

PROVA ESCRITA DE DIREITO E PROCESSO ADMINISTRATIVO

Via Profissional

AVISO DE ABERTURA N.º 15619/2017, PUBLICADO NO DIÁRIO DA REPÚBLICA, 2.ª SÉRIE, N.º 249/2017, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2017

2.ª Chamada

Grelha de Correção

A atribuição da cotação máxima nesta prova pressupõe um tratamento completo das várias questões suscitadas, que deverá ser coerente e corretamente fundamentado, com indicação dos preceitos legais aplicáveis.

Na cotação atribuída devem ser tidos em consideração a pertinência do conteúdo, a qualidade da informação transmitida em relação à questão colocada, a organização da exposição, a capacidade de argumentação e de síntese e o domínio da língua portuguesa.

Os erros ortográficos serão valorados negativamente: 0,25 por cada um, até um máximo de 3 valores, para o total da prova.

As indicações constantes da grelha refletem as que se afiguram ser as soluções mais corretas para cada uma das questões formuladas. Porém, não deixarão de ser valorizadas outras opções, desde que plausíveis e alicerçadas em fundamentos consistentes.

COTAÇÃO TOTAL DA PROVA – 20 VALORES

COTAÇÕES PARCELARES

Relatório – total – 1,50 valores

Saneamento – 1,50 valores

Colocação das questões a decidir – 0, 50 valores

Indicação dos factos e motivação – total – 4,30 valores

Conhecimento do mérito – total – 9,70 valores

Dispositivo – total – 2,50 valores

SANEADOR-SENTENÇA

I. RELATÓRIO

“Lar Velhos Gaiteiros, Lda”, pessoa coletiva n.º 500000000, com sede na Praça Central, n.º 10, 1000-00 Lisboa, intentou a presente ação administrativa contra o **Instituto da Segurança Social, IP (ISS)**, com sede na Rua Dom Francisco Manuel de Melo, n.º 3, 1070-085 Lisboa, pedindo para ser anulada a deliberação do CD do ISS, de 4 de novembro de 2016, que determinou o encerramento

imediatamente do “Lar Velhos Gaiteros”, assim como, a condenação do R. a pagar à A. uma indenização no valor total de €61.250,00, a título de responsabilidade civil por ato ilícito, pelos danos patrimoniais decorrentes daquela deliberação ilegal.

Para tanto, alega a A. que a citada deliberação não foi antecedida da necessária audiência prévia.

Mais diz a A., que se a audiência tivesse ocorrido poderia ter alegado que iria fazer as obras que lhe foram determinadas em prazo mais curto, a saber, até janeiro de 2018 e, nessa sequência, era certo que iria conseguir uma prorrogação do prazo para a autorização provisória de funcionamento do seu estabelecimento e, posteriormente, alcançaria o licenciamento que requereu.

Em razão da invocada invalidade, a A. computa danos no valor total de €61.250,00, relativos às despesas e honorários que teve de pagar à sua Advogada pelo trabalho despendido com o procedimento no ISS, pelas obras de implementação do plano de segurança contra risco de incêndio e de substituição das redes elétrica e de gás, pelos encargos e custos bancários que teve com o financiamento das obras que o ISS lhe exigiu e com os custos que advieram do encerramento do estabelecimento e da mudança do mesmo para um novo local.

Regularmente citado, o ISS apresenta uma defesa por impugnação, alegando que a deliberação impugnada se insere no âmbito de um procedimento especial, que não prevê um momento de audiência, prévio à ordem de encerramento. Diz, ainda, o ISS, que a A. se pronunciou no procedimento mostrando conhecer plenamente todas as questões que importavam para a deliberação de encerramento e que existia uma situação de urgência, que dispensava aquela audiência.

Por último, o ISS vem arguir que a invocada ilegalidade não é um ilícito passível de conduzir à sua responsabilidade civil e ao pagamento dos indicados danos, pois o estabelecimento da A. não estava licenciado e não cumpria as condições de instalação legalmente exigidas e as que lhe foram estipuladas.

O Ministério Público não apresentou pronúncia nos termos do art.º 85.º do CPTA.

*

II – SANEAMENTO

O Tribunal é competente em razão da nacionalidade, da matéria, da hierarquia e do território.

O processo é o próprio e não enferma de vícios que o invalidem na totalidade.

As partes têm personalidade e capacidade judiciárias, mostram-se legítimas e encontram-se devidamente representadas.

Não se verificam nulidades, exceções ou questões prévias que cumpra oficiosamente conhecer e obstem ao conhecimento do mérito da causa.

*

III – QUESTÕES A DECIDIR

Nestes autos importa decidir da legalidade da deliberação do CD do ISS, de 4 de novembro de 2016, que determinou o encerramento imediato do “Lar Velhos Gaiteros”, designadamente importa verificar se a mesma violou o direito de audiência prévia da A.

Verificada a indicada ilegalidade, há que apurar se o R. deve ser condenado na indemnização total de €61.250,00, a título de responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito, e nomeadamente pelos seguintes valores e danos:

- €3.000,00, relativos a despesas e honorários que a A. pagou à sua Advogada;
- €8.000,00, relativos às obras de implementação do plano de segurança contra risco de incêndio e de substituição das redes elétrica e de gás;
- €250,00, relativos a despesas e custos bancários com o financiamento das obras e
- €50.000, relativos a custos de encerramento do estabelecimento e à mudança do mesmo para um novo local.

IV – DOS FACTOS

Com interesse para a decisão consideram-se assentes, por provados, os seguintes factos:

- 1) A A. explora o estabelecimento comercial, “Lar Velhos Gaiteiros, Lda”, sito na Praça Central, n.º 10, 1000-000, em Lisboa (acordo; cf. o certidão permanente no PA).
- 2) O estabelecimento da A. funciona como lar de 3.ª idade e atualmente alberga 35 pessoas (acordo).
- 3) Em 15 de janeiro de 2016 o estabelecimento da A. foi fiscalizado pelo Departamento de Fiscalização do ISS e verificou-se que estava funcionar sem licença (acordo; cf. o relatório de fiscalização no PA).
- 4) Em 22 de janeiro de 2016 a Advogada da A. apresentou nos serviços do ISS um pedido para o licenciamento do seu estabelecimento e para a emissão do correspondente alvará ou, se assim não fosse possível, para lhe ser concedida uma autorização provisória de funcionamento por 90 dias (acordo; cf. o requerimento no PA).
- 5) Em 5 de fevereiro de 2016 foi comunicado à A. o despacho de 27 de janeiro de 2016, do Diretor do Departamento de Fiscalização do ISS, que teve o seguinte teor: “Indefere-se o pedido de licenciamento porque as instalações não cumprem os condicionalismos legais exigidos. Nos termos do art.º 19.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 64/2007, de 14 de março, concede-se uma autorização provisória de funcionamento pelo prazo de 90 dias a contar desta data, isto é, até 7 de julho de 2016. No prazo máximo de 30 dias deve ser implementado um plano de segurança contra risco de incêndio e comprovada essa implementação junto do ISS. A Requerente deve, ainda, no indicado prazo de 90 dias, proceder às seguintes alterações no seu estabelecimento:
 - a) deve ampliar o acesso por elevador ao 4.º e 5.º andar;
 - b) deve instalar mais duas casas de banho, passando a deter uma em cada andar;
 - c) deve fazer obras de modernização em todo o edifício, com a substituição da rede elétrica e de gás.

No indicado prazo de 90 dias, a Requerente deve fazer juntar ao processo de licenciamento o comprovativo da realização das obras acima referidas, sob pena de se determinar o encerramento definitivo do estabelecimento” (acordo; cf. o indicado despacho no PA).

6) Em 8 de julho de 2016 foi feita nova fiscalização pelo Departamento de Fiscalização do ISS (acordo; cf. o relatório de fiscalização no PA).

7) Em 13 de julho de 2016 a A., através da sua Advogada, solicitou ao ISS a prorrogação da autorização provisória de funcionamento do “Lar Velhos Gaiteiros” até finais de janeiro de 2019, justificando esse pedido com a dimensão das obras e a necessidade de recorrer a financiamento bancário (acordo; cf. o requerimento no PA).

8) Em 30 de julho de 2016 foi comunicado à A. o seguinte despacho de 24 de julho de 2016, do Diretor do Departamento de Fiscalização do ISS: “Indefere-se o requerido. O prazo concedido para a autorização provisória de funcionamento terminou em 7 de julho de 2016 e até essa data a Requerente não deu início a nenhuma das obras exigidas. A não implementação pela Requerente do plano de segurança contra risco de incêndio, associado à falta de obras de modernização, com a substituição da rede elétrica e de gás, compromete, de imediato, gravemente, a segurança dos utentes do lar. No restante, uma prorrogação da autorização de funcionamento até 2019 comprometeria a saúde, a segurança, o bem-estar dos utentes e a qualidade dos serviços a prestar pelo estabelecimento. Notifique.” (acordo; cf. o despacho no PA).

9) Em 20 de setembro de 2016 a Advogada da A. entregou no ISS um novo requerimento, no qual alegou já ter obtido financiamento bancário e já ter dado início às requeridas obras (acordo; cf. o requerimento no PA).

10) Em 31 de outubro de 2016 foi elaborado pelo Diretor do Departamento de Fiscalização do ISS, o seguinte despacho, que não foi comunicado à A: “Proposta de deliberação: Na sequência dos meus despachos de 27 de janeiro de 2016 e de 24 de julho de 2016, porque o estabelecimento “Lar Velhos Gaiteiros” está a funcionar sem licença e sem as condições legais e exigidas, proponho ao CD do ISS que delibere no sentido de se determinar o encerramento do estabelecimento, ou mudança de instalações, no prazo de 90 dias. A falta de acesso por elevador ao 4.º e 5.º andar e a falta de casas de banho nestes mesmo pisos, constituem deficiências graves nas condições de instalação do Lar, que põem em causa os direitos dos utentes e a sua qualidade de vida. Mais proponho, que se notifique o representante do estabelecimento “Lar Velhos Gaiteiros” para se pronunciar em sede de audiência prévia, querendo, sobre a indicada proposta de deliberação. À consideração superior” (cf. o referido despacho no PA).

11) Em 3 de novembro de 2016 foi noticiado num dos canais de televisão que o estabelecimento da A. estava a funcionar sem licença desde 2015 (acordo; cf. os vídeo no PA).

12) Em 7 de novembro de 2016 foi comunicada à A. a seguinte deliberação do CD do ISS, de 4 de novembro de 2016: “Considerando a notícia ontem divulgada, nos termos da proposta de deliberação do Diretor do Departamento de Fiscalização do ISS, de 31 de outubro de 2016, determina-se

o encerramento imediato do estabelecimento “Lar Velhos Gaiteiros”. Notifique” (acordo; cf. a deliberação no PA).

13) A A. pagou sua Advogada, a título de despesas e honorários, pelo trabalho despendido com o procedimento no ISS, €3.000,00 (acordo; cf. a referida nota e correspondente fatura que foi junta ao PA).

14) A A. gastou com a implementação do plano de segurança contra risco de incêndio e com a substituição das redes elétrica e de gás o valor total de €8.000,00 (acordo; cf. orçamentos e faturas no PA).

15) Para conseguir o financiamento para as obras a A. teve despesas e custos bancários de €250,00 (acordo; cf. as correspondentes faturas no PA).

16) A A. teve custos com o encerramento do seu estabelecimento naquele local e com a mudança para um novo local, no valor de €50.000,00 (acordo; cf. contabilidade e faturas no PA).

*

Não existem factos não provados com relevância para a decisão da causa.

Motivação: A convicção do Tribunal para dar os presentes factos como provados assentou no acordo das partes e na análise crítica do teor dos documentos constantes do PA.

*

V- DO DIREITO

Da violação do direito de audiência prévia da A.

Vem a A. arguir a invalidade da deliberação do CD do ISS, de 4 de novembro de 2016, por ter determinado o encerramento imediato do “Lar Velhos Gaiteiros”, com preterição do seu direito de audiência prévia.

O direito de audiência prévia dos interessados é comumente identificado na doutrina e jurisprudência como um postulado da democracia representativa e um corolário dos princípios do contraditório, da colaboração da Administração com os particulares e da participação dos particulares no procedimento administrativo (cf. artigo 267.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa - CRP e artigos 11.º e 12.º do Código de Procedimento Administrativo - CPA).

Em decorrência dessas imposições, determinam os art.ºs. 121.º a 125.º do CPA, o direito de audiência dos interessados antes da decisão final.

O direito de audiência prévia constitui, portanto, um princípio estruturante do procedimento administrativo, assim como, uma garantia dos particulares.

Consequentemente, nos termos do art.º 2.º, n.ºs 1, 3 e 5, do CPA, este direito, aplica-se a qualquer conduta da Administração Pública e subsidiariamente aos procedimentos especiais.

Por conseguinte, ainda que se invoque, no caso em apreço, que se está frente a um procedimento especial, porque o direito de audiência prévia constituiu um princípio da atividade administrativa e uma garantia, na falta de disposição específica no âmbito do Decreto-Lei n.º 64/2007, de 14 de março, que assegure esse direito, aplicar-se-á necessária e supletivamente o regime do CPA.

Claudica, pois, a invocação do ISS relativa à inexistência de um momento de audiência prévia frente à ordem de encerramento por se estar no âmbito do procedimento especial, previsto no Decreto-Lei n.º 64/2007, de 14 de março.

Quanto à invocação feita pelo R. de que a A. interveio no procedimento após o despacho de 27 de janeiro de 2016, do Diretor do Departamento de Fiscalização do ISS (referido na alínea 5. dos factos provados), no qual já se indicava a possibilidade de se encerrar o estabelecimento no caso de as obras não serem executadas em 90 dias, é igualmente um argumento que não colhe.

Nos termos dos art.ºs. 121.º, n.º 1 e 122.º, n.ºs. 1 e 2, do CPA, para o exercício cabal do direito de audiência prévia, o órgão responsável pela direção do procedimento deve notificar os interessados, para esse efeito, de forma expressa, informando-os se a audiência se processa de forma escrita ou oral, do respetivo o prazo de resposta – que não pode ser inferior a 10 dias. Dessa mesma notificação deve constar a informação de qual é o sentido da decisão a tomar e dos demais elementos necessários para que os interessados possam conhecer todos os aspetos relevantes da decisão, em matéria de facto e de direito. Igualmente, deve ser indicado ao interessado as horas e o local onde o processo pode ser consultado.

Seguidamente, só após a apresentação da resposta do interessado, ou esgotado o prazo para o efeito, pode ser tomada a decisão final, que tem obrigatoriamente de ponderar os argumentos aduzidos naquela resposta – cf. artigos 94.º, 126.º e 127.º do CPA.

Ora, este procedimento não ocorreu no caso *sub judice*.

O despacho de 27 de janeiro de 2016, do Diretor do Departamento de Fiscalização do ISS, não constituiu a decisão final do procedimento. Através desse despacho também não se cumpre as determinações referidas nos art.ºs. 121.º, n.º1 e 122.º, n.ºs. 1 e 2, do CPA. Portanto, a comunicação de tal despacho não serve como uma comunicação para efeitos de notificação para o exercício do direito de audiência prévia.

Igualmente, apreciadas as pronúncias da A. em 13 de julho de 2016 e de 20 de setembro de 2016, esses mesmos requerimentos não constituem uma resposta a uma decisão – que se projete já como definitiva – de encerramento do estabelecimento. Diversamente, pelas indicadas pronúncias a A. expressa-se relativamente à possibilidade de se manter a explorar provisoriamente o seu estabelecimento, afastando-se, assim, o tal encerramento definitivo.

Logo, as pronúncias apresentadas pela A. em 13 de julho de 2016 e de 20 de setembro de 2016 não podem servir para afastar a exigência de audiência prévia, nomeadamente por aplicação do regime previsto no art.º 124.º, n.º 1, al. e), do CPA.

Vem também o ISS invocar a urgência na tomada da decisão de encerramento, em virtude notícia que foi veiculada na televisão.

Porém, a urgência como facto justificativo da dispensa da audiência dos interessados, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 124º do CPA, deve ser objetivamente justificada e devidamente fundamentada, o que não aconteceu no presente caso.

Quanto à indicada notícia na televisão, também não constitui uma situação objetiva de urgência.

Em suma, conforme decorre dos factos provados em 10. e 12., a A. não foi ouvida em sede de audiência prévia antes da tomada da deliberação final, que determinou o encerramento do seu estabelecimento, isto é, antes da deliberação do CD do ISS, de 4 de novembro de 2016.

Quanto às consequências da falta desta formalidade, a doutrina maioritária tem considerado que o direito de audiência prévia é uma mera formalidade procedimental (essencial) prevista no CPA, um princípio geral de direito, cuja preterição implica vício de procedimento e a anulabilidade do ato final - cf. artigo 121º do CPA (cf. neste sentido, entre outros, Pedro Machete - A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo. 1ª ed. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1995, pp. 522-529; Freitas do Amaral - Curso de Direito Administrativo. Vol. II, 3.º ed. Reimp., Coimbra: Almedina, 2017, pp. 320, 344, 345-368; Mário Aroso de Almeida - Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas Nucleares, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 206-210 e Teoria Geral do Direito Administrativo. O novo Regime do Código de Procedimento Administrativo. 2.ª ed. Coimbra Almedina, 2015, pp. 284-289; Luiz S. Cabral de Moncada - Código do Procedimento Administrativo, Anotado. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 427-431 e 580-585; ou Paulo Otero - Direito do Procedimento Administrativo. Vol. I, Reimp. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 571- 576).

Também neste sentido pronuncia-se a jurisprudência maioritária, com a qual alinhamos (cf., entre muitos, Acs. do STA nº 041865, de 30 de setembro de 1998, n.º 047134, de 8 de março de 2001, n.º 043390, de 2 de março de 2000, n.º 0210/12, de 21 de novembro de 2012, ou n.º 1391/14, de 25 de junho de 2015, todos em <http://www.dgsi.pt/jsta>).

Assim, na senda da jurisprudência e doutrina dominantes, considera-se, que a preterição do direito de audiência prévia acarreta a existência de um vício procedimental e a anulabilidade da deliberação ora impugnada.

Do pedido de responsabilidade civil

A A. cumula com o pedido impugnatório um pedido de responsabilidade civil extracontratual do ISS, por ato ilícito.

Para o efeito, vem a A. alegar a ilicitude da deliberação do CD do ISS, de 4 de novembro de 2016, por ter determinado o encerramento imediato do “Lar Velhos Gaiteiros”, com preterição do seu direito de audiência prévia.

Diz também a A. que se tivesse sido ouvida em audiência prévia poderia ter invocado, nessa sede, que já tinha implementado o plano de segurança contra risco de incêndio, efetuado a substituição das redes elétrica e de gás e que poderia encurtar o prazo para a execução das restantes obras exigidas para janeiro de 2018. Segundo a A., por via dessa arguição, poderia ver a sua autorização provisória de funcionamento prorrogada até janeiro de 2018. Em consequência, não teria tido os custos elencados nos artigos 13.º a 17.º da PI.

O ISS rebate tal argumentação, dizendo que a ilegalidade adveniente da preterição do direito de audiência prévia não era um ilícito passível de conduzir à responsabilidade civil e ao pagamento dos indicados danos, pois o estabelecimento da A. não estava licenciado e não cumpria as condições de instalação legalmente exigidas e as que lhe foram estipuladas.

O art.º 22.º da CRP consagra o princípio geral da responsabilidade do Estado e das demais entidades públicas, por danos causados no exercício das suas funções.

Por seu turno, a Lei nº 67/2007 de 31 de dezembro, vem regular o regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas. Porém, quer no referente aos pressupostos da responsabilidade civil aquiliana do Estado e demais pessoas coletivas públicas, fonte da obrigação de indemnização, quer quanto ao conteúdo dessa obrigação, aquela Lei manteve por referência o regime geral da responsabilidade civil, nomeadamente o estatuído nos art.ºs. 483º e 562º a 572º, do Código Civil (CC).

Assim, para se poder efetivar a responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas públicas por ato ilícito, praticados pelos seus órgãos ou agentes, exige-se a verificação cumulativa de cinco pressupostos: o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano – cf. art.º 7.º, n.ºs 1, 3 e 4, da Lei nº 67/2007 de 31 de dezembro.

Por seu turno, em termos de ónus de alegação e prova, por aplicação do art.º 487º, n.º 1, do CC, é ao A. e lesado que compete, por regra, não só a prova da culpa do autor da lesão, mas também o ónus de alegação e prova dos factos constitutivos do direito invocado – cf. art.º 342º, n.º 1, do CC.

Ou seja, ao A. e lesado compete expor na sua PI, a causa de pedir, o atos ou facto concreto (simples ou complexo) donde emerge o direito que invoca e se propõe fazer valer em juízo – teoria da substanciação (cf. art.ºs. 78.º, n.º1, al. f), do CPTA e 552º, n.º 1, al. a), do CPC).

No que se refere à causa de pedir nas ações de responsabilidade civil é, em regra, complexa, isto é, não se circunscreve ao facto gerador dos danos, antes assenta em vários factos que entrecruzados fundamentam a pretensão do autor/lesado. Note-se, ainda, que não é todo e qualquer facto que constitui a causa de pedir, mas apenas o ou os factos principais e decisivos, uma vez que os factos instrumentais apenas tendem a demonstrar a realidade da *causa petendi*.

Quanto ao primeiro pressuposto para a efetivação da responsabilidade - o facto - deve ser um comportamento ou uma conduta voluntária do agente – porque objetivamente controlável ou dominável pela sua vontade - praticado no exercício das suas funções e por causa delas. Pode ser um facto positivo – uma ação – ou um facto um facto negativo – uma omissão. O facto pode traduzir-se, também, numa ato jurídico ou num ato ou conduta material – cf. art.º 7.º, n.º 1, da Lei nº 67/2007 de 31 de dezembro.

No caso em análise, o facto corresponde à omissão da formalidade legalmente exigida da audiência prévia. O CD do ISS tinha o dever jurídico de realizar aquela formalidade previamente à deliberação de 4 de novembro de 2016 e omitiu esse ato jurídico.

No que concerne à ilicitude, é a que advém da violação, por aquele facto, de disposições ou princípios, constitucionais, legais ou regulamentares, ou de regras de ordem técnica, ou de deveres objetivos de cuidado, que se destinam a proteger interesses alheios e de que resulte a ofensa de direitos e interesses legalmente protegidos - cf. art.ºs. 7.º, n.ºs 1, 3 e 4 e 9.º da Lei nº 67/2007 de 31 de dezembro.

Para que o facto seja ilícito não basta, portanto, a conduta, mas é ainda necessário que a mesma produza um dado resultado. Ou seja, para efeitos de integração dos pressupostos de responsabilidade civil, não basta que haja uma mera violação de uma disposição legal – uma ilicitude de conduta – mas a lei exige, ainda, que aquela violação se traduza numa ofensa de uma disposição legal que se destina a proteger interesses alheios, designadamente, exige-se que resultem violados direitos ou interesses juridicamente protegidos dos administrados, ou disposições legais destinadas a assegurar posições jurídico-subjetivas dos cidadãos – exige-se, assim, também, uma ilicitude de resultado (cf. o art.º 9.º da Lei nº 67/2007 de 31 de dezembro).

É entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo (STA) que a ilicitude é tendencialmente coincidente com a ilegalidade do ato, mas tal não significa que haja essa coincidência ocorra em todas as situações (cf. entre outros, os Acs. do STA n.º 0513/09, de 27 de janeiro de 2010, n.º 0749/07, de 14 de fevereiro de 2008, n.º 01214/05, de 5 de dezembro de 2007, n.º 1961/02, de 13 de fevereiro de 2003, n.º 47753, de 26 de fevereiro de 2002. Vide ainda o Ac. do TC n.º 154/2007, de 2 de março de 2007, todos na supra-indicada base de dados).

Esta mesma jurisprudência era já a seguida no âmbito dos (antigos) art.ºs 2º e 6º do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de dezembro de 1967.

Nesse sentido, cite-se o Ac. do STA n.º 0749/07, de 14 de fevereiro de 2008, quando refere o seguinte: “estando em causa a violação de normas formais ou instrumentais, que não incidem directamente sobre o conteúdo decisório dos actos administrativos, antes sobre aspectos formais e procedimentais do exercício do poder – para se considerar essa ilicitude relevante para efeitos de responsabilidade civil, necessário seria que os lesados alegassem e provassem factos que permitissem concluir pela ilicitude substantiva da decisão administrativa, ou seja, que o acto anulado teria violado norma ou princípio legal que impunha obrigatoriamente o deferimento da sua pretensão (artº 342º, nº1 do CC). Dito de outra forma, seria necessário que a ilicitude do acto se reportasse ao próprio conteúdo decisório, ou seja, à ilegalidade do indeferimento da pretensão do interessado, e não – como aqui sucede – à inobservância de formalidade procedimental, cuja efectiva observância não garantiria, por si só, aquele deferimento.”

Portanto, por via da aplicação do art.º 9.º da Lei nº 67/2007 de 31 de dezembro, não fica excluída a possibilidade de a falta de audiência prévia – enquanto ilegalidade procedimental - poder constituir uma invalidade que gera o dever de indemnizar. Mas, para o efeito, terá o particular lesado que alegar e provar que tal ilegalidade era causa adequada ao dano que invoca.

Portanto, por via do art.º 9.º da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, quando se está frente a ilegalidades externas ou procedimentais, como ocorre no caso *sub judice*, a apreciação da correspondente invalidade para efeitos de apuramento da responsabilidade civil - porque aquela ilegalidade ofende direitos ou interesses legalmente protegidos do particular lesado - acaba por embrincar-se com a apreciação do pressuposto nexos de causalidade. Nestes casos, o particular lesado terá de provar que a atuação da Administração lesou os seus direitos ou interesses, e nessa mesma medida, lhe provocou danos, que de outra forma não ocorreriam.

Quanto ao pressuposto culpa, reporta-se ao nexos de imputação ético-jurídico que liga o facto à vontade do agente.

Conforme art.º 10.º, n.ºs 1 e 2, da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, a culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor. Ainda nos termos dos mencionados preceitos, sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos.

Os art.ºs 9.º, n.º 2 e 7.º, n.ºs 3 e 4, da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, na esteira do que foi sendo desenvolvido pela jurisprudência e já vinha determinado no anterior Decreto-Lei nº 48051, de 21 de dezembro de 1967, admite, também, a chamada “culpa do serviço”.

Trata-se de uma figura que dispensa culpa subjetiva, personalizada na pessoa de um concreto funcionário ou agente, e que remete para uma culpa anónima ou coletiva, que resultará do deficiente funcionamento generalizado do serviço, de um “funcionamento anormal do serviço”.

Já o padrão a partir do qual deve ser apreciada a culpa, é reportado a uma culpa abstrata, aferida pelo modelo do “homem médio”, pela diligência de um *bonus pater familias*, em face das circunstâncias de cada caso, que é indicada no art.º 487.º, n.º 2, do CC.

Conforme factos provados em 10. a 12., pelo despacho do Diretor do Departamento de Fiscalização do ISS, de 31 de outubro de 2016, foi proposta a realização da audiência prévia, que acabou por não ocorrer face à notícia que foi veiculada e à tomada da deliberação do CD do ISS em 4 de novembro de 2016.

Neste enquadramento, não se pode entender que a conduta do ISS induz a uma situação de existência de dolo ou culpa grave, mas antes, aponta para uma culpa leve, ou para a negligência, que decorre da adoção da indicada deliberação sem se ter tido o cuidado de proceder à audiência prévia da ora A. Nas circunstâncias do caso, a uma Administração zelosa e diligente reclamava-se o cumprimento da indicada formalidade da audiência.

Por conseguinte, no caso em apreço, dever-se-á entender como verificado o requisito culpa, por se presumir a existência de uma culpa leve, imputável ao deficiente funcionamento do serviço.

O dano será a lesão ou prejuízo de ordem patrimonial ou não patrimonial, produzido na esfera jurídica do terceiro, ora A.

A A. alega que teve seguintes danos, que foram dados por provados nesta ação:

- no valor de €3.000,00, relativos a despesas e honorários que pagou à sua Advogada;
- no valor de €8.000,00, relativos às obras de implementação do plano de segurança contra risco de incêndio e de substituição das redes elétrica e de gás;
- no valor de €250,00, relativos a despesas e custos bancários com o financiamento das obras e
- no valor de €50.000, relativos a custos de encerramento do estabelecimento e à mudança do mesmo para um novo local.

Mais diz a A., que existe um nexo de causalidade entre o facto (ato ou omissão) e os danos que alega.

O pressuposto nexo de causalidade remete para teoria da causalidade adequada, consagrada no art.º 563.º do CC, na sua formulação negativa, nos termos da qual “a obrigação de indemnizar só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

Assim, por um lado, o facto ilícito tem que ser a condição concreta, *sine qua non*, do dano, mas, por outro lado, esse mesmo facto tem igualmente que constituir, em abstrato, segundo a natureza das coisas, a causa adequada à produção do dano que se invoca.

Ora, no caso em apreço, a A. imputa a ilicitude da conduta do ISS ao facto de ter violado o seu direito de audiência prévia. Diz também a A., que se essa audiência tivesse ocorrido o seu estabelecimento não seria encerrado.

Porém, face aos factos provados em 3. a 6., resulta que o estabelecimento da A. estava a funcionar sem a devida licença. Concedida uma autorização provisória de funcionamento até 7 de julho de 2016 e determinado para que dentro de tal prazo fossem executadas diversas obras, sob pena de o seu estabelecimento ser encerrado, a A. nada fez. Pedida pela A., em 13 de julho de 2016, uma prorrogação da autorização provisória de funcionamento, esse mesmo pedido foi negado pelo ISS, pelo despacho de 24 de julho de 2016, do Diretor do Departamento de Fiscalização, ali se indicando que “não implementação pela Requerente do plano de segurança contra risco de incêndio, associado à falta de obras de modernização, com a substituição da rede elétrica e de gás, compromete, de imediato, gravemente, a segurança dos utentes do lar. No restante, uma prorrogação da autorização de funcionamento até 2019 comprometeria a saúde, a segurança, o bem-estar dos utentes e a qualidade dos serviços a prestar pelo estabelecimento” (cf. factos provados em 7. e 8.

Estas últimas circunstâncias foram novamente invocadas no despacho de 31 de outubro de 2016, do Diretor do Departamento de Fiscalização do ISS, que voltou a propor o encerramento do lar por apresentar “deficiências graves” que punham “em causa os direitos dos utentes e a sua qualidade de vida” (cf. facto 10.).

Nos termos do art.º 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 64/2007, de 14 de março, o lar explorado pela A. só poderia ter dado início ao seu funcionamento após ter obtido a competente licença. Da mesma forma, nos termos dos art.ºs 12.º, al, a) e 17.º, n.ºs 1 e 3, daquele Decreto-Lei, a concessão da licença

exigia a verificação pelo ISS da “conformidade das instalações e do equipamento com o desenvolvimento da resposta social pretendida”.

Portanto, na situação dos autos, constata-se, que a A. para além de explorar o indicado Lar de forma ilegal, porque sem licença, também não apresentava instalações adequadas e conformes à atividade que desenvolvia e que permitissem a atribuição do referido título.

Determina, o art.º 19.º, n.ºs 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 64/2007, de 14 de março, que se não forem satisfeitas as condições exigidas aquando da concessão da autorização provisória de funcionamento, é indeferido o pedido de licenciamento.

Conforme os art.ºs. 35.º e 36.º do Decreto-Lei n.º 64/2007, de 14 de março, o ISS poderia, também, mediante deliberação fundamentada, determinar o encerramento do estabelecimento “nos casos em que apresente deficiências graves nas condições de instalação, segurança, funcionamento, salubridade, higiene e conforto, que ponham em causa os direitos dos utentes ou a sua qualidade de vida”.

Neste enquadramento, fáctico e jurídico, há que considerar que o encerramento do estabelecimento da A. muito provavelmente iria ocorrer ainda que se tivesse efetuado a audiência prévia, porquanto as obras indicadas no despacho de 31 de outubro de 2016, do Diretor do Departamento de Fiscalização do ISS, foram ali consideradas como pondo em “causa os direitos dos utentes e a sua qualidade de vida.”

Assim, por um lado, não se mostra crível que uma invocação que pudesse ter sido feita em sede de audiência prévia, relativa à realização das obras até janeiro de 2008, viesse a obstar ao encerramento do Lar. Por outro lado, dos factos apurados resultará que a causa direta, *sine qua non*, da ordem de encerramento e dos consequentes danos invocados nesta ação, não terá sido a falta de audiência prévia, mas, sim, as circunstâncias de o estabelecimento da A. estar a funcionar sem a competente licença, não apresentar as condições adequadas para o fim a que se destinava e não terem sido feitas pela A. as obras que antes se haviam indicado, dentro do prazo em que vigorou a autorização provisória de funcionamento, ou seja, até 7 de julho de 2016.

Competia à A. provar nestes autos que os danos que invocava derivavam da falta de audiência prévia, ou competia-lhe provar que se se repetisse o procedimento administrativo expurgado das ilegalidades procedimentais de que padecia, o ato final não seria no sentido do encerramento do estabelecimento, mas, sim, no sentido da prorrogação da autorização de funcionamento até janeiro de 2018.

Atendendo à matéria factual aqui fixada, a indicada prova não ficou feita, mas, ao invés, resulta como quase certo que o encerramento sempre ocorreria, ainda que a audiência tivesse tido lugar, porquanto o estabelecimento da A. estava a funcionar com deficiências que punham em “causa os direitos dos utentes e a sua qualidade de vida” e que eram justificativas de uma ordem de encerramento imediato.

Em suma, porque não ficou provado que a omissão da audiência era a causa adequada para os danos que aqui se invocam – relativos a despesas e honorários a pagar à Advogada da A., às obras entretanto feitas no antigo estabelecimento, ou às despesas e custos bancários que a A teve para conseguir um financiamento para as obras – falece o nexo de causalidade, pressuposto indispensável para o pedido condenatório da A. poder proceder.

A omissão da audiência prévia, numa situação como a descrita nos autos, relativa a um estabelecimento não licenciado e que também não apresenta condições para o efeito, não constitui, só por si, um facto suficiente para que se considerem violados direitos ou interesses juridicamente protegidos da A., ou para que se considerem violadas disposições legais destinadas a assegurar quaisquer posições jurídico-subjetivas, que permitam a integração dos pressupostos da ilicitude e nexo de causalidade para efeitos de aferição de responsabilidade civil extracontratual.

Claudica, pois, *in totum*, o pedido condenatório.

*

VI - DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos supra expostos, julgo conceder provimento parcial à presente ação:

- a) Anulando-se a deliberação do CD do ISS, de 4 de novembro de 2016, que determinou encerramento imediato do “Lar Velhos Gaiteiros”, por violação do direito de audiência prévia da A.
- b) E julgando-se improcedente, por não provado, o pedido a condenação do R. a pagar à A. uma indemnização no valor total de €61.250,00, a título de responsabilidade civil por ato ilícito, pelos danos patrimoniais decorrentes daquela deliberação ilegal, absolvendo-se, conseqüentemente, o R. ISS deste último pedido.

Valor da ação

Na PI a A. indicou o valor € 5.000,01 como sendo o da presente ação. O R., na contestação, aceitou o referido valor.

Porém, através da presente ação a A. formula dois pedidos em cumulação real: um pedido impugnatório e outro de condenação do R. ao pagamento de uma indemnização, no valor total de €61.250,00.

Assim sendo, através da presente ação a A. pretende alcançar com o primeiro pedido um benefício, que terá um valor indeterminável, que por aplicação do art.º 34.º, n.º 1 e 2, do CPTA, deverá ser computado em €30.000,01, e com o segundo pedido, a A. almeja o pagamento do valor de €61.250,00.

Logo, o valor que a A. indicou como sendo o da ação, tem de ser corrigido, devendo sê-lo para a quantia de €91.250,10, que corresponde à soma dos dois pedidos, conforme determinam os art.ºs. 32.º, n.º 1 e 7, do CPTA e 306.º, n.º1 e 2 do CPC, *ex vi* art.º 31.º, n.º 4, do CPTA.

Motivos porque se corrige e fixa o valor da ação em €91.250,10.

*

Custas pelo A. e pelo R. na proporção do decaimento, que se fixa em 50% para cada uma das partes, os termos dos art.ºs. 527.º, n.ºs 1 e 2 e 529.º do CPC, 6.º, n.º 1 e Tabela I-A, anexa, do Regulamento das Custas Processuais.

Lisboa, 22 de fevereiro de 2018.

Registe e notifique.

O Juiz