucionalidade, e à prossecução dos interesses públicos.

Na responsabilidade do Estado pelo risco, o fundamento não é nem pode ser o princípio de *ubi commoda ibi incommoda*, uma vez que diferentemente dos casos no direito civil, o Estado-Administração, ao realizar atividades com risco especial (~~rectius, perigo especial~~ no entendimento pertinente de VIEIRA DE ANDRADE – “A responsabilidade indemnizatória...”, *cit.*, p.351-352), não visa obter conveniência para si próprio, mas sim para os interesses públicos de que todos os cidadãos beneficiam pelo menos enquanto um membro da sociedade. O que se liga o polo de liberdade e o polo de responsabilidade é a política constitucional da proteção dos cidadãos pelo Estado contra perigo especial (que se pode derivar de um conjunto das normas constitucionais v. CADILHA, CARLOS, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra, 2011, p.210-211 e a bibliografia lá citada).

Na responsabilidade pelo sacrifício, o que une axiologicamente o polo de liberdade e o polo de responsabilidade já é o princípio da igualdade dos cidadãos na contribuição para os encargos públicos, que não tem nenhuma correspondência no direito civil.

Esta análise sucinta permite-nos pelo menos afirmar que estes dois institutos são cunhados por uma evidente teleologia da proteção dos cidadãos perante atividades “extraordinárias” do Estado.

<sup>59</sup> Legitimidade (democrática) esta que MARIE-ANNE FRISON-ROCHE designe por “*légitimité par la régression*”. V. FRISON-ROCHE, MARIE-ANNE, “Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation?”, *Revue d’Économie Financière*, n°60, Paris, 2000, pp. 88.

<sup>60</sup> Todavia, é importante salientar que, no caso da organização política portuguesa, esta racionalização material da Administração Pública não tem a capacidade de sublimar a legitimidade democrática da Administração Pública a uma verdadeira legitimidade democrática objetiva, uma vez que uma verdadeira democracia objetiva implica não só a racionalidade material da função administrativa, mas também a sua funcionalidade independente da “arbitrariedade parlamentar” – independência política

vimos *supra*, o princípio da eficiência joga um papel não exclusivo mas relevantíssimo na medida em que exige precisamente uma prossecução substancialmente adequada e ótima dos interesses públicos, ultrapassando a exigência da mera conformidade formal das condutas administrativas com a lei habilitante.

Por conseguinte, ligando esta ideia do princípio da eficiência enquanto uma força legitimante das condutas administrativas à teleonomia da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração que se consubstancia no salientado *Legitimidade-Competência versus Responsabilidade*; podemos concluir, a este nível transcendente à ordem jurídica positiva, que, a violação do princípio da eficiência quebra a legitimidade objetiva-substancial da função administrativa, que vai ativar, como um corolário axiológico, a esfera da responsabilidade – que deve implicar a jusante a imposição de uma obrigação ressarcitória.

Partindo desta conclusão mais que intuitiva, olharemos então para a ordem jurídica positiva, investigando se será possível e como é que a violação do princípio da eficiência poderá resultar numa ilicitude civil extracontratual.

Mas antes de mergulharmos nesta problematização, é relevante traçar uma descrição sucinta sobre a configuração da ilicitude no atual RRCEE:

Ao falar da ilicitude civil extracontratual, é importantíssimo salientar que as modalidades de ilicitude na responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração não coincidem exatamente com aquelas na responsabilidade civil extracontratual puramente privatística:

No direito civil, através da interpretação do art. 483.º do CC, as doutrinas em geral afirmam que a primeira modalidade de ilicitude consiste-se na violação do direito subjetivo de outrem (no entanto, as doutrinas divergem-se a partir do momento em que enquanto uma parte defende que este direito subjetivo violado tem de ser um direito absoluto<sup>61</sup>; outra defende que este direito subjetivo englobar também os direitos relativos desde que entre o lesante e o lesado não se verifica uma relação creditória<sup>62</sup>); enquanto a segunda modalidade se refere a uma violação dos interesses legalmente protegidos. Uma parte de doutrinas acrescenta ainda uma terceira modalidade: o abuso de direito, com fundamentação direta no art. 334.º do CC<sup>63</sup>.

Já na responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração, a fisionomia é diferente:

---

esta que está ausente no caso da Administração Pública portuguesa. Mais sobre a democracia objetiva, consulte, entre outros, ROSANVALLON, PIERRE, *La Légitimité...*, cit., p.59 ss.. Deixe-nos remeter também para o nosso estudo, “Democracia e legitimidade: o caso das entidades reguladoras administrativas independentes – breves reflexões”, Coimbra, 2016, p.21 ss (trabalho inédito no momento).

<sup>61</sup> V. *inter alia*, VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, Coimbra, 2015, p.533; e BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Liberdade...*, cit., p.41 e ss., em que, além da posição da autora, pode conhecer o panorama das posições dos diferentes autores nacionais e estrangeiros a propósito deste problema.

<sup>62</sup> Assim, CORDEIRO, MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português VIII*, Coimbra, 2014, p.446-448.

<sup>63</sup> Neste sentido, entre outros, VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações...*, cit., p.544-548; VARELA, ANTUNES/ LIMA, PIRES DE, *Código Civil Anotado, Volume I*, Coimbra, 2011, p.474; COSTA, ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 2014, p.564. Contra, SOUSA, CAPELO DE, *Teoria Geral do Direito Civil, Volume I*, Coimbra, 2003, p.205, nota 504; e CORDEIRO, MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português VIII*, cit., p.455.

Em primeiro lugar, todas as doutrinas na liça, interpretando o art. 9.º da Lei n.º67/2007, sobretudo em comparação com o regime do revogado Decreto-Lei n.º48051 (o art. 6.º), concordam no sentido de que a ilicitude não se refere só ao desvalor objetivo da conduta do lesante – a ilicitude objetiva (art. 9.º/1, primeira parte e art. 9.º/2); mas também ao resultado lesivo desta conduta – a ilicitude subjetiva (art. 9.º/1, *in fine*)<sup>64</sup> <sup>65</sup>. Contudo as doutrinas divergem-se já em relação à classificação das modalidades de ilicitude: temos doutrinas que classificam com referência à ilicitude subjetiva e assim a primeira modalidade consiste-se na violação do direito subjetivo de outrem, e a segunda na violação dos interesses legalmente protegidos<sup>66</sup>; enquanto há outras que enfocam (também) na ilicitude objetiva nesta tarefa classificatória – v.g. AROSO DE ALMEIDA, para quem as modalidades de ilicitude são 1) ilegalidade; 2) inobservância de deveres objetivos de cuidado; e 3) funcionamento anormal do serviço<sup>67</sup>.

Em segundo lugar, ao nosso ver, na responsabilidade do Estado-Administração, a violação do direito subjetivo de outrem não englobam só os direitos absolutos, nele cabem todos os direitos subjetivos desde que não sejam contratuais<sup>68</sup>. Pode existir “um direito à satisfação de um interesse próprio”<sup>69</sup> derivado de uma determinada posição substantiva mas não contratual do particular perante a Administração, cuja violação dá origem à responsabilidade extracontratual da Administração. São exemplos o direito do funcionário ao vencimento<sup>70</sup>, o direito à pronúncia administrativa dentro do prazo legal, *etc.*.

Em terceiro lugar, como AROSO DE ALMEIDA destacou, com a introdução do critério de “inobservância de deveres objetivos de cuidado” (art. 9.º/1 da Lei) e de “funcionamento anormal do serviço” (art. 9.º/2 da Lei) na ilicitude, o legislador consagrou também o modelo francês de *faute* na responsabilidade civil extracontratual do Estado-administração<sup>71</sup>.

Tendo sido equipados com estes conhecimentos gerais, julgamos que já estamos em condição de entrar na problemática especial da determinação do lugar da violação do princípio da eficiência no “cosmos” da ilicitude civil extracontratual do Estado-Administração. Indagamos em primeiro a ilicitude objetiva e só depois a ilicitude subjetiva.

---

<sup>64</sup> Donde, esta configuração enriquecida de ilicitude anda muito por perto da posição de uma corrente do direito civil, para a qual a ilicitude se refere ao resultado, mas sem ignorância da relevância do desvalor objetivo da conduta.

<sup>65</sup> A nosso ver, a dicotomia entre a ilicitude objetiva e a ilicitude subjetiva dilui-se na prática quando estivermos perante um caso da violação de uma norma jurídica de proteção mas sem que resulta na violação dos direitos subjetivos.

<sup>66</sup> V.g. SOUSA, MARCELO REBELO DE/ MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, *Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo Geral, Tomo III*, Lisboa, 2010, p.22.

<sup>67</sup> Cf. ALMEIDA, AROSO DE, *Teoria...*, *cit.*, p.503-510.

<sup>68</sup> Neste sentido, expressamente, SOUSA, MARCELO REBELO DE/ MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, *Responsabilidade...*, *cit.*, p.21 embora a sua exemplificação de direitos subjetivos sejam todos direitos absolutos.

<sup>69</sup> Expressão de AMARAL, FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo, vol. II*, Coimbra, 2016, p.59.

<sup>70</sup> Exemplo tirado de CADILHA, CARLOS, *Regime...*, *cit.*, p.182.

<sup>71</sup> V. ALMEIDA, AROSO DE, *Teoria...*, *cit.*, p.495-499 e 506-510

### 3.2. O lugar da violação do princípio da eficiência na ilicitude objetiva

Numa análise exegética, o art. 9.º do RRCEE consagrou quatro tipos da ilicitude objetiva, *i.e.* 1) a violação das disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares, 2) a violação das regras da ordem técnica, 3) a violação dos deveres de cuidado, e 4) o funcionamento anormal do serviço.

Por isso, o que pretendemos indagar no primeiro ensaio é saber se a violação do princípio da eficiência poderá assimilar à intencionalidade normativa de qualquer destes tipos legais da ilicitude objetiva.

#### 3.2.1 O entendimento maioritário

Antes de expor a nossa posição, é relevante saber qual é o entendimento maioritário em relação a esta problemática.

Mesmo antes da vigência do novo CPA, as doutrinas portuguesas já têm colocado uma atenção especial à ideia da boa administração, dentro do qual a eficiência ocupa um lugar essencial. No entanto, a corrente doutrinária maioritária, adquirindo inspiração na tese de ROGÉRIO SOARES<sup>72</sup>, lidando depois explicitamente por FREITAS DO AMARAL<sup>73</sup>, tende a considerar o dever oriundo do princípio (então implícito) da boa administração (*rectius*, um dever da ótima administração, como vimos segundo a lição de ROGÉRIO SOARES) como um dever jurídico imperfeito – imperfeito no sentido de a sua imperatividade não comportar proteção jurisdicional (falta da justiciabilidade).

Todavia, na verdade, esta imperfeição nunca foi absoluta uma vez que mesmo para os defensores da tese do dever jurídico imperfeito, a violação do princípio da boa administração (e o sub-princípio da eficiência) acarreta consequências jurídicas: para além de constituir-se num vício de mérito recorrível através dos mecanismos de impugnações administrativas; entre outros, pode desencadear uma responsabilidade civil extracontratual por parte do Estado-Administração, fundamentando-se seja na violação dos deveres de cuidado (o dever de diligência e zelo)<sup>74</sup> seja no funcionamento anormal do serviço<sup>75 76</sup>.

---

<sup>72</sup> V. SOARES, ROGÉRIO, *Interesse Público...*, *cit.*, p.179 ss.

<sup>73</sup> V. AMARAL, FREITAS DO, *Curso...*, *cit.*, p.36. Destarte, o insigne jurista mantém a sua posição mesmo face à consagração expressa do princípio da boa administração no novo CPA.

<sup>74</sup> V. FREITAS, AMARAL DO, *Curso...*, *cit.*, p.37.

<sup>75</sup> V. AMORIM, PACHECO DE, “Os princípios gerais da atividade administrativa no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo”, *in* CJA, n.º100, Braga, 2013, p.19; ALMEIDA, AROSO DE, *Teoria...*, *cit.*, p.59-63.

<sup>76</sup> Contra, negando a possibilidade de a violação do princípio da eficiência desencadear uma responsabilidade civil extracontratual do Estado: OTERO, PAULO, *O Poder de Substituição...*, *cit.*, p.643 ss. para quem os mecanismos do controlo da violação do princípio da eficiência são somente a responsabilidade política e os mecanismos intra-administrativos.

Todavia, como veremos, a posição deste ilustre jurista mudou sobretudo face à consagração expressa do princípio da boa administração no novo CPA.

Esta posição, depois da vigência do novo CPA, continua a ser defendida por uma parte significativa da doutrina que, em geral, advoga que o princípio da eficiência, ou se integra na dimensão não jurídica do princípio da boa administração e no âmbito de mérito das condutas administrativa, e por isso não é justiciável; ou se confunde com o princípio jurídico da proporcionalidade ou outros princípios jurídicos tradicionais, e pois é justiciável mas só enquanto uma manifestação deste(s) último(s)<sup>77</sup>. Por isso, de qualquer modo, é clara aqui a rejeição de considerar a violação do princípio da eficiência *per se* como uma ilicitude civil extracontratual (o primeiro tipo da ilicitude objetiva).

Na nossa perspetiva, dentro da lógica desta doutrina que tende a reduzir o conteúdo do princípio da eficiência a um mero limite do sacrifício (confundido/ confundível com o princípio da proporcionalidade) no momento do controlo, é de facto compreensível a assimilação da violação do princípio da eficiência à violação dos deveres de cuidado.

Todavia, ainda que se esteja dentro desta compreensão (incorreta e ultrapassada) do princípio da eficiência, a fundamentação da ilicitude objetiva no funcionamento anormal do serviço não deixa de evidenciar algumas incoerências argumentativas:

Independentemente da finalidade originária subjacente à criação da figura do funcionamento anormal do serviço que se inspira na *faute du service* da ordem jurídica francesa (v. *infra*), as doutrinas e as jurisprudências, ao nível do direito comparado, têm desenvolvido esta figura como um instrumento da fiscalização jurisdicional do cumprimento do *standard* de funcionamento normal por parte da Administração (as vezes até confundido com a exigência da observação dos deveres de cuidado)<sup>78</sup>. Em Portugal, esta tendência parece que seja, *prima facie*, seguida pelo legislador da Lei n.º 67/2007 que expressamente prevê o funcionamento anormal do serviço como uma das modalidades da ilicitude objetiva e define-lo no art.7.º/4 segundo o qual “[e]xiste funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos”.

Ora, sem dúvidas, o incumprimento do dever da boa administração não é necessariamente um sinónimo do funcionamento anormal do serviço – tudo, de facto, depende da amplitude da noção da boa administração que se defende. Para quem adota uma noção ampla da boa administração, como AROSO DE ALMEIDA – defensor de que a boa administração é um conceito pluridimensional que engloba quer elementos jurídicos quer elementos meta-jurídicos<sup>79</sup> – provavelmente, o incumprimento do dever da boa administração coincida em larga medida com o funcionamento anormal do serviço; todavia, para quem adota uma noção estrita da boa administração como

---

<sup>77</sup> Expressamente: SOUSA, JORGE DE, “Poderes de cognição dos tribunais administrativos relativamente a actos praticados no exercício da função administrativa”, in *Julgar*, n.º 3, Lisboa, 2007, p.140, para quem a violação do princípio da eficiência “que não se traduz em violação **daqueles** princípios constitucionais e legais não implica qualquer sanção de carácter jurisdicional” (sublinhado nosso).

<sup>78</sup> V. BOUSTA, RHITA, *Essai sur...*, cit., maxime p.307-325.

<sup>79</sup> V. ALMEIDA, AROSO DE, “O Provedor...”, cit., p.13 ss.; *idem*, *Teoria...*, cit., p.55 ss..

aquela de RHITA BOUSTA (v. *supra*), já é evidente que o incumprimento do dever da boa administração não esgotou as hipóteses do funcionamento anormal do serviço – uma vez que para esta corrente doutrinária, «boa administração» e «má administração» não são conceitos antónimos<sup>80</sup>.

No entanto, independentemente disto, basicamente não há ninguém nega que a avaliação do funcionamento anormal do serviço – se se entender como uma modalidade autónoma da ilicitude objetiva – implica um certo juízo (ainda que não seja exclusivo) sobre o cumprimento do *standard* da boa administração a cargo da Administração (mesmo que exista o filtro objetivo de “padrão médio de resultados razoavelmente exigível” para assegurar a autonomia da margem da discricionariedade da Administração face ao poder judicial). Assim sendo, ainda que seja duro a aceitar, o princípio da boa administração torna-se implicitamente num princípio justificável no momento do controlo jurisdicional realizado no seio de uma ação da responsabilidade civil (do Estado-Administração pelo funcionamento anormal do serviço).

Daí, uma incoerência argumentativa é patente: a doutrina maioritária em apreço começa por negar a justificabilidade do princípio da boa administração (e também o seu sub-princípio da eficiência), rejeitando a capacidade invalidante à sua violação e a configuração da sua violação como a primeira modalidade da ilicitude objetiva (a violação dos princípios jurídicos); todavia, no momento de salvaguardar a juridicidade – ainda que seja imperfeita – do princípio da boa administração e o sub-princípio da eficiência, acabou por aceitar que a sua violação pode desencadear a responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração, fundamentando esta responsabilidade no funcionamento anormal do serviço, que como vimos, implica inevitavelmente a “justiciabilização” do princípio<sup>81</sup>. Destarte, ressalvando o nosso respeito pelas contribuições dos ilustres juristas que integram nesta corrente doutrinária, não podemos deixar de questionar se a doutrina maioritária acabou por “deixar entrar por janela ao que ela pretendeu fechar firmemente a porta”?

### 3.2.2. A nossa posição

Tendo em conta a nossa compreensão do princípio da eficiência e a sua zona aplicativa autónoma, e da assinalada incoerência argumentativa que a doutrina maioritária padece, não podemos exonerar-nos de arguir um novo relacionamento da violação do princípio da eficiência e a ilicitude objetiva – que, como veremos, deverá provocar uma nova configuração do “cosmos” da ilicitude objetiva plasmado na Lei n.º 67/2007.

Recorrendo ao método clássico de ensaio, vamos indagar separadamente a

<sup>80</sup> V. BOUSTA, RHITA, *Essai sur...*, cit., maxim p.325-335.

<sup>81</sup> Argumentando também no sentido da incoerência argumentativa da doutrina maioritária: RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, “Os princípios...”, cit., p.186, nota 109. Citando: “[a] tese que criticamos padece ainda, pensamos, de alguma contradição. Com efeito, se o propósito principal deste dever jurídico imperfeito é impedir que o juiz decida sobre o mérito da ação administrativa, como admitir que o juiz decida sobre a violação da boa administração para efeitos da responsabilidade civil, como admitem os partidários desta tese?”.

possibilidade de assimilação da violação do princípio da eficiência a cada uma das quatro identificadas modalidades da ilicitude objetiva.

### **3.2.1.1 A primeira modalidade (violação das normas e princípios jurídicos)**

A denominação desta modalidade como a *primeira* modalidade da ilicitude objetiva não é aleatória. Por detrás desta, estamos perante uma afirmação do valor nuclear do Estado de Direito, em que todos e quaisquer poderes da autoridade estão sujeitos sempre ao princípio da juridicidade. Por isso, quando um ato da função administração causar danos, a primeira questão a levantar não pode ser outra senão a de saber se este ato danoso respeitou ou não o direito vigente. Só quando a resposta para esta pergunta for negativa é preciso recorrer a outros fundamentos plausíveis para fundamentar a ilicitude do ato. Portanto, qualquer tentativa que pretende subverter esta ordem “hierárquica” – subalternando a violação das normas e princípios jurídicos às outras modalidades da ilicitude que não implica antijuridicidade – corre o risco de subvalorizar a importância fundamentalíssima da juridicidade das condutas administrativas.

Ora, sendo o princípio da eficiência, cunhado por aquelas características substanciais que propomos, um princípio jurídico (*rectius*, juridicizado); *prima facie*, a sua violação não possa deixar de assimilar à intencionalidade normativa desta primeira modalidade da ilicitude que visa, antes de tudo, censurar as ações antijurídicas da Administração.

Contudo, de facto, a resolução nunca é tão fácil e direta porque por um lado, para que se possa afirmar uma ilicitude objetiva decorrente da violação das normas ou princípios jurídicos, é necessário que o tribunal tenha o correspondente poder de cognição, que, segundo a opção legislativa vigente conforme ao princípio da separação dos poderes, apenas abrange os aspetos estritamente jurídicos das ações administrativas e nunca os aspetos da sua conveniência e oportunidade (art. 3.º/1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos); e por outro lado, pela mesma força do princípio da separação dos poderes, a juridicidade não implica necessariamente a sua justiciabilidade (pense-se no tradicional exemplo das normas jurídicas internas, embora a sua injusticiabilidade esteja cada vez mais criticada pelas doutrinas).

Por conseguinte, o que se importa saber para o presente trabalho é: o princípio da eficiência é um princípio jurídico justiciável?

Como vimos, a maioria doutrinária responde negativamente, invocando a potência da invasão da função jurisdicional no juízo de mérito reservado para a função administrativa que a justiciabilidade do princípio da eficiência ia provocar.

Não podemos concordar com esta compreensão.

Sem dúvidas, a justiciabilidade do princípio da eficiência potencia efetivamente um controlo jurisdicional do juízo do mérito administrativo, dado que pela natureza do princípio da eficiência, a sua fiscalização consubstancia-se usualmente numa “dis-

paridade de vistas” em vez de um mero “«*accertamento*» dum vício”<sup>82</sup>. Todavia, esta colocação do poder judicial no exame do juízo do mérito administrativo não implica necessariamente uma violação do princípio da separação dos poderes. Isto porque, como FERNANDA PAULA OLIVEIRA tem assinalado devidamente, a discricionariedade administrativa não implica apenas o relacionamento entre o poder administrativo e o poder judicial (no momento do controlo das ações administrativas), mas também e antes do mais, o relacionamento entre o poder administrativo e o poder legislativo<sup>83</sup>. Por isso, nada impede que o legislador pode alargar e intensificar o âmbito da vinculação jurídica justificável da discricionariedade administrativa, legalizando algumas questões de mérito pela natureza<sup>84</sup> – mas claro, esta intensificação nunca pode transformar-se num esvaziamento geral da discricionariedade administrativa, que constitui a essência da função administrativa, sob pena de contender com o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes, que é um valor constitucional indisponível pelo legislador.

E de facto, esta intensificação do âmbito da vinculação jurídica justificável da discricionariedade administrativa já não é uma novidade na nossa ordem jurídica.

Em concreto, o princípio da proporcionalidade, em especial o seu teste da proibição do excesso, significa também um certo juízo de “disparidade de vistas”<sup>85</sup>. Mas agora, já é corrente que os tribunais administrativos controlam as atividades administrativas com base neste princípio. As doutrinas em geral também não negam a contro-labilidade jurisdicional das atividades administrativas pelo princípio da proporcionalidade (quer em sentido amplo, quer em sentido estrito). Ainda por cima, é de reparar que esta justiciabilidade do princípio da proporcionalidade (não obstante a sua potência para um controlo jurisdicional de algumas questões de mérito administrativo) não é algo que “se dá por certo”, mas sim uma aquisição da cultura jurídica derivada sobretudo do movimento da racionalização material da Administração Pública. Basta olhar para a ordem jurídica polonesa: como M. HUBERT IZDEBSKI pronunciou em 2007, na Polónia, o princípio da proporcionalidade ainda não foi aplicável no controlo das

<sup>82</sup> As terminologias são tiradas de SOARES, ROGÉRIO, *Interesse Público...*, cit., p.339.

<sup>83</sup> V. OLIVEIRA, FERNANDA PAULA, *A Discricionariedade de Planeamento Urbanística Municipal na Dogmática Geral da Discricionariedade Administrativa*, Coimbra, 2011, p.78-111. Claro, nunca podemos omitir as contribuições magníficas do ilustre mestre ROGÉRIO SOARES nesta temática, v. SOARES, ROGÉRIO, *Interesse Público...*, cit., p.207 ss.; *idem*, “Administração Pública e o controlo judicial”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 15, Rio de Janeiro, 1993, p.59-73.

<sup>84</sup> Nota-se que o insigne jurista FREITAS DO AMARAL, defensor da injusticiabilidade do princípio da boa administração (e o princípio da eficiência), também não ignora que, servindo o princípio da proporcionalidade e o princípio da imparcialidade como exemplos, “*certos deveres específicos que antes se pensava e dizia integrarem o dever geral da boa administração têm de se vistos hoje como verdadeiros deveres jurídicos decorrentes de princípios gerais da actividade administrativa...*” e que “[a] *tendência recente do Direito administrativo português... foi no sentido da transformação de certos padrões de mérito em parâmetros sujeitos a apreciação jurisdicional*”. Cf. AMARAL, FREITAS DO, *Curso...*, cit., p.37-38.

<sup>85</sup> Neste sentido, mas especialmente no estudo do controlo jurisdicional dos atos legislativos restritivos dos direitos, liberdades e garantias, ANDRADE, VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2016, p.288-289. O autor, tendo em conta esta natureza do teste da proibição do excesso, defende a substituição deste teste pelo teste da defensabilidade/ razoabilidade para salvaguardar a liberdade de conformação do legislador.

decisões discricionárias administrativas, salvo na área do direito das telecomunicações em virtude da transposição de uma diretiva da União Europeia<sup>86</sup>.

Além disso, outros fatores extrínsecos também levam efetivamente a uma maior intervenção do poder judicial no juízo administrativo. Por exemplo, os tribunais, tradicionalmente perspetivados como um foro que falta do expertise meta-jurídico, são cada vez mais equipados por conhecimentos meta-jurídicos graças ao recurso mais generalizado e facilitados aos peritos. Isto tem como efeito imediato a deslocação de uma parte não despendida da discricionariedade administrativa para o domínio da mera discricionariedade técnica, controlável pelos juízes<sup>87</sup>.

Agora, refletindo o princípio da eficiência à luz destas considerações, não podemos deixar de defender a justiciabilidade do princípio da eficiência.

Por um lado, a partir do momento em que o legislador consagrou expressamente este princípio enquanto um dos princípios que regem juridicamente as atividades administrativas, trata-se, a nosso ver, de uma clara intenção legislativa da redução do espaço livre da escolha da Administração, determinando, nas palavras de PAULO OTERO, “o *“assalto” da legalidade ao hemisfério do mérito do agir administrativo*”<sup>88</sup> – e redução esta que não pode deixar de significar uma maior e correspondente controlabilidade das atividades administrativas por parte dos tribunais<sup>89</sup>.

Aliás, esta opção legislativa é, na nossa perspetiva, completamente legítima, sem se consubstanciar em qualquer violação do núcleo essencial do princípio da separação dos poderes, uma vez que a resultada justiciabilidade do princípio da eficiência nunca implica um esvaziamento geral da discricionariedade administrativa. As razões são as seguintes: em primeiro lugar, como em qualquer controlo tradicional das decisões discricionárias administrativas, o controlo jurisdicional é sempre pelo negativo para evitar qualquer dupla-administração<sup>90</sup> – ou seja, ao fiscalizar o cumprimento do princípio da eficiência, o tribunal não vai decidir, segundo o seu juízo, qual deveria ser o melhor meio e resultado para o *casu decidendo*. O seu controlo limita-se a saber se o meio em concreto adotado pela Administração é um meio *não ótimo*. Em segundo lugar, a legalização do mérito via a “justiciabilização” do princípio da eficiência, só limita com efeito a discricionariedade da Administração na hierarquização dos interesses públicos (porque a hierarquização agora é regida pelo imperativo jurídico e justiciável da otimização dos meios e resultados), e não vai afetar o espaço livre da Administração

---

<sup>86</sup> Cf. IZDEBSKI, M. HUBERT, “Sur la voie d’une bonne administration: d’une vision à l’action”, in *Conférence Européenne: a la Recherche d’une Bonne Administration*, Varsóvia, 2007, p.4.

(Disponível: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Administrative%20law/Conferences/DA-ba-Conf\\_2007\\_%2010%20f%20-%20H.%20Izdebski.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Administrative%20law/Conferences/DA-ba-Conf_2007_%2010%20f%20-%20H.%20Izdebski.pdf) )

<sup>87</sup> Neste sentido, SILVA, SUSANA TAVARES DE, *Um Novo...*, cit., p.92-93.

<sup>88</sup> Cf. OTERO, PAULO, *Direito do...*, cit., p.274.

<sup>89</sup> Intensificação legislativa do controlo jurisdicional das atividades administrativas esta que representa uma reação intrínseca da ordem jurídica face a crise da legalidade – ou seja, o legislador, quando abriu a janela para Administração na crise da legalidade, fechou a cortina com o enriquecimento da legalidade material justiciável.

<sup>90</sup> Cf. SOUSA, JORGE DE, “Poder de cognição...”, cit., p.137, louvando-se em SÉRVULO CORREIA.

na identificação concreta dos interesses públicos<sup>91</sup> – que contudo, também não é totalmente livre, porque pelo menos, o juiz pode controlá-la a nível do erro manifesto dos pressupostos de facto. Mas controlo este que já não é a consequência da “justiciabilização” do princípio da eficiência.

Por outro lado, mesmo que o conceito da eficiência enquanto padrão do conteúdo das condutas administrativas para nós já não seja aquele conceito economista, a sua avaliação não deixa de pressupor, na questão do facto e na questão da prova, certos conhecimentos que são exteriores ao juízo jurídico-político da Administração e implicam um mero juízo técnico. Por isso, pelo menos em relação a este juízo técnico, julgamos que a “justiciabilização” deve ser pacífica, tendo em conta que estamos agora perante um domínio da discricionariedade técnica e não da discricionariedade administrativa.

Sem dúvidas, poderia argumentar que o juízo da eficiência de uma decisão é um juízo subjetivo, invocando a interrogação, a nosso ver, sofista, de “como é que se pode afirmar que uma decisão é menos eficiente do que as outras possíveis, se estas últimas nunca fossem postas em prática?”.

Nós não ignoramos a dificuldade da prova. Contudo, esta dificuldade não vai infirmar o que afirmámos em relação à justiciabilidade do princípio da eficiência. Isto porque, em primeiro lugar, no terreno jurídico, não trabalhamos com as verdades absolutas, mas as verdades intersubjetivas e o pensamento da evidência. Em segundo lugar, a obtenção de prova atualmente já está facilitada uma vez que sobretudo pela influência e imposição do Direito da União Europeia, um conjunto das decisões administrativas já são obrigadas a ter fundamentação expressa num parecer de avaliação prévia de impactos (pense-se v.g. no direito do ambiente, na contratação pública, e recentemente no procedimento da elaboração de regulamentos (art. 99.º, CPA)) mesmo que este não abranja em regra todos os aspetos que têm de ser devidamente tidos em conta numa avaliação da eficiência juridicizada. Em terceiro lugar, o juízo ínsito na fiscalização do cumprimento do princípio da eficiência implica inevitavelmente uma certa dose de subjetividade, dado que não podemos esquecer-nos de que a “justiciabilização” do princípio da eficiência é uma legalização do mérito, e portanto acarreta inelutavelmente o momento de “disparidade de vistas”.

Só que, a existência deste momento subjetivo não significa que ele pode ser abusado. Pelo contrário, para manter um relacionamento “saudável” entre o poder administrativo e o poder judicial, devemos, quando puder, sempre ensaiar intersubjetivar esta subjetividade conatural, mantendo na cabeça que um legislador razoável, ao pretender intensificar o âmbito vinculativo da discricionariedade administrativa, nunca pode pretender uma substituição do juízo administrativo pelo juízo judicial. Portanto, inclinamos a defender que para que possa haver uma responsabilização ou

---

<sup>91</sup> V.g. o juiz não pode “com recurso ao princípio da eficiência” fiscalizar se as conjunturas político-sociais justificarem e se houver interesse público para a realização de um curso público de reformação para uma certa área de desempregos. Contudo, tendo a Administração identificado este interesse público em concreto, o juiz já pode, “com recurso ao princípio da eficiência”, fiscalizar se a Administração não tem adotado (controlo pelo negativo) o melhor meio para atingir este interesse público.

condenação da Administração pela violação do princípio da eficiência, é necessária uma *manifesta* desobediência à racionalidade da otimização na escolha de meios (e resultados)<sup>92</sup> – grau de carácter manifesto este que varia consoante a reclamação concreta pelo *casu decidendi* de um especial cuidado à manutenção do equilíbrio entre o poder jurisdicional e o poder administrativo.

Concluindo, na nossa perspetiva, o princípio da eficiência é um princípio jurídico justificável<sup>93</sup> ainda que tenha de ser especialmente tratado no momento da prova.

<sup>92</sup> É extremamente importante salientar que na nossa perspetiva, o critério de “violação manifesta” não é um requisito para a afirmação da violação do princípio da eficiência (e outros princípios jurídicos). Isto porque como JORGE DE SOUSA afirma, com razão, no tocante ao cumprimento dos princípios jurídicos justificáveis, “a violação não grosseira e não manifesta não deixa de ser ilegal” (cf. SOUSA, JORGE DE, “Poder de cognição...”, *cit.*, p.139). E a adoção desta posição tem relevância prática sobretudo para a aplicabilidade dos institutos como a legítima defesa que pressupõe uma ação ofensiva antijurídica. Todavia, diferentemente do mesmo autor que nega a aplicação do critério de “violação manifesta” no controlo judicial da conduta administrativa (*ibidem*), advogamos a sua aplicabilidade (quer nos princípios jurídicos que implicam uma “disparidade de vistas”, quer nos restantes princípios jurídicos desde que a racionalidade da nossa seguinte argumentação se verifica num caso concreto). E argumentamos que isto não é uma contradição do que afirmámos imediatamente *supra*. Justificando, para nós, o dito critério de “violação manifesta” enquadra-se numa categoria que designamos por “tolerância judicativa” – que não representa uma contra-força na afirmação (muito menos uma ignorância) do desvalor objetivo da conduta administrativa, mas sim uma afirmação deste desvalor acompanhada por uma abdicação da competência de repreensão ou censura (um perdão) do tribunal, fundamentada juridicamente pela necessidade da manutenção do equilíbrio entre o poder jurisdicional e o poder administrativo reclamado pelo *casu decidendi*. Por conseguinte, para nós, contrário a JORGE DE SOUSA, não encaramos o critério de “violação manifesta” como um limite do controlo judicial, mas sim uma atenção ativa do juiz ao especial cuidado na manutenção do equilíbrio entre o poder jurisdicional e o poder administrativo reclamado pelo *casu decidendi*.

Mais sobre a tolerância judicativa, em especial no propósito da imputação objetiva da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração, veja, LEONG, HONG CHENG, “Da imputação objetiva na responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrente do exercício da função administrativa – o momento da delimitação da esfera de risco”, Coimbra, 2016, (trabalho inédito no momento), p.42 ss. *maxime*, nota 97.

Por fim, não podemos deixar de patentear que, o problema da exigência de uma violação manifesta não pode ser perspetivado como uma problemática da harmonização ou concordância prática entre o princípio violado e o princípio da separação dos poderes. Isto porque ao exigir a violação manifesta, a racionalidade não está (nem deve estar) na necessidade normativa da restrição prática do princípio na liça para fazer valer o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes – os dois princípios em causa são convocados a nível diferente, e incidem sobre coisas diferentes. Isto é, enquanto o princípio violado tem o propósito de vincular a Administração na sua decisão, impondo-lhe um critério normativo de conduta e emergindo-se numa ação da responsabilidade como um fundamento da ilicitude objetiva; o princípio da separação dos poderes entra em debate como um valor de equilíbrio a ser ponderado pelo tribunal na construção do seu juízo decisório acerca das *consequências jurídicas* decorrentes da violação daquele princípio pela Administração. Ou seja, aqui, o princípio da separação dos poderes não funciona como um critério que concorre com aquele outro princípio na definição de um padrão concreto e individualizado de conduta para a Administração – que seria sim um problema da harmonização prática dos princípios jurídicos. Pelo contrário, ele intervém, a nível da realização judicativa do direito em concreto, como um valor normativo que modela as consequências jurídicas decorrentes da violação afirmada de um princípio (nem a sua validade nem a sua eficácia concreta) que vincula a Administração.

<sup>93</sup> No mesmo sentido, mais com argumentações diferentes: OTERO, PAULO, *Direito do...*, *cit.*, p.273-274; RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, “Os princípios...”, *cit.*, p.180-187; SILVA, SUZANA TAVARES DA, “O princípio...”, *cit.*, *maxime* p.12-21 (embora se concentre mais na área da regulação e da implementação da política).

Portanto, não podemos deixar de afirmar que a sua violação *per se* se consubstancia perfeitamente numa ilicitude objetiva (a primeira modalidade).

Ora, a defesa desta posição não tem apenas o propósito de salientar a importância, as vezes ignorada, desta primeira modalidade da ilicitude objetiva, tendo em conta o aludido valor nuclear do Estado de Direito subjacente à intencionalidade normativa desta modalidade. Quando chegarmos à parte que concerne à relação entre a violação do princípio da eficiência e o funcionamento anormal do serviço, perceberemos que a defesa desta posição implica consequências substanciais muito para além disso.

### **3.2.1.2. A segunda modalidade (a violação das regras da ordem técnica)**

Esta modalidade, que para AROSO DE ALMEIDA, se enquadra, em conjunto com a violação das normas e princípios jurídicos, numa modalidade ampla da ilicitude objetiva denominada “legalidade”<sup>94</sup>, parece-nos uma modalidade autónoma. A intencionalidade normativa desta modalidade, diferentemente da primeira, não visa realçar a vinculação da Administração Pública ao Direito (valor nuclear do Estado de Direito), mas sim atribuir consequências jurídicas autónomas, na matéria da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração, às normas da ordem meta-jurídicas (*maxime*, as *legis artis*), que têm uma importância especial na orientação da prática das atuações materiais administrativas, nomeadamente (mas não exclusivamente) para evitar danos – assim, esta função, *quer imediata quer mediata*, da prevenção de danos das *legis artis* coincide com a função da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração, que, sem prejuízo da sua finalidade primária da reparação dos danos, visa intimidar a prática das condutas lesiva – o que justifica a atribuição das consequências jurídicas, em sede da responsabilidade, a estas normas da ordem meta-jurídica.

Ora, apesar desta relevância a nível jurídico, as *legis artis*, em regra, não são normas jurídicas formais nem materiais, sobretudo porque elas não são pensadas para resolver problemas especiais do direito (pense-se ou imagine que exista uma “norma técnica” que “manda/ recomenda” os médicos a confortar constantemente o paciente durante quaisquer operações ou tratamentos que implicam dor ou sofrimento. Esta norma não é pensada primariamente para resolver ou evitar quaisquer litígios eventuais entre o médico e o paciente, nem para evitar alguns danos especiais a pacientes. Trata-se apenas de uma norma com inspiração na humanidade moral e social<sup>95</sup>). Por

---

Note-se que recentemente, algumas doutrinas que partem da tese de dever jurídico imperfeito também não deixam de manifestar que esta imperfeição já está no caminho de aperfeiçoamento: v.g. AMORIM, PACHECO DE, “Os princípios...”, *cit.*, p.19; FIGUEIREDO, JOÃO, “Eficiência e legalidade na Administração Pública”, in *Revista do Tribunal de Contas*, n.º 51, Lisboa, 2009, p.67.

<sup>94</sup> V. ALMEIDA, AROSO DE, “Anotações ao art. 9.º”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado* (coord. RUI MEDEIROS), Lisboa, 2013, p.242.

<sup>95</sup> Mas agora, por força da consagração pelo legislador da violação das normas da ordem técnica entre as modalidades da ilicitude objetiva, desde que na prática a violação desta norma em apreço resulta na violação de um direito subjetivo e que se reúnem outros requisitos da responsabilidade (culpa, dano e imputação objetiva), temos um caso fundado da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração.

isso, não conseguimos compreender como a sua violação pode resultar *per se* numa ilegalidade ou mais ampla, numa antijuridicidade.

Sem dúvidas, temos casos em que as normas técnicas são integradas formalmente no ordenamento jurídico, ou que as normas técnicas são materialmente jurídicas porque são, por acaso, simultaneamente, fonte dos deveres jurídicos de cuidado<sup>96</sup>; contudo, nestes casos, já não estamos perante uma violação das normas técnicas *enquanto tais*, mas sim perante, respetivamente, uma verdadeira ilegalidade (a primeira modalidade da ilicitude objetiva) e uma violação dos deveres jurídicos de cuidado (a terceira modalidade).

Agora, tendo em conta esta intencionalidade normativa especial e a zona aplicativa autónoma desta modalidade, julgamos que não seja duvidosa a rejeição da assimilação da violação do princípio da eficiência (na conceção que adotamos) à esta modalidade da ilicitude objetiva. A sua assimilação só poderia significar uma contradição com a afirmada e acentuada juridicidade e justiciabilidade do princípio da eficiência.

### **3.2.1.3. A terceira modalidade (a violação de deveres de cuidado)**

A intencionalidade normativa desta modalidade, visa sobretudo complementar a modalidade da violação das normas ou princípios jurídicos. Isto porque se repara o que afirmámos no tocante à teleonomologia da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração, a esfera da responsabilidade do Estado-Administração é o corolário axiológico da sua esfera da legitimidade e competência. Mas se a competência da Administração é delimitada pela lei, a legitimidade da Administração não esgotou na sua vinculação à lei e constituição. Tendo em conta que a Administração deve agir sempre nos interesses dos cidadãos – o dono da soberania, a sua legitimidade advém também do cumprimento do seu dever de (*pelo menos*) não causar prejuízo aos cidadãos, considerando a fragilidade dos cidadãos perante a autoridade. Por isso, qualquer atuação administrativa que não cumpriu este dever põe em xeque a sua legitimidade, que ativa/ ou deveria ativar a sua esfera da responsabilidade.

Acreditamos que seja esta racionalidade axiológica que perpassa a opção legislativa da consagração da violação de deveres de cuidado como uma modalidade autónoma da ilicitude objetiva – que tem uma especial relevância nas situações em que a Administração causou danos sem violação de uma precisa norma ou princípio jurídico, que, como AROSO DE ALMEIDA destaca, “é frequente... em situações decorrentes de ações materiais ou omissões da Administração Pública, que não de emissão ou recusa de atos jurídicos”<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Dizemos “por acaso” porque como o Ac. 2013/05/23 do Tribunal da Relação de Lisboa assinalou, “*legis artis e cuidado objetivo devido não são conceitos coincidentes, sendo a violação das legis artis apenas um indício da violação do dever objetivo de cuidado*”.

Preste atenção a que o acórdão em apreço não trata da matéria da responsabilidade civil extracontratual do Estado, mas sim da responsabilidade penal médica. Contudo, esta afirmação da natureza geral não deixa de ser aplicável também na matéria na liça.

<sup>97</sup> Cf. ALMEIDA, AROSO DE, *Teoria...*, p.506; *idem*, “Anotações ao art. 9.º”, *cit.*, p.246.

Então, podemos assimilar o princípio da eficiência à esta modalidade da ilicitude objetiva? A resposta é negativa. Isto porque, sem dúvidas, a responsabilidade pela violação do princípio da eficiência está subjacente a mesma ideia teleonomológica da quebra da esfera da legitimidade que atinge a esfera da responsabilidade; todavia, esta quebra no caso do princípio da eficiência não resulta de um incumprimento de deveres de cuidado – que tem um alcance negativo no sentido de não prejudicar outrem – mas sim do incumprimento da missão constitucional do poder administrativo de prosseguir os interesses públicos da melhor maneira possível.

Destarte, como mencionámos, a assimilação da violação do princípio da eficiência a esta modalidade só faz sentido para quem prefere considerar o princípio da eficiência ainda como um mero limite de sacrifício no momento do controlo. Nós, defendendo que o princípio da eficiência tem um conteúdo positivo que exige uma otimização equilibrada dos meios e dos resultados dentro do fim legal, e tem uma zona aplicativa autónoma a qual são alheios os atos restritivos das posições subjetivas, não podemos deixar de rejeitar esta assimilação.

#### **3.2.1.4. A quarta modalidade (o funcionamento anormal do serviço)**

Ora, a consideração do funcionamento anormal do serviço enquanto uma modalidade autónoma da ilicitude objetiva não é pacífica nas doutrinas apesar da aparente clareza do legislador na redação do art. 9.º/2.

Por exemplo, CARLOS CADILHA defende expressamente que a verificação de um mero funcionamento anormal do serviço não é suficiente para afirmar uma ilicitude (objetiva); para isso, é necessário ainda preencher uma das modalidades previstas no art. 9.º/1 (antijuridicidade, violação das regras técnicas e a violação de deveres de cuidado)<sup>98</sup>. Por isso, no fundo, mesmo que o autor ainda considere o funcionamento anormal do serviço como matéria da ilicitude, rejeita de perspectiva-lá como uma cláusula autónoma da ilicitude.

Entretanto, uma parte significativa da doutrina defende que o funcionamento anormal do serviço é uma modalidade autónoma da ilicitude, com um conteúdo particular face às modalidades previstas no art. 9.º/1<sup>99 100</sup>. Para esta corrente doutrinária,

<sup>98</sup> V. CADILHA, CARLOS, *Regime...*, cit., p.195.

<sup>99</sup> V.g. Expressamente, ALMEIDA, AROSO DE, *Teoria...*, cit. p.508-511; *idem*, “Anotação ao art. 9.º”, p.249-254.

<sup>100</sup> A nível da jurisprudência, a questão de saber se o funcionamento anormal do serviço é ou não uma modalidade autónoma da ilicitude objetiva ainda não chega a ser tratada autonomamente – até porque em virtude da morosidade na justiça, os acórdãos proferidos pelos Tribunais Centrais Administrativos e pelo STA até agora na sede da responsabilidade civil extracontratual do Estado são, na maioria, concernentes à aplicação do Decreto-Lei n.º 48051.

Mas mesmo através de uma análise sucinta dos existentes acórdãos proferidos à luz da Lei n.º 67/2007, podemos reparar que em tocante à questão em apreço, em vez de uma clareza, temos uma confusão jurisprudencial.

Por exemplo, no Ac. 2016/03/31 (processo 0584/14), o STA, pelo menos implicitamente, afirma esta autonomia ao dizer que “*para o preenchimento do requisito da ilicitude importa aferir in casu da*

a intencionalidade normativa da figura consiste-se em tornar o Estado-Administração *autonomamente* responsável nos casos em que o funcionamento de um serviço, que afasta de um funcionamento razoavelmente exigível segundo as circunstâncias concretas do caso e o padrão médio de resultados (art. 7.º/4), causa danos, mas não é possível identificar no caso o autor material do ato lesivo (ato concreto este que pode sem sequer existir). E como agora a conduta propriamente dita já não tem relevância na delimitação da ilicitude (relevância esta que agora é consumada pela dimensão de resultado) por não existir um autor identificável (o caso da *culpa anónima*), ou por nem sequer existir uma conduta concreta destacável (o caso da *culpa coletiva*); já não é exigível, para a afirmação da ilicitude desta modalidade, o preenchimento do requisito da antijuridicidade, violação das regras técnicas, ou violação dos deveres de cuidado – que são todos padrões de censura objetiva dirigida a uma conduta.

Ora, especialmente em virtude deste último traço do regime do funcionamento anormal do serviço, fica possibilitada a assimilação da violação do princípio da eficiência a esta modalidade autónoma da ilicitude objetiva pela doutrina que defende a injusticiabilidade deste princípio. Assimilação possível esta que é confirmada a partir do momento em que o princípio da eficiência aparece como uma dimensão do princípio da boa administração, cuja violação evidencia uma anormalidade no funcionamento do serviço.

Todavia, como temos ocasionalmente discutido *supra*, esta via de tornar ilícita a violação do princípio da eficiência padece de uma incoerência argumentativa, justificabilizando implicitamente o que *ab initio* se considerou como injusticiável. Aliás,

---

*existência de ação ou omissão violadora de disposições ou princípios [constitucionais, legais ou regulamentares], ou de regras de ordem técnica ou de deveres objetivos de cuidado, ou resultado do funcionamento anormal do serviço, ofensivos de direitos ou interesses legalmente protegidos)” (sublinhado nosso).*

Já no Ac. 2015/09/11 (processo 00095/11.5BEVIS), parece que o TCAN negue esta autonomia na medida em que considera que “quanto à ilicitude...o conceito de ilícito tem a sua amplitude fixada no art. 9.º...: consideram-se ilícitas as ações ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos (n.º 1). Sabe-se também que a ilicitude não se basta com a mera ilegalidade, antes pressupõe a violação de um direito subjetivo ou de um interesse legalmente protegido, ou seja, de uma norma que se destine a proteger o interesse de outrem. Quanto aos atos materiais, há ilicitude quando houver violação das normas legais e regulamentares ou dos princípios gerais aplicáveis, ou ainda quando houver violação das regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração” (o tribunal por isso não enuncia o art. 9.º/2 – funcionamento anormal do serviço – como uma cláusula da ilicitude); e refere a figura do funcionamento anormal do serviço somente a nível da culpa.

Entretanto no Ac. 2016/04/21 (processo 00013/10.4BEPNF), o TCAN manifesta outra posição, tratando o funcionamento anormal do serviço como uma das fontes da ilicitude objetiva. Todavia, neste acórdão, parece-nos que o tribunal, em vez de atribuir uma autonomia *material* à figura em apreço, confundam-na sobretudo com a modalidade de “violação dos deveres de cuidado” – *in casu*, o dever de sinalização ou remoção de pedras na via públicas. Confusão esta que, contudo, já não se verifica, por exemplo, em relação ao Ac. 2015/11/06 TCAN (processo 00923/13.7BEPRT), em que o tribunal não enquadra o problema da violação do “dever da sinalização da existência de lençol de água na via” no seio do funcionamento anormal do serviço.

A nível do Ministério Público, a confusão da figura de “funcionamento anormal do serviço” com os deveres objetivos de cuidado é patente também no seu parecer (data: 2011/01/31; processo 07175/11) prestado ao TCAS (Ac. 2011/12/14).

esta tentativa acarreta a consequência perigosa de transformar o art. 9.º/2 numa potencial cláusula da expansão da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração, que está totalmente fora da intenção legislativa na consagração desta norma, que como veremos, visa antes de tudo, suprir a dificuldade imputacional nos casos da culpa coletiva e culpa anónima. Além do mais, esta tentativa da assimilação origina uma *vexata quaestio* cuja resolução inadequada pode provocar até a distorção funcional da figura em causa.

Esta *vexata quaestio* é: se a violação do princípio da eficiência originar de uma conduta concreta destacável e for identificável o autor material do ato, podemos aplicar ainda esta modalidade da ilicitude?

a) Se for fiel à finalidade originária<sup>101</sup> da criação da figura em apreço, que corresponde à *faute du service* da ordem jurídica francesa, e à finalidade da importação desta figura para a nossa ordem jurídica, que visa assinalar a capacidade jurídica do Estado de ser um centro autónomo de imputação jurídica, e antes de tudo ultrapassar a dificuldade imputacional nos casos da culpa coletiva e da culpa anónima, a resposta deve ser negativa.

Isto porque simplesmente dito, como *in casu* estamos perante um caso claro da *faute personnelle*, não se justifica a razão da aplicação da figura em causa<sup>102</sup>. Por conseguinte, se a violação do princípio da eficiência num particular caso também não implicar qualquer violação de deveres de cuidado (e se se insistir ainda na injusticiabilidade do princípio da eficiência), estamos perante um caso em que a violação de um dever jurídico por parte da Administração é extracontratualmente irresponsável – esta impunidade não deixa de suscitar grave problema da justiça reintegrativa. Solução esta que também é totalmente incompreensível à luz da teleonomologia da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração.

b) Já se se insistir em assimilar a violação do princípio da eficiência à modalidade do funcionamento anormal do serviço apesar da verificação de uma *faute per-*

<sup>101</sup> Dizemos “originária” porque a figura depois foi desenvolvida e enriquecida na ordem jurídica francesa, levando a que a figura tem atualmente mais âmbitos de aplicação do que na sua versão primitiva. Como se tem revelado no estudo de RHITA BOUSTA, atualmente, em geral, “*a faute de service pode ser definida como um disfuncionamento do serviço público resultante da inobservância dos deveres incumbidos à Administração dentro do quadro das suas missões*”. Desde modo, parece que as ideias da culpa coletiva e culpa anónima já se fiquem marginalizadas da essência da figura. Cf. BOUSTA, RHITA, *Essai sur...*, cit., p.307.

<sup>102</sup> Parece-nos que esta seja a posição do STA tomada no já citado Ac. 2016/03/31 (processo 0584/14). Neste acórdão, o Supremo Tribunal, depois de ter defendido implicitamente que o funcionamento anormal do serviço é uma modalidade autónoma da ilicitude através de enunciar que “*para o preenchimento do requisito da ilicitude importa aferir in casu da existência de ação ou omissão violadora de disposições ou princípios [constitucionais, legais ou regulamentares], ou de regras de ordem técnica ou de deveres objetivos de cuidado, ou resultado do funcionamento anormal do serviço, ofensivos de direitos ou interesses legalmente protegidos*” (sublinhado nosso); advoga que “*mostrando-se atribuída ou imputada uma conduta a um concreto funcionário ou agente..., temos que a situação jurídica sub specie,... não pode ser subsumida ao conceito de “funcionamento anormal do referido serviço” [cfr. arts. 07.º, n.ºs 3 e 4 e 09.º, n.º 2, do «RRCEE»] e, assim, se possa concluir estarmos perante conduta ilícita à luz de tal enquadramento*”.

*sonnelle*, sobretudo para evitar o supradito problema da injustiça, está-se a distorcer a função nuclear (originária) da figura.

Mesmo que considere que não estamos perante uma distorção funcional, mas sim um desenvolvimento evolutivo da figura (consoante o seu desenvolvimento na França), a problematização não se fica por aqui – temos de saber: aplicando assim a figura da *faute du service*, podemos ainda na ação da responsabilidade arguir a *faute personnelle*? Questão esta que tem uma ligação íntima com a matéria da repartição da responsabilidade entre o Estado e o agente-lesante na relação externa, que tem grande repercussão na relação interna na matéria do direito de regresso.

i) Se for fiel ao regime vigente da repartição da responsabilidade entre o Estado e o funcionário-lesante, não deve admitir a arguição da *faute personnelle* numa ação da responsabilidade fundamentada na *faute du service*. Isto porque como as doutrinas em geral interpretam o art. 7.º/3 da Lei n.º 67/2007, no caso da *faute du service*, estamos perante uma responsabilidade exclusiva do Estado-Administração<sup>103</sup>.

Todavia, este entendimento é defeituoso porque: por um lado, este regime vigente da repartição da responsabilidade no caso do funcionamento anormal do serviço foi pensado sobretudo para os casos da culpa coletiva e culpa anónima. Por isso, se defender/ defendesse uma interpretação atualista da figura da *faute du service* que tem uma aplicação para além dos casos da culpa coletiva e culpa anónima, deve/ deveria também coerentemente interpretar da maneira atualizada o art. 7.º/3 para permitir a arguição da *faute personnelle* em cumulação com a arguição da *faute du service* quando estivermos perante um caso não da culpa coletiva ou culpa anónima, mas em que o ato lesivo concreto do funcionário se revela simultaneamente um “*disfuncionamento do serviço público resultante da inobservância dos deveres incumbidos à Administração dentro do quadro das suas missões*”.

Por outro lado, este entendimento implica uma negação da *faute personnelle*, antes de mais, na relação externa da responsabilidade. E como o regime vigente também não prevê o direito de regresso (ou, noutra interpretação – com que não concordamos – não prevê a obrigatoriedade do seu exercício) para o caso da responsabilidade exclusiva do Estado perante o lesado; o funcionário que violou o princípio da eficiência ficaria imune da obrigação da indemnização. Assim sendo, ficaria posta em causa gravemente a função educativa da responsabilidade, uma vez que os funcionários saberiam por isso que eles poderiam agir ineficientemente, até com dolo, mas não seria responsável pessoalmente por causa disso; o Estado também se tornaria num segurador da *faute personnelle* dos funcionários no incumprimento do princípio da eficiência.

ii) Se pelo contrário, aceitar uma cumulação da *faute personnelle* com a *faute du service*, advogando uma interpretação “completamente atualizada” do regime da

---

<sup>103</sup> Consulte, entre outros, CADILHA, CARLOS, Regime..., cit., p.163-164; ALMEIDA, AROSO DE, Teoria..., cit., p.495-497; idem, “Anotações ao art. 7.º”, in Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (coord. RUI MEDEIROS), Lisboa, 2013, p.217-221; ANDRADE, VIEIRA DE, “A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos”, in *RLJ*, n.º 3951, Coimbra, 2008, p.363.

*faute du serive*, para admitir uma responsabilidade solidária entre o funcionário faltoso e o Estado<sup>104</sup>; os problemas da incoerência e da preterição da função educativa da responsabilidade já ficam resolvidos.

Contudo, nem por isso esta posição é defensável. Na nossa perspetiva, trata-se de uma tese que é totalmente contrária à intenção legislativa na importação da figura da *faute du service* para a ordem jurídica portuguesa.

Sem dúvidas, a figura da *faute du service* na ordem jurídica francesa tem evoluído bastante, na qual as doutrinas e as jurisprudências já começam a aceitar a aplicação da técnica da *faute du service* fora dos casos da culpa coletiva e culpa anónima e a possibilidade da cumulação da *faute du service* com a *faute personnelle*. No entanto, a verdade é que a importação pelo legislador da Lei n.º 67/2007 da figura da *faute du service* não significa, de modo nenhum, a consagração de uma cláusula da atualização da ordem jurídica portuguesa consoante o desenvolvimento desta figura na sua ordem da origem. Destarte, uma “atualização” deste género, totalmente fora da intenção legislativa, implicaria uma verdadeira reforma do regime, em lugar de um mero problema da interpretação atualista. E mesmo que não se possa ignorar que, como VIEIRA DE ANDRADE ensinou, a matéria da responsabilidade civil extracontratual do Estado é um terreno em que se evidencia uma aproximação do *civil law* ao *case law* uma vez que é essencialmente a jurisprudência que contribui para a densificação e evolução do instituto<sup>105</sup>, e por isso não podemos sobrevalorizar o valor da intenção legislativa; o facto é que a jurisprudência portuguesa não tem manifestado esta iniciativa de “enriquecimento” da figura da *faute de service* consoante o que tem sido decorrido na França.

Ora, depois deste percurso mais ou menos longo, julgamos que seja claro que não podemos deixar de recusar a assimilação da violação do princípio da eficiência à *faute du service* enquanto uma modalidade autónoma da ilicitude objetiva.

Sem dúvidas, sobretudo quando adotar uma conceção ampla do princípio da boa administração, que abrange certamente o princípio da eficiência; a violação do princípio da boa administração equivale basicamente a um funcionamento anormal do serviço e por isso a assimilação do princípio da eficiência ao funcionamento anormal do serviço pareça que fosse pacífica. Contudo, a partir do momento em que o princípio da eficiência, que ocupava um papel predominante na dimensão meta-jurídi-

<sup>104</sup> Neste sentido, expressamente: BARRA, TIAGO VIANA, “Nótula sobre a *faute du service* na responsabilidade do Estado”, in *O Direito*, Ano 145.º, Lisboa, 2013 (IV), p.1026. Citando: “...a responsabilidade por funcionamento anormal do serviço não suprime a responsabilidade individual do titular do órgão, agente ou funcionário. A responsabilidade das entidades públicas não exclui necessariamente a solidariedade daqueles com as mesmas nem o direito de regresso contra o titular do órgão, funcionário ou agente”; “...devem as entidades proceder ao direito de regresso para não onerar o contribuinte” que “contribui poderosamente para a melhoria de qualidade deste [o titular do órgão, funcionário ou agente]”.

<sup>105</sup> Cf. ANDRADE, VIEIRA DE, “Panorama geral do direito da responsabilidade “civil” da Administração Pública em Portugal”, in *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos, III, Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Valladolid, 1999, p.47.

ca do princípio da boa administração, fica juridicizada e passa a ser justiciável, basicamente já não há necessidade de recorrer ao funcionamento anormal do serviço enquanto uma modalidade autónoma da ilicitude para assim fundamentar a responsabilidade do Estado-Administração que viola o princípio da eficiência; basta recorrer à primeira modalidade da ilicitude (violação das normas e princípio jurídicos).

Além disso, como a parte nuclear (se não a totalidade) da dimensão meta-jurídica do princípio da boa administração fica já juridicizada com a juridicização e a “justiciabilização” do princípio da eficiência, tornam-se pouco frequentes os casos em que existe um funcionamento anormal do serviço que não se podem reconduzir às modalidades da ilicitude objetiva plasmadas no art. 9.º/1. Desde modo, já não há necessidade de recorrer forçosamente à figura da *faute du service* para corrigir a injustiça que se pode provocar no caso da irresponsabilidade da Administração que viola o princípio da eficiência e mais amplamente, o princípio da boa administração.

E levamos até a mais longe – defendemos que deve deixar de considerar o funcionamento anormal do serviço como uma modalidade autónoma da ilicitude, aderindo assim, nesta parte, à aludida posição de CARLOS CADILHA.

Sem dúvidas, isto pode levar a que o incumprimento da dimensão injusticiável (principalmente por se permanecer meta-jurídica) do dever da boa administração seja irresponsável – mas se considerar isto uma injustiça, a nosso ver, o que se deve realizar é a juridicização e justicialização das normas ou princípios meta-jurídicos em causa; em lugar de insistir-se em defender a meta-juridicidade e/ ou a não justiciabilidade destes e entretanto tentar arranjar um “atalho” para implicitamente permitir justiciável o que não deve ser, só para o efeito da responsabilização. “Atalho” este que, para além de padecer do erro metodológico, representa uma tentativa juridicamente infundada da incessante expansão da responsabilidade civil do Estado<sup>106</sup>.

Preferimos manter a figura da *faute du service* no nosso ordenamento jurídico fiel à sua finalidade originária, aplicando-se só nos casos da culpa coletiva e culpa anónima. Assim sendo, advogamos considerar a *faute du service* como uma técnica da imputação e não uma modalidade autónoma da ilicitude. Destarte, *de iure condendo*, julgamos que seja mais conveniente retirar a cláusula da *faute du service* do art. 9.º da Lei n.º 67/2007, criando um artigo separado que trata autonomamente os problemas da imputação, reservando ali um lugar à figura da *faute du service*.

No fim, acrescentamos uma nota de que, com a assimilação da violação princípio da eficiência à primeira modalidade da ilicitude objetiva (violação das normas e princípios jurídicos), o funcionário que violou com dolo ou culpa grave o princípio da eficiência no exercício da sua função passa a poder ser responsável solidariamente para com o Estado por força do art. 8.º/1, 2 da Lei n.º 67/2007 – pois se evita o discutido problema da cumulação da *faute du service* com a *faute personnelle*.

---

<sup>106</sup> A nossa posição da responsabilidade pela violação do princípio da eficiência *per se* representa também uma expansão da responsabilidade civil do Estado-Administração. No entanto, esta posição é juridicamente fundamentada e está consoante à recente evolução do direito positivo interno e supranacional.

Esta responsabilidade individual do funcionário é importante sobretudo para o efeito educativo – mas sem dúvidas, temos de enfrentar um paradoxo: se não responsabilizar os funcionários, eles não têm incentivo para agir eficientemente; mas se os responsabilizar, pode correr o risco de os tornar demasiado cautelosos no exercício da sua função, que não é “saudável” do ponto da vista da eficiência.

Neste aspeto, sem a ambição de tomar posição, é muito interessante a resolução tomada na ordem jurídica italiana (Lei n.º 15/2009), em que, segundo a introdução de MARIO R. SPASIANO, foi consagrada uma plena autonomia da gestão dos dirigentes do nível mais alto na Administração Pública – agora, o papel destes dirigentes é basicamente equivalente a um empregador, que valoriza e assegura a prestação (o resultado) dos “seus” colaboradores. Se estes dirigentes falharem em assegurar a eficiência do serviço em que eles trabalham, eles incorrem numa responsabilidade específica, que se consiste na redução da uma parte da sua remuneração<sup>107</sup>.

### 3.3. O lugar da violação do princípio da eficiência na ilicitude subjetiva

Em regra, para quem adota uma conceção que considera que o princípio da eficiência, no momento do controlo jurisdicional, é um mero princípio do limite de sacrifício, a problemática em apreço não tem autonomia indagatória. Isto porque então as posições subjetivas ofendidas quando houver uma violação do princípio da eficiência, em regra não nascem *ipso iure* do princípio da eficiência. Quer dizer, tratam-se das posições subjetivas que existem *independentemente do princípio da eficiência*, mas são sacrificadas ilegitimamente em virtude da inobediência de um limite de sacrifício. Assim sendo, a investigação de se estas posições subjetivas sacrificadas são direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos (ilicitude subjetiva), não tem conexão com a problemática do princípio da eficiência.

Contudo, recordando, para nós, o princípio da eficiência é um princípio com *conteúdo positivo* que impõe uma otimização equilibrada dos meios e dos resultados às decisões da Administração Pública, e a sua zona aplicativa autónoma consiste-se nas hipóteses de melhoramento puro e simples do *stato qua* dos cidadãos – pensa-se no caso da concretização administrativa dos direitos sociais, económicos ou culturais; aqui, se a Administração efetuar esta tarefa da maneira adequada mas a fizer de uma maneira não ótima – salvo nos casos de omissões e recusas (que não deixam de ser uma escolha de meio e resultado) – não há aqui ofensa dos direitos sociais, económicos ou culturais em causa que ficam efetiva e adequadamente concretizados. Por isso, se ainda puder/ pudesse defender aqui uma ilicitude subjetiva, as posições subjetivas violadas não poderão/ não poderiam ser outras senão aquelas que nascem *ipso iure* do princípio da eficiência *per se*. Por conseguinte, a indagação que se urge realizar agora consiste-se em saber 1) se os cidadãos têm um direito subjetivo a uma condução administrativa eficiente (problemática da primeira modalidade da ilicitude subjeti-

<sup>107</sup> V. SPASIANO, MARIO R., “Il principio...”, *cit.*, p.29-30.

va); e 2) se o princípio da eficiência pode ser considerado como uma norma legal da proteção (a problemática da segunda modalidade)<sup>108</sup>.

### 3.3.1. Existe um direito subjetivo a uma conduta administrativa eficiente?

Antes de entrar diretamente nesta problemática, é oportuno recordar que, em geral, para as doutrinas, o princípio da boa administração (dentro do qual encontramos o princípio da eficiência) não tem uma dimensão subjetivante garantística. Trata-se de um dever jurídico em sentido estrito ao qual não corresponde nenhum direito subjetivo<sup>109</sup>.

Contudo, este entendimento foi especialmente perturbado a partir do momento em que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no cujo art. 41.º, consagra “um direito a uma boa administração”. Todavia, apesar da inquietação provocada por esta novidade normativa, as doutrinas mantêm basicamente fieis ao entendimento de que o princípio da boa administração não dá direito subjetivo – o art. 41.º da Carta, para além de padecer de um pensamento demasiado redutor do conceito da boa administração<sup>110</sup>, tem um título enganoso; como uma parte significativa da doutrina defende, para que possa haver direito subjetivo, é necessário que estamos perante uma pretensão com conteúdo preciso, que não corresponde ao caso do art. 41.º da Carta<sup>111</sup>. E como RHITA BOUSTA assinala, o Tribunal Europeu dos Direitos dos Homens também está pouco inclinado a implementar um direito individual a uma boa administração<sup>112</sup>.

Mesmo num contexto independente do conteúdo deste artigo, como AROSO DE ALMEIDA (adepto de um conceito amplo da boa administração) defende, “é... evidente que o conceito de boa administração, *pela amplitude e heterogeneidade das tarefas*

<sup>108</sup> Ou pense-se num caso em que a Administração, por iniciativa oficiosa, realizou um “curso de equivalência” para os alunos que não conseguem entrar nos institutos de ensino superior. A Administração, contudo, organizou o curso de uma maneira manifestamente ineficiente. Por causa disto, o resultado do curso é insatisfatório que leva a que os participantes ficam discriminados no mercado de trabalho.

Imagina que não exista quaisquer relações contratuais entre a Administração e os participantes. Os danos causados aos participantes são ressarcíveis na sede da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração? Em termos da ilicitude, é inquestionável que existe uma ilicitude objetiva – a violação do princípio da eficiência *per se*. Mas que tal a ilicitude subjetiva? Existem algumas posições subjetivas dos participantes que ficaram violadas? Na nossa perspetiva, não há nada senão a expectativa dos participantes numa atuação ótima da Administração que ficou frustrada – mas esta expectativa pode ser sublimada a um verdadeiro direito subjetivo ou pelo menos um interesse legalmente protegido? Eis a questão que pretendemos indagar.

<sup>109</sup> Esta ideia foi defendida, pelo menos implicitamente, logo em 1955 por ROGÉRIO SOARES: V. SOARES, ROGÉRIO, *Interesse Público...*, cit., p.198-199, em que o insigne jurista defende que o dever da boa administração é um “autêntico dever jurídico”, e *rectius*, uma “situação jurídica passiva independente”.

Parece que esta também é a posição maioritária na ordem jurídica francesa. Sobre isto, consulte, BOUSTA, RHITA, *Essai sur...*, cit., p.266-268 e a vasta bibliografia lá indicada.

<sup>110</sup> Veja *supra*, nota 31.

<sup>111</sup> V. entre outros, ALMEIDA, AROSO DE, “O Provedor...”, cit., p.19-21; DELVOLVÉ, M. PIERRE, “Rapport general”, in *Conférence Européenne: a la Recherche d’une Bonne Administration*, Varsóvia, 2007, disponível: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Administrative%20law/Conferences/DABA-Conf%20\\_2007\\_%2015%20f%20-%20P.%20Delvolvé.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Administrative%20law/Conferences/DABA-Conf%20_2007_%2015%20f%20-%20P.%20Delvolvé.pdf), p.11-12

<sup>112</sup> V. BOUSTA, RHITA, *Essai sur...*, cit., p.270, louvando-se em MIERZEWSKA.

*que oneram a Administração Pública nas sociedades modernas, faz apelo à satisfação de uma multiplicidade de valências que não podem ser, todas elas, traduzidas em direitos subjetivos”<sup>113</sup>.*

Ora, se é verdade que o princípio da boa administração não tem a capacidade de originar um direito subjetivo, a mesma coisa deve acontecer em relação ao princípio da eficiência, tendo em conta que o princípio da eficiência por nós defendido tem um conteúdo preciso que se consiste numa exigência da otimização equilibrada dos meios e dos resultados dentro do fim legal?

Antes de tomarmos posição, é útil refletirmos a tese de RHITA BOUSTA. Para a autora, a boa administração tem um conceito e um conteúdo preciso que se consiste numa exigência de “adaptação equilibrada dos meios” (que por isso, repetimos, tem uma grande semelhança à nossa compreensão do princípio da eficiência). Contudo, nem por isso a autora defende a existência de um direito subjetivo a uma boa administração. Para a autora, que adota um conceito estrito do direito subjetivo (*i.e.* um direito, judicialmente tutelado, de exigir uma determinada prestação a alguém), em virtude do necessário respeito pela discricionariedade administrativa, não faz sentido atribuir aos cidadãos um direito de *exigir* judicialmente à Administração o cumprimento do dever da boa administração<sup>114 115</sup>.

A nosso ver, a mesma compreensão é analogicamente aplicável no caso do princípio da eficiência. Concretizando, mesmo que para nós, o princípio da eficiência seja jurídico e justiciável e represente claramente uma legalização do mérito, permitindo uma intervenção do tribunal na fiscalização do juízo do mérito administrativo; esta intervenção judicial nunca pode consubstanciar numa substituição do juízo administrativo, sob pena de violar o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes. Destarte, como se repara, quando indagámos a justiciabilidade do princípio da eficiência, defendemos afirmativamente que o controlo judicial (a disparidade de vista judicial) é e só pode ser um controlo negativo, que se consiste num poder de apreciar e declarar a natureza não ótima de uma certa escolha administrativa, em vez de um poder positivo de identificar e condenar a Administração à adoção de uma determinada decisão que o tribunal, no seu juízo substitutivo, julga que seja a ótima. Por isso, se adotar o mesmo conceito estrito do direito subjetivo recorrido por RHITA BOUSTA, terá de rejeitar também a existência de um direito a uma decisão eficiente – que teria como consequência imediata a negação da primeira modalidade da ilicitude subjetiva.

Todavia, a investigação ainda não se fica completa. Sem dúvidas, do princípio da eficiência não nasce um direito subjetivo naquele sentido estrito. No entanto, não há indícios de que o legislador da Lei n.º 67/2007, ao consagra a primeira modalidade

<sup>113</sup> Cf. ALMEIDA, AROSO DE, “O Provedor...”, *cit.*, p.20.

<sup>114</sup> V. BOUSTA, RHITA, *Essai sur...*, *cit.*, p.274-280.

<sup>115</sup> Como VIEIRA DE ANDRADE ensina, “[t]radicionalmente... entendendo-se que, em regra, o particular dispunha apenas de interesses legítimos em face da Administração, designadamente quando e na medida em que esta gozasse de algum espaço de discricionariedade”. Cf. ANDRADE, VIEIRA DE, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 2015, p.70-71.

da ilicitude subjetiva como a violação dos direitos subjetivos, tem adotado este conceito estrito do direito subjetivo. Como VIEIRA DE ANDRADE salienta, no direito administrativo, entre o “direito subjetivo” e o “interesse legalmente protegido” não existe uma dicotomia estanque, mas sim uma “continuidade gradativa” – pelo que entre o “direito subjetivo pleno” e o “interesse legalmente protegido”, existe um conjunto dos direitos subjetivos com menor “grau de densidade normativa”<sup>116</sup>. Ora, para que não exista uma lacuna de proteção ao nível da responsabilidade civil extracontratual do Estado, julgamos que é imprescindível interpretar o conceito do “direito subjetivo” do art. 9.º da Lei n.º 67/2007 da maneira extensiva, para abranger também os direitos subjetivos “enfraquecidos” em sentido amplo – estamos assim perante mais uma particularidade do conceito da ilicitude da responsabilidade civil do Estado face ao conceito da ilicitude da responsabilidade puramente privatística.

Só que, mesmo que adote esta noção ampla do direito subjetivo, não nos parece que possamos assimilar a violação do princípio da eficiência à primeira modalidade da ilicitude subjetiva. Isto porque, como as doutrinas têm devidamente assinalado, a essência da atribuição de um direito subjetivo consiste-se numa intenção normativa de proteger um interesse individualizado “em primeira linha”<sup>117</sup>.

No caso do princípio da eficiência, a intenção normativa subjacente, na nossa perspetiva, não se consiste em proteger “em primeira linha” os interesses individuais dos determinados cidadãos. Ele visa, antes, proteger o interesse público primacialíssimo da garantia de uma administração que age sempre da melhor maneira possível na prossecução dos interesses públicos.

Destarte, rejeitamos a existência de um direito subjetivo a uma conduta administrativa eficiente, que tem como consequência a não assimilação da violação do princípio da eficiência à primeira modalidade da ilicitude subjetiva.

### **3.3.2. O princípio da eficiência é uma norma de proteção?**

Tendo rejeitado a assimilação à primeira modalidade da ilicitude subjetiva, logicamente se justifica a tentativa de recorrer à segunda modalidade que se consiste na “violação dos interesses legalmente protegidos”.

Ora, como a ilicitude subjetiva em global se consubstancia num aproveitamento das aquisições jurídicas civilística para o direito administrativo, podemos e devemos recorrer ao ensinamento das doutrinas civilística para refletir se o princípio da eficiência é suscetível ser considerado como uma norma de proteção – e daí uma fonte do “interesse legalmente protegido”.

Como ensina ANTUNES VARELA, as normas de proteção são leis<sup>118</sup> que protegem certos interesses particulares como um dos fins intencionais da norma em causa, mas

---

<sup>116</sup> V. *ibidem*, p.75-76.

<sup>117</sup> V. entre outros, *ibidem*, p.71-72; AMARAL, FREITAS DE, *Curso...*, cit., p.59 ss..

<sup>118</sup> *Rectius* leis em sentido material, como esclarece SINDE MONTEIRO. Cf. MONTEIRO, SINDE, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, 1989, p.245-246.

sem que concedam aos seus titulares um direito subjetivo<sup>119</sup>. No entanto, como SINDE MONTEIRO destacou, nem sempre é fácil saber se a norma visa proteger só a coletividade em geral, ou pelo contrário visa também a proteção dos indivíduos. E esta dificuldade aumenta-se na prática uma vez que como o ilustre jurista assinalou “[o] interesse geral não é, na maior parte das vezes, coisa diferentes da soma dos interesses particulares, pelo que a proteção institucional não será em regra um fim autónomo, estando também ao serviço da proteção dos indivíduos”. Por isso, o autor (louvando-se em CANARIS que chama atenção para o facto de que a violação dos interesses legalmente protegidos é uma modalidade da ilicitude consagrada com a finalidade bem clara de complementar a primeira modalidade “violação dos direitos subjetivos”; e por isso que não podemos ser demasiado generoso sob pena de perturbar o equilíbrio entre as modalidades) acaba por defender uma posição, na nossa perspetiva, restritiva, de que *no caso de dúvida na interpretação, “...tratar-se ou não de uma disposição penal servirá como importante critério de decisão”*<sup>120</sup>.

Na nossa perspetiva, embora não se deva transportar o “critério penal” para o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado, é proveitosa a própria cautela de não abusar esta segunda modalidade da ilicitude (subjetiva) – repara que o legislador da Lei n.º 67/2007, ao consagrar a modalidade da “violação dos interesses legalmente protegidos”, tem um igual propósito de complementar a modalidade da “violação do direito subjetivo” e de afastar do âmbito da proteção do regime os meros interesse reflexos e os interesses de facto.

Ora, focando novamente no princípio da eficiência, com a finalidade de saber se ele é ou não uma norma de proteção com base nas considerações traçadas, a primeira nota a exaltar é: este princípio visa proteger antes do mais um interesse público primacial, que é, a prossecução da maneira substancialmente ótima dos interesses públicos pela Administração Pública, protegendo assim o bem-estar dos cidadãos. Contudo, dentro deste fim primário da proteção, existe ainda um fim “não meramente reflexo” de conceder proteção individual aos cidadãos?

Se se aplicar o ensinamento valioso de VIEIRA DE ANDRADE, segundo o qual “*a juridificação do poder discricionário – designadamente a necessidade de a Administração atuar em conformidade com princípios gerais... – teve como consequência... [a transformação dos] interesse, antes considerados meras expectativas ou interesses de facto, em interesses legalmente (isto é, juridicamente) protegidos*”<sup>121</sup>, a resposta será afirmativa.

Concordamos; mas tendo em conta a realçada cautela de não abusar a segunda modalidade da ilicitude subjetiva, consideramos que é necessário acrescentar uma nota de precisão. Isto é, na nossa perspetiva, esta transformação dos interesses de factos em interesses legalmente protegidos *apenas* pode verificar-se se estivermos perante uma relação concreta entre a Administração e um cidadão ou um grupo dos cidadãos determinado, em que o princípio da eficiência é uma exigência concretamente

<sup>119</sup> Cf. VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações...*, cit., p.536.

<sup>120</sup> Consulte, por tudo, MONTEIRO, SINDE, *Responsabilidade...*, cit., p.245 ss.

<sup>121</sup> Cf. ANDRADE, VIEIRA DE, *Lições...*, cit., p.76-77.

aplicável para resolver os problemas jurídicos subjacentes à relação jurídico-administrativa em causa.

Concretizando: quando o princípio da eficiência é convocável para resolver um problema jurídico concreto, do princípio da eficiência é extraída a “norma do caso”, tendo em conta a problematicidade implicada pela relação jurídica em causa. Esta “norma da eficiência do caso”, versando sobre o concreto conflito dos interesses na liça, protege já não só o interesse público da coletividade em geral, mas também, agora diretamente, o interesse individual dos cidadãos-partes da relação concreta em causa. Isto faz com que o princípio da eficiência, agora emergindo-se como a “norma do caso”, torna-se numa verdadeira norma de proteção, transformando os interesses então meramente reflexos dos cidadãos (interesse numa administração eficiente) para um interesse legalmente protegido (interesse individualizado numa concreta atuação eficiente da Administração) – cuja violação vai desencadear uma ilicitude subjetiva da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração.

Por outras palavras, fora destes casos, ou seja, quando não houver uma relação concreta entre a Administração e um cidadão ou um grupo dos cidadãos determinado (pense-se num caso em que a Administração, por iniciativa oficiosa, procede a uma conservação ou renovação de um domínio público, que não implica “problemas de vizinhança”); na nossa perspetiva, o princípio da eficiência já não se emerge como uma verdadeira norma de proteção. Por conseguinte, a sua violação nestes casos já não consubstancia numa ilicitude subjetiva da segunda modalidade.

Afinal, queríamos acrescentar uma nota breve, mas não menos importante, de que: embora nesta última hipótese defendamos a não assimilação da violação do princípio da eficiência à segunda modalidade da ilicitude subjetiva (muito menos a primeira), não ignoramos completamente a possibilidade da responsabilidade civil extracontratual da entidade pública que violou o princípio da eficiência. Isto porque, se repara, a atuação eficiente da Administração consubstancia-se num interesse difuso (sobretudo enquanto uma dimensão da “qualidade da vida”, tendo em conta que o princípio da eficiência é uma *conditio sine qua non* para a otimização do bem-estar social), cuja ofensa pode dar lugar a uma ação popular da responsabilidade civil extracontratual do Estado (art. 1.º/2, 12.º e 22.º/1 da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto)<sup>122 123</sup>.

---

<sup>122</sup> A possibilidade de intentar uma ação popular da responsabilidade civil extracontratual contra a Administração que violou o princípio da eficiência é defendida também por MARIO R. SPASIANO na ordem jurídica italiana. V. SPASIANO, MARIO R., “Il principio...”, *cit.*, p.34.

<sup>123</sup> *In fine*, é importantíssimo chamar atenção a que nunca se deve ignorar que, tal como em qualquer ação da responsabilidade subjetiva, para que o pedido de indemnização seja fundamentado, é preciso alegar e provar não só a ilicitude, mas também cumulativamente os requisitos de dano, culpa e nexos de causalidade (ou imputação objetiva). Donde, a violação do princípio da eficiência, ainda que num caso concreto se consubstancie efetivamente numa ilicitude objetiva e subjetiva (ou uma violação dos interesses difusos), só pode efetivamente desencadear uma responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração se esta violação é simultaneamente culposa, danosa e imputável objetivamente à Administração.

#### 4. Síntese

Como compreendemos, o estudo do princípio da eficiência é muito mais do que uma mera indagação teórica da principiologia no novo direito administrativo. Ele acarreta uma importância prática não despidianda e tem repercussões no entendimento das várias matérias tradicionalmente consideradas como nucleares do direito administrativo. E estas repercussões tornam-se mais avultadas sobretudo a partir do momento em que conferimos um sentido juridicizado e com um conteúdo essencialmente positivo ao princípio da eficiência, e atribuímos-lo uma autonomia conceitual face ao princípio da proporcionalidade.

Entra as várias problematizações ardentes provocadas pela integração do princípio da eficiência (*maxime*, a sua dimensão substancial) na ciência do direito administrativo, o que investigámos neste trabalho concentra-se fundamentalmente no estudo da influência do novo entendimento do princípio da eficiência na ilicitude da responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração – e como vimos e justificámos argumentativamente, a violação do princípio da eficiência, para além de acarrear um problema imediato da justiça reintegrativa, traz consigo problemas mais profundos do poder de cognição dos tribunais administrativos e da necessária re-compreensão crítico-reflexiva da figura da *faute du service*.

Por ora, para não repetirmos o que já ficaram traçados, limitamo-nos apenas a recordar novamente a importância do estudo do princípio da eficiência e as suas ricas repercussões em diferentes temáticas jurídicas – dentro das quais, a problemática que indagámos neste trabalho não é nada mais do que “*the tip of the iceberg*”.

Face ao atual acentuado apelo ao valor da eficiência, é premente a realização de estudos correspondentes para captar a imagem completa e explorar devidamente este novo e gigante “*iceberg*” no “Oceano do Direito Administrativo”. Só com isto acreditamos que, a dogmática jurídica em especial, e o sistema jurídico em geral, consegue evidenciar a “eficiência” da sua “responsividade” face às novas necessidades práticas juridicamente relevantes.

## Bibliografia

Almeida, Aroso de,

- *Teoria Geral do Direito Administrativo. O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, Coimbra, 2015
- “Anotações ao art. 7.º”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado* (coord. RUI MEDEIROS), Lisboa, 2013
- “Anotações ao art. 9.º”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado* (coord. RUI MEDEIROS), Lisboa, 2013
- “O Provedor de Justiça como garante da boa administração”, in *O Provedor de Justiça – Estudos – Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, Lisboa, 2005

AMARAL, FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, 2016

AMORIM, PACHECO DE, “Os princípios gerais da atividade administrativa no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo”, in *CJA*, n.º100, Braga, 2013

ANDRADE, VIEIRA DE,

- *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2016
- *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 2015
- “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal e Estado social”, *RLJ*, n.º 3969, Coimbra, 2011
- “A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos”, in *RLJ*, n.º 3951, Coimbra, 2008
- “Panorama geral do direito da responsabilidade “civil” da Administração Pública em Portugal”, in *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos, III, Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Valladolid, 1999

BALDWIN, ROBERT/ CAVE, MARTIN/ LODGE, MARTIN, *Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice*, Oxford, 2012

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA,

- *Responsabilidade Civil Extracontratual, Novas Perspetivas em Matéria de Nexo de Causalidade*, Cascais, 2014
- *Liberdade vs. Responsabilidade, A Precaução como Fundamento da Imputação Delitual?*, Coimbra, 2006

BARRA, TIAGO VIANA, “Nótula sobre a *faute du service* na responsabilidade do Estado”, in *O Direito*, Ano 145.º, Lisboa, 2013 (IV)

Bousta, Rhita,

- “Who said that there is a “right to good administration”? A critical analysis of article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, in *European Public Law, Volume 19, Issue 3*, Londres, 2013
- *Essai sur la Notion de Bonne Administration em Droit Public*, Paris, 2010

- BRONZE, PINTO, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, 2010
- CADILHA, CARLOS, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra, 2011
- CALVÃO, FILIPA URBANO, “Princípio da eficiência”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º 7, Porto, 2010
- CANOTILHO, GOMES/ MOREIRA, VITAL,  
— *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*, Coimbra, 2014  
— *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II*, Coimbra, 2014
- COOTER, ROBERT/ ULEN, THOMAS, *Introduction to Law and Economics*, Boston, 2007
- CORDEIRO, MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português VIII*, Coimbra, 2014
- COSTA, ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 2014
- DELVOLVÉ, M. PIERRE, “Rapport general”, in *Conférence Européenne: a la Recherche d’une Bonne Administration*, Varsóvia, 2007 disponível: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Administrative%20law/Conferences/DA-ba-Conf%20\\_2007\\_%2015%20f%20-%20P.%20Delvolvé.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Administrative%20law/Conferences/DA-ba-Conf%20_2007_%2015%20f%20-%20P.%20Delvolvé.pdf)
- EICHHORN, PETER,  
— “¿Qué pueden aprender recíprocamente las empresas privadas y las Administraciones públicas?”, in *Documentación Administrativa*, Madrid, 1989, n.º 218-219  
— “El control del resultado em el gasto de los fondos públicos”, in *Documentación Administrativa*, Madrid, 1989, n.º 218-219
- FIGUEIREDO, JOÃO, “Eficiência e legalidade na Administração Pública”, in *Revista do Tribunal de Contas*, n.º 51, Lisboa, 2009
- FRISON-ROCHE, MARIE-ANNE, “Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation?”, *Revue d’Économie Financière*, n.º60, Paris, 2000
- GONZÁLES, ENRIQUE LÓPEZ, “Una aproximación de la Ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración pública”, in *Documentación Administrativa*, Madrid, 1989, n.º 218-219
- GRASSO, OTTAVIO, “I principi generali dell’attività amministrativa”, in *Il Procedimento Amministrativo (a cura di MICHELE CORRADINO)*, Torino, 2010 disponível: <http://www.giappichelli.it/stralci/3489772.pdf>
- IZDEBSKI, M. HUBERT, “Sur la voie d’une bonne administration: d’une vision à l’action”, in *Conférence Européenne: a la Recherche d’une Bonne Administration*, Varsóvia, 2007 disponível: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Administrative%20law/Conferences/DA-ba-Conf\\_2007\\_%2010%20f%20-%20H.%20Izdebski.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Administrative%20law/Conferences/DA-ba-Conf_2007_%2010%20f%20-%20H.%20Izdebski.pdf)
- LEONG, HONG CHENG,  
— “Democracia e legitimidade: o caso das entidades reguladoras administrativas independentes – breves reflexões”, Coimbra, 2016 (trabalho inédito no momento)  
— “Da imputação objetiva na responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrente do exercício da função administrativa – o momento da delimitação da esfera de risco”, Coimbra, 2016, (trabalho inédito no momento)
- LINHARES, AROSO, *Sumário Desenvolvidos das aulas de Introdução ao Direito 2008-2009*, Coimbra, policopiado

- LOUREIRO, JOÃO, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*, Coimbra, 1995
- MONIZ, ANA RAQUEL,  
— “The Rulemaking Power of Administrative Agencies: Crisis of Legality, Rule of Law, and Democracy”, 2015 disponível: <http://ssrn.com/abstract=2420561>  
— *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez. Contributo para a Teoria dos Regulamentos*, Coimbra, 2012
- MONTEIRO, SINDE, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, 1989
- NEVES, CASTANHEIRA,  
— *Sumário de uma Lição Síntese sobre “Os Princípios Jurídicos como Dimensão Normativa do Direito Positivo” (a Superação do Positivismo Normativista)*, Coimbra, 1976, policopiado  
— *Curso de Introdução ao Estudo do Direito (extractos)*, Coimbra, 1971-1972, policopiado
- OLIVEIRA, FERNANDA PAULA, *A Discricionariedade de Planeamento Urbanística Municipal na Dogmática Geral da Discricionariedade Administrativa*, Coimbra, 2011
- OTERO, PAULO,  
— *Direito do Procedimento Administrativo I*, Coimbra, 2016  
— *O Poder de Substituição em Direito Administrativo. Enquadramento dogmático-Constitucional, Volume II*, Lisboa, 1995
- PACTEAU, BERNARD, note sous T.A. de Paris, 6<sup>a</sup> sect., 4 novembre 1976, *Société des agrégats de Seine et Affluents*; C.E., sect. 27 mai 1977, *Société anonyme Victor Delforge et Compagnie*, rec. 253, n<sup>o</sup>98122-98123; *Jurisclasseur Périodique (Semaine juridique)*, 1978, I, n<sup>o</sup>18778
- PAILLET, MICHEL, *La Faute du Service Public em Droit Administratif Francis*, Paris, 1980
- PEREIRA, PAULO TRIGO, *Economia e Finanças Públicas*, Coimbra, 2015
- PORTO, MANUEL, *Economia: Um Texto Introdutório*, Coimbra, 2009
- RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, “Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular”, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo* (coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO), Lisboa, 2015
- ROSANVALLON, PIERRE, *La Légitimité Démocratique – Impartialité, Réflexivité, Proximité*, Paris (edição de Seuil), 2008
- SANTOS, MARTA COSTA, *Recompreensão da Decisão Fiscal à luz do Princípio da Eficiência*, Coimbra, 2012, policopiado
- SILVA, JORGE PEREIRA DE, “Âmbito de aplicação e princípios gerais no projeto de revisão do CPA”, in *Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo (Colóquio)*, Lisboa, 2013
- SILVA, SUZANA TAVARES DA,  
— “O tetralema do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade”, in *BFD*, Coimbra, 2012, Tomo II disponível: <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/handle/10316/23213>  
— *Um Novo Direito Administrativo?*, Coimbra, 2010  
— “O princípio (fundamental) da eficiência”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º7, Porto, 2010 disponível: <https://drive.google.com/file/d/0B1fVyohqCKzMjRIMTQxNzMtMmY4ZS00OTg4LTg0NTMtNjIwNGY4YTc1ZjAz/view?ddrp=1&hl=en>
- SOARES, ROGÉRIO,

- *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955
- “Administração Pública e o controlo judicial”, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 15, Rio de Janeiro, 1993
- SOUSA, CAPELO DE, *Teoria Geral do Direito Civil, Volume I*, Coimbra, 2003
- SOUSA, JORGE DE, “Poderes de cognição dos tribunais administrativos relativamente a actos praticados no exercício da função administrativa”, in *Julgar*, n.º 3, Lisboa, 2007
- SOUSA, MARCELO REBELO DE/ MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, *Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo Geral, Tomo III*, Lisboa, 2010
- SPASIANO, MARIO R., “Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico”, in *Studi Sui Principi del Diritto amministrativo (a cura di MAURO RENNA e FABIO SAITTA)*, Milano, 2012
- VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral, Vol. I*, Coimbra, 2015
- VARELA, ANTUNES/ LIMA, PIRES DE, *Código Civil Anotado, Volume I*, Coimbra, 2011



INSTITUTO JURÍDICO  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA