

RISCO(S) DE CIVILIZAÇÃO, RESPONSABILIDADES COMUNICACIONAIS E IRRESPONSABILIDADES RESIDUAIS

CARLA AMADO GOMES

A autora, numa linha de pensamento contra-corrente, que vem mantendo desde a entrada em vigor do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, contra o que pensa ser uma excessiva abertura deste regime em sede de cobertura de danos decorrentes de actuações e omissões da função administrativa, explora neste artigo mais um campo de irreparabilidade a partir da figura do “risco de civilização”.

Palavras-chave: Responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas; função administrativa; risco de civilização.

SUMÁRIO: 0. Introdução. 1. Risco de civilização, risco residual e risco intolerável: ecos da decisão *Kalkar*. 2. *Risco de civilização — I: a inindemnizabilidade do desconhecido*. 2.1. Notas sobre a responsabilidade da função administrativa por informações difundidas em cenários de incerteza. 3. *Risco de civilização — II: a inindemnizabilidade do residual*

0. INTRODUÇÃO

A entrada em vigor do regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro (que acolhe o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas = RRCEE), antecedida da polémica em torno do voto político do Presidente da República — por a considerar uma “inimiga” do erário público — e sucedida pela descoberta de soluções (pelo menos aparentemente) muito generosas para os lesados (desde logo, em razão da clarificação da questão da imputação de responsabilidade do Estado por facto de *qualquer* uma das suas funções¹), incute uma sensação de alteração de paradigma no sentido de uma maior cobertura pública de riscos sociais. É, em determinados casos, uma falsa impressão, em razão das dificuldades que o RRCEE vai plantando pelos caminhos normativos, sobretudo

¹ Embora dubitativamente quanto à função política — cfr. Carla AMADO GOMES e Miguel Assis RAIMUNDO, **Topicamente — e a quatro mãos... — sobre o novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas**, in *Textos dispersos de Direito da Responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Lisboa, 2010, pp. 235 segs., 244-248.

nos planos da responsabilização das funções jurisdicional e legislativa². Mas é uma certeza em hipóteses como a responsabilidade administrativa, por facto ilícito (falta leve) e pelo risco.

Em reflexões anteriores, tivemos oportunidade de ressaltar estes aspectos e de nos posicionar contra o que pensamos ser uma excessiva abertura que o RRCEE propicia em sede de cobertura de danos decorrentes de actuações/omissões da função administrativa^{3 4}. Neste texto e continuando no pensamento em “contra-corrente”, a nossa intenção é explorar (outras) hipóteses de irreparabilidade de danos decorrentes de actuações/omissões dos poderes públicos a partir da figura do “risco de civilização” — noção textualmente ausente do RRCEE mas, pensamos, presente, nos seus desdobramentos, na teleologia do instituto da responsabilidade civil em que o RRCEE se filia.

Antes de iniciar esta reflexão, convém fazer uma precisão sobre o conceito operativo de risco de civilização com que vamos lidar, mormente em relação à noção-mãe de “risco tecnológico”. O risco de civilização é um risco do progresso ou, pelo menos, do desenvolvimento tecnológico, um risco introduzido pelo engenho humano com vista à geração de maior segurança e/ou bem estar, que pode estar identificado e avaliado — e, por isso, ser gerido —, ou ser (ainda) desconhecido, o que exonera entidades públicas e privadas da sua gestão e reparação. Cumpre também ter em mente que o risco tecnológico está normalmente associado a actividades ou produtos introduzidos no mercado por privados, cabendo aos poderes públicos compe-

² Cfr., entre outros: para a função jurisdicional: Carla AMADO GOMES, **ABC da (ir)responsabilidade dos juízes**, in *SI*, n.º 322, 2010, pp. 261 segs. (também publicado nos *Estudos em homenagem a J. L. Saldanha Sanches*, I, Coimbra, 2011, pp. 77 segs.); Carlos CADILHA, **Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas**, 2.ª ed., Coimbra, 2011, pp. 249 segs. (anotação ao artigo 13.º do RRCEE); para a função legislativa, Carlos CADILHA, *idem*, pp. 294 segs. (anotação ao artigo 15.º do RRCEE); Jorge MIRANDA, **A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão**, in *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, I, Coimbra, 2012, pp. 687 segs., 711-712; Mário AROSO DE ALMEIDA, **Regime jurídico da criação de municípios e recurso para o Tribunal Constitucional no âmbito das acções de responsabilidade do Estado por ilícito legislativo: a propósito do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 134/2010**, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, II, Lisboa, 2012, pp. 755 segs., 762-765.

³ Cfr. Carla AMADO GOMES, **A responsabilidade civil extracontratual da Administração por facto ilícito: reflexões avulsas sobre o novo regime da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro**, in *Textos dispersos de Direito da Responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Lisboa, 2010, pp. 49 segs., max. 60-61; **A responsabilidade civil extracontratual da Administração pelo risco: uma solução arriscada?**, in *Textos dispersos de Direito da Responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Lisboa, 2010, pp. 85 segs., max. 103-108.

⁴ Chamando identicamente a atenção para alguma “liberalidade” do legislador do RRCEE, Paulo OTERO, **Causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por facto ilícito**, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvalo Correia*, II, Lisboa, 2010, pp. 965 segs., e José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, **A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3d: Estado de Direito, Estado fiscal, Estado social**, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, I, Coimbra, 2012, pp. 55 segs.

tências de enquadramento legislativo e controlo administrativo, *ex ante* e *ex post* — o que pode interferir tanto no *se*, quanto no *como*, da responsabilidade das entidades públicas.

1. RISCO DE CIVILIZAÇÃO, RISCO RESIDUAL E RISCO INTOLERÁVEL: ECOS DA DECISÃO *KALKAR*

Desde a publicação da obra de Ulrich Beck sobre a sociedade de risco (*Risikogesellschaft: um der Weg nach anderes Moderne*, 1986), a percepção de que o progresso traz consigo tanto bem-estar quanto inquietação instalou-se definitivamente. Os avanços técnico-científicos sucedem-se ao ritmo da pulsação humana para a criatividade e para o lucro, perturbando os equilíbrios naturais e desestabilizando as relações de causalidade até então conhecidas, mas também introduzindo novos padrões de conforto e segurança. Cidadãos e governos foram-se habituando a conviver com a nova realidade do risco tecnológico, convívio esse nem sempre pautado pela transparência nem pela objectividade⁵.

O risco tecnológico acarreta novos níveis de responsabilização, tanto para os cidadãos — que dele beneficiam e devem sobre ele informar-se —, como para o Estado, que deve impedi-lo, preveni-lo, ou limitar-se a tolerá-lo⁶. A responsabilidade pública tem aqui um sentido alargado, preventivo, na vertente dos deveres de protecção — de informação, de minimização, de fiscalização, de desmantelamento — mas também reparatório, em caso de défice de protecção, quer directa quer indirectamente (no âmbito do exercício de competências autorizativas de actividades cujo impacto para a saúde, segurança e ambiente seja significativo).

O risco tecnológico, enquanto facto futuro e incerto, cuja eclosão é susceptível de causar danos a pessoas, património e ambiente constitui, desde a decisão *Kalkar* do Tribunal Constitucional alemão, de 1978⁷, objecto de uma análise tridimensional, em função de um critério de intensidade ou de grau: enquanto risco *residual*, enquanto risco (simples), e enquanto risco *intolerável*. O primeiro equivale ao risco ineliminável numa sociedade tecnológica, cuja população aprecia o progresso e o acréscimo de bem-estar que a tecnologia acarreta (no caso *Kalkar*, o risco de acidente numa central nuclear em contraponto à disponibilidade de energia barata). Trata-se de uma grandeza com uma dimensão negativa, mas cujo benefício — imediato e certo — suplanta o malefício — remoto e eventual.

⁵ Carla AMADO GOMES, **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**, Coimbra, 2007, pp. 234-236 (e doutrina aí citada).

⁶ Para uma síntese da evolução da actividade de polícia administrativa para a actividade de gestão de riscos pela Administração, José ESTEVE PARDO, **De la policía administrativa a la gestión de riesgos**, in *REDA*, n.º 119, 2003, pp. 323 segs. 329 segs.

⁷ Sobre a decisão *Kalkar*, Carla AMADO GOMES, **Risco e modificação...**, *cit.*, pp. 395-399.

Já o risco intolerável traduz-se numa possibilidade de ocorrência de danos que uma dada sociedade temporalmente situada rejeita, por contrário a um sentimento comum de segurança ou de ética (v. g., uso de armas químicas; clonagem de seres humanos). Cabe desde logo ao legislador democrático excluir este tipo de hipóteses do elenco de riscos geríveis pela Administração — ainda que esse “legislador democrático” se situe numa esfera decisional externa (nomeadamente, no plano supraestadual da União Europeia) relativamente às instituições estatais⁸.

Finalmente, o risco *tout court*, corresponde a toda a margem de incerteza relacionada com a utilização da técnica pela sociedade, que traz benefícios gerais mas pode importar em danos globais, graves e irreversíveis; donde, deve ser avaliado e gerido pelas entidades administrativas competentes.

Em bom rigor, estamos perante uma divisão bipartida, pois o que releva para legislador e administrador é a separação entre risco aceitável e risco inaceitável — risco residual e risco intolerável. O risco *tout court*, enquanto realidade de contornos incertos quanto ao *se* e/ou quanto ao *como*, constitui o elo de ligação entre os dois níveis referidos — essencialmente políticos e praticamente técnicos —, podendo um risco inicialmente intolerável tornar-se residual (por avanço técnico que permita reduzir a potencialidade de eclosão ou a intensidade desta; por alteração das concepções ético-sociais) e, em contrapartida, podendo um risco inicialmente residual transformar-se em intolerável (por aumento da possibilidade de eclosão; em face da descoberta de substitutos que tornem inaceitável a manutenção do índice de risco anterior).

Além destas categorias, introduziríamos uma quarta, aquela que mais directamente nos convoca esta reflexão: a do risco do desenvolvimento tecnológico ou risco de civilização em sentido estrito (*development risk; risque du développement; risco de desarrollo*). Trata-se de uma hipótese paradoxal, dado que só quando *um risco de civilização deixa de o ser* — para se degradar em risco (residual), evitável ou minimizável, ou para se agigantar a risco intolerável —, se torna relevante para o Direito. Ou seja, o *risk de civilização* é *um risco de avaliação técnica pretérita mas de valoração jurídica presente* — caso perca a sua natureza de risco totalmente desconhecido para se tornar conhecido. E é na “transição” da ignorância para a incerteza que os problemas se colocam, tanto para quem introduz o factor de risco que se revela, como para quem o deverá (passar a) controlar.

2. RISCO DE CIVILIZAÇÃO — I: A ININDEMNIZABILIDADE DO DESCONHECIDO

Numa primeira acepção, o *risk de civilização* corresponde a um risco totalmente desconhecido, ou seja, um risco associado a um efeito adverso

⁸ Cfr. Carla AMADO GOMES, **Risco e modificação...**, *cit.*, pp. 434-435.

que o seu criador ou produtor ignorava por completo no momento em que o introduziu na esfera pública, sendo essa ignorância plenamente legítima à luz das melhores informações relevantes disponíveis⁹. Na fórmula utilizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, a propósito da cláusula de isenção de responsabilidade do produtor constante da directiva 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de Julho de 1985 (relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos)¹⁰,

“... para se poder exonerar da sua responsabilidade, nos termos do artigo 7.º, alínea e), da directiva, o produtor de um produto defeituoso terá de demonstrar que o estado objectivo dos conhecimentos técnicos e científicos, incluindo o seu nível mais adiantado, no momento da colocação em circulação do produto em causa, não permitia detectar a existência do defeito. *Importa, para que possam validamente ser opositos ao produtor, que os conhecimentos científicos e técnicos pertinentes tenham sido acessíveis no momento da colocação em circulação do produto em causa*” (itálico nosso).

O risco desconhecido não deve ser encarado como passível de accionar os mecanismos da responsabilidade civil, nem por facto ilícito — pois o seu criador não tem condição ou obrigação de o conhecer ou de o imaginar; logo, não lhe pode ser assacada qualquer culpa —, nem pelo risco — porque o risco não é típico, donde não existir ilicitude. Mesmo se invocarmos o princípio da precaução — ou a lógica de antecipação da prevenção que lhe subjaz, como preferimos¹¹ —, este tipo de riscos não será passível de imputação no plano da responsabilidade civil, nem das entidades privadas autorizadas nem das entidades públicas autorizantes, pois não existia, no momento da emissão da autorização, o mais ínfimo indício de que se poderia vir a registar.

⁹ Cfr. a definição de «produto seguro» constante do artigo 3.º/b) do DL 69/2005, de 17 de Março (sobre segurança geral dos produtos): “qualquer bem que, em condições de utilização normais ou razoavelmente previsíveis, incluindo a duração, se aplicável, a instalação ou entrada em serviço e a necessidade de conservação, não apresente quaisquer riscos ou apresente apenas riscos reduzidos compatíveis com a sua utilização e considerados conciliáveis com um elevado nível de protecção da saúde e segurança dos consumidores, tendo em conta, nomeadamente:

i) As características do produto, designadamente a sua composição;
ii) A apresentação, a embalagem, a rotulagem e as instruções de montagem, de utilização, de conservação e de eliminação, bem como eventuais advertências ou outra indicação de informação relativa ao produto;
iii) Os efeitos sobre outros produtos quando seja previsível a sua utilização conjunta;
iv) As categorias de consumidores que se encontrarem em condições de maior risco ao utilizar o produto, especialmente crianças e os idosos”.

¹⁰ Caso C-300/95, de 29 de Maio de 1997, considerando 29.

¹¹ Carla AMADO GOMES, **Risco e modificação...**, cit., pp. 414-421.

Assinale-se a redacção do artigo 5.º/e) do DL 383/89, de 6 de Novembro (que transpôs a directiva 85/374/CEE, *supra* citada), que reza:

“O produtor não é responsável se provar: (...) e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito;”

bem assim como a subalínea *ii)* da alínea *b)* do n.º 3 do artigo 20.º do DL 147/2008, de 29 de Julho, onde se lê que:

“3. O operador não está ainda obrigado ao pagamento dos custos das medidas de prevenção ou de reparação adoptadas nos termos do presente decreto-lei se demonstrar, cumulativamente, que:

- a) *Não houve dolo ou negligência da sua parte;*
- b) *O dano ambiental foi causado por: (...) ii) Uma emissão, actividade ou qualquer forma de utilização de um produto no decurso de uma actividade que não sejam consideradas susceptíveis de causar danos ambientais de acordo com o estado do conhecimento científico e técnico no momento em que se produziu a emissão ou se realizou a actividade”.*

Imputar danos neste cenário não é, pois, admissível. Como explica Aude ROUYÈRE, a imputação seria, neste caso, retroactiva e extravasaria mesmo os parâmetros lassos e pouco definidos da precaução, que admite a tomada de medidas em cenários de incerteza: “Já não se trata apenas de raciocinar com base numa hipótese de risco cuja probabilidade de pertinência é indefinida mas antes de *uma ausência de incerteza devido ao facto de o risco não ser sequer imaginável*”¹² (itálico nosso). Insiste-se em que configurar a hipótese da responsabilidade civil neste contexto é questionável, não só do ponto de vista da filosofia do instituto — promover a reparação de um dano que dolosa ou negligentemente se propiciou ou em cuja álea de actividade era suscetível de ocorrer —, como também na perspectiva da articulação com algumas liberdades jusfundamentais, como as de iniciativa económica privada, de investigação científica, enfim, de desenvolvimento da personalidade — que ficariam gravemente tolhidas em face de um cálculo de risco que assenta na impossibilidade de *exclusão teórica* de ocorrência.

Autores há, todavia, que defendem ser o produtor/criador/empresário sempre responsável pelos danos gerados por produtos/invenções/actividades decorrentes de riscos totalmente desconhecidos à data da introdução no

¹² Aude ROUYÈRE, **Responsabilité et principe de précaution**, in *Actes du colloque: vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, Palais du Luxembourg, 11/12 mai 2001, II. B) — disponível em http://www.senat.fr/colloques/colloque_responsabilite_publique/colloque_responsabilite_publique13.html

mercado/início de funcionamento, uma vez que, estando criador do risco e consumidor em pé de igualdade face ao desconhecido, será mais justo onerar o operador económico — mesmo que através de uma técnica diversa da responsabilidade civil (v. g., recorrendo-se a fundos de garantia alimentados por sectores de determinadas empresas) ¹³. Julgamos, salvo o devido respeito, que esta posição vitimiza excessivamente o consumidor, que utiliza o produto/pratica a actividade para incrementar uma necessidade mais ou menos essencial e que, tendo em consideração os controlos de segurança que os produtos sofrem, estará exposto a um risco altamente residual. Em contrapartida, a canalização de verbas para fundos de garantia de cobertura de danos provocados por riscos desconhecidos constituirá um factor inibitório da actividade económica/de investigação que desacelera o progresso técnico-científico e acaba por onerar aleatoriamente os consumidores (em razão da repercussão desses custos no preço dos produtos/actividades) ¹⁴.

Acresce a esta problemática a questão da dificuldade de imputação de danos muito desfasados da utilização/consumo/prática da actividade que se veio a revelar lesiva, em face de normas prescricionais (cfr. o artigo 309.º do Código Civil: 20 anos; o artigo 33.º do DL 147/2008, de 29 de Julho: 30 anos). Esta dificuldade é mais patente relativamente a danos instantâneos (tratamento realizado na infância que provoca uma lesão só detectável na maioria) do que a danos cumulativos ou decorrentes da utilização quotidiana de determinado produto (medicamento de toma diária cujo potencial cardíaco se descobre; implante no qual se desenvolve risco cancerígeno), dado que, na transição de risco desconhecido para risco suspeitado e eventualmente confirmado, o potencial lesado mantém contacto com a fonte de risco. Tal diferença pode ter implicações para o agente que introduziu o factor de risco no mercado e também para quem o controla, mormente no plano dos deveres de informação.

Com efeito, a partir do momento em que o risco se torne conhecido — leia-se: pelo menos pressentido a partir de opiniões credíveis —, a via da responsabilidade começa a abrir-se. Pode ser, no entanto, difícil estabelecer o momento a partir do qual o dever de prevenção, no máximo, ou o dever de informação, no mínimo, desponta, caso a descoberta do risco não seja assinalada: ou através de uma alteração legislativa ¹⁵; ou na sequência da ocorrência de um conjunto de factos lesivos que demonstrem nexo de cau-

¹³ É a posição sustentada por Lidia GARRIDO CORDOERA, **El «riesgo de desarrollo» — un punto de tensión en la aplicación de los principios del Derecho de daños**, in *Revista General de legislación y Jurisprudencia*, 2009/2, pp. 299 segs., max. 306. No mesmo sentido, mas com outros argumentos, José ESTEVE PARDO, **La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible**, in *Revista de Administración Pública*, n.º 149, 1999, pp. 37 segs.

— Autor que considera que exonerar os operadores de responder pelos riscos de desenvolvimento viola o princípio da precaução e demite-os de prosseguirem o objectivo continuado de incremento do nível de segurança dos produtos.

¹⁴ Sobre este ponto, Vera Lúcia RAPOSO, **A responsabilidade do produtor por danos causados por dispositivos médicos**, in *Revista do IDB*, 2013/5, pp. 4275 segs., 4322-4323.

¹⁵ Cfr. Aude ROUYÈRE, **Responsabilité...**, cit., II. A).

salidade plausível com a actividade/produto em questão com repercussão assinalável¹⁶; ou ainda perante a emergência de uma tendência clara de reconhecimento do risco no seio da comunidade científica¹⁷.

Assinale-se, por ilustrativa e actual, a questão do amianto. A inalação de fibras de amianto começou a ser estudada no princípio do século XX e foi caracterizada em 1930 como susceptível de provocar efeitos cancerígenos. Em meados dos anos 1950, o potencial cancerígeno foi atestado no Reino Unido, passando o risco da zona do desconhecimento para a do risco conhecido pela comunidade científica. Na directiva 83/477/CE, de 19 de Setembro (relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros quanto à protecção sanitária dos trabalhadores expostos ao amianto durante o trabalho), ficou definitivamente reconhecido, ao nível da União Europeia, que a exposição a determinados níveis de amianto pode constituir risco de contrair cancro, tendo a directiva 76/769/CEE, do Conselho, de 27 de Julho (relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à limitação da colocação no mercado e da utilização de algumas substâncias e preparações perigosas) fixado em 1 de Janeiro de 2005 a data de término da extracção e utilização de amianto na União Europeia.

Em França, a justiça já condenou o Estado em acções de responsabilidade interpostas por vítimas de exposição ao amianto, por omissão de medidas de fiscalização¹⁸, servindo-se daquele ponto de viragem temporal (2005), que “atesta uma obrigação de prevenção decorrente de uma informação incontestada” e que se firma num princípio de que “a emissão de directivas comunitárias não permite ao Estado invocar a incerteza científica para justificar um alheamento de deveres de antecipação do risco”¹⁹. Ressalte-se, todavia, que o número de vítimas e a ignorância do risco durante um largo período conduziu à criação, em 2000, de

¹⁶ Recorde-se a “crise das vacas loucas”, que eclodiu no Reino Unido em meados da década de 1980 e se prolongou pelo início do século XXI, que começou por provocar a morte a milhares de vacas, tendo ficado paulatinamente provado ser causa de morte de pessoas, em virtude de a ingestão de carne bovina gerar uma variante da *doença de Creutzfeldt-Jakob* nos seres humanos.

¹⁷ Veja-se, por exemplo, o acórdão do TJUE (Caso 221/10, de 19 de Abril de 2012), sobre a decisão de proibição de um tratamento de obesidade à base de uma substância (afepramona), cujos efeitos se revelaram pouco eficazes e mesmo nocivos ao final de alguns anos de aplicação. O TJUE considerou a decisão de revogação da autorização válida, argumentando assim:

“103. A este respeito, a existência de um consenso no seio da comunidade médica sobre a evolução dos critérios de apreciação do efeito terapêutico de um medicamento e o facto de, no seio dessa comunidade e após essa evolução, a eficácia terapêutica desse medicamento ser posta em causa constituem, nos mesmos termos que a identificação de dados científicos ou de novas informações, elementos concretos e objetivos suscetíveis de servir de fundamento à constatação do saldo benefícios/riscos negativo do referido medicamento”.

¹⁸ Cfr. o acórdão do *Conseil d'État* de 3 de Março de 2004, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/Consorts Borella*.

¹⁹ Aude ROUYÈRE, **Responsabilité...**, *cit.*, ponto I.A).

um fundo de solidariedade, que veicula um ressarcimento mais célere (abdicando da caracterização da culpa, do Estado ou do empregador)²⁰.

Em Portugal, apenas em 2011 se tomaram medidas legislativas, através da Lei 2/2011, de 9 de Fevereiro, para prevenir este risco emergentemente estabelecido. Este diploma concede ao Governo o prazo de um ano para proceder ao levantamento dos edifícios e equipamentos públicos que contenham amianto na sua estrutura (artigo 3.º/1) e, uma vez identificados, o prazo de 90 dias para o retirar e substituir (artigo 4.º/2). Até agora, o inventário dos cerca de quatro mil edifícios públicos que se estima conterem amianto ainda está muito longe de ser concluído. Já houve casos de mortes de funcionários públicos cuja relação com a inalação de amianto é admissível²¹, podendo o atraso do Estado na remoção deste material constituir causa de imputação de responsabilidade por omissão ilícita, nos termos do artigo 9.º/1 do RRCEE.

Complexo pode ser também, na ausência de previsão legislativa habilitante, exigir da Administração (e impor ao operador autorizado) medidas preventivas que extravasem a álea de risco previamente definida, dado que se trata de ingerências na esfera jurídica do operador/titular da autorização que se configuram como totalmente imprevistas e podem constituir um ónus económico insuportável²². Certo é que, quer perante riscos totalmente desconhecidos que subitamente se denunciam, quer face a novos riscos associados a produtos/actividades já identificadas como susceptíveis de interferir negativamente com a saúde ou o ambiente, as autoridades de saúde e de vigilância económico-sanitária deverão ordenar a suspensão temporária da actividade ou da comercialização do produto num cenário de lesão iminente da saúde pública/ambiente — mormente no caso de bens alimentares ou medicamentosos, de consumo universal —, ou pelo menos e dependendo da análise de risco perfunctoriamente efectuada (em face da urgência e da incerteza), difundir avisos sobre a suspeita de risco emergente.

2.1. Notas sobre a responsabilidade da função administrativa por informações difundidas em cenários de incerteza

Perante um risco emergente mas inesperado, os utilizadores dos produtos/praticantes da actividade, consumidores em geral, devem ser informados

²⁰ O fundo foi criado pela Lei 2000-1257, de 23 de Dezembro — cfr. **Responsabilité et socialisation du risque — Rapport public 2005** (disponível em <http://www.conseil-etat.fr/fr/reports-et-etudes/-responsabilite-et-socialisation-du-risque.html>), pp. 272-274.

²¹ Cfr. *O mistério do amianto* — Revista Visão, 15 de Novembro de 2012, disponível em <http://visao.sapo.pt/o-misterio-do-amianto=f697629>

²² Cfr. Carla AMADO GOMES, **Risco e modificação...**, *cit.*, pp. 585-595. Frisando a vinculação desta competência ao princípio da legalidade da competência, no plano do poder cautelar de emissão de alertas sobre o risco sanitário e ambiental de determinados produtos, cfr. Pedro GONÇALVES, **Advertências da Administração Pública**, *in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2002, pp. 723 segs., 774 segs.

e/ou prevenidos sobre (continuar a) contactar com a fonte de risco. A dimensão informativa envolve particulares dificuldades, pois a ingerência recomendatória pode ser tão ou mais lesiva para o operador económico do que a suspensão da comercialização (ou a imposição de medidas de prevenção adicionais, que o princípio da reserva de lei pode não comportar)²³. É manifesto, todavia, que perante situações de alarme social generalizado, com danos reais conhecidos, os poderes públicos têm um dever de pacificação que passa pela transmissão de informação o mais objectiva e precisa possível — cuja comprovação do nexo de causalidade risco/lesão ficará, em cenários de urgência, tanto mais aligeirada quanto maior se afigurar a ameaça para bens jurídicos essenciais²⁴.

Não estamos aqui, decerto, perante a ordem de objectividade para que nos remete o artigo 7.º/2 do CPA, que imputa à Administração responsabilidade por informações prestadas, a requerimento dos particulares, por escrito. Notamos, neste particular contexto, uma especial concretização do princípio da boa fé²⁵, na vertente de não criação de expectativas infundadas aos destinatários da informação, num quadro de tendencial recato (entre a Administração e o requerente)²⁶; já relativamente às informações/avisos difundidos em cenários de incerteza e clima emergencial, a questão da responsabilidade torna-se, de uma banda, mais fluida, nomeadamente quanto à avaliação do risco e quanto à plena comprovação do nexo de causalidade; e, de outra banda, *mais pública*, em virtude do aproveitamento que os meios de comunicação geralmente fazem de situações de risco sanitário e ambiental. A complexidade agudiza-se em razão da intermediação, no plano da saúde pública,

²³ Sobre esta questão, desenvolvidamente, Pedro GONÇALVES, **Advertências...**, *cit., passim*.

²⁴ “Les obligations que s’imposent de plus en plus aux pouvoirs publics en matière de prévention et de précaution ne font que renforcer l’impératif d’une meilleure information précoce au public. La responsabilité des pouvoirs publics peut être engagée par une mauvaise information ou un défaut d’information. Il en est de même pour certains auteurs privés” — **Responsabilité et socialisation du risque — Rapport public 2005**, *cit.*, p. 334.

²⁵ Sintoma da contaminação do Direito Administrativo pelo Direito Civil, onde a boa fé tem insuflado novos desdobramentos dos deveres de informação no plano contratual e levado à correcção da aplicação literal do artigo 485.º do CC — sobre este ponto veja-se Jorge SINDE MONTEIRO, **Responsabilidade por informações, Anotação ao Acórdão do STA de 3 de Junho de 1998**, *in* CJA, n.º 36, 2002, pp. 21 segs.

²⁶ O sentido do preceito deve ser, tal como esclarecem os autores da lei procedural anotada (Mário ESTEVES DE OLIVEIRA, Pedro COSTA GONÇALVES e João PACHECO AMORIM, **Código do Procedimento Administrativo, Comentado**, 2.ª ed, Coimbra, 1997, pp. 119-120), o de que “a Administração responde civilmente pelas informações prestadas aos particulares, mesmo que não estivesse obrigada a fazê-lo, constituindo-se na obrigação de ressarcir os prejuízos daí derivados. (...) É provável que uma investigação mais aprofundada venha a revelar existirem, quanto à responsabilidade civil da Administração (por acto de gestão pública) nesta matéria, algumas distinções a fazer, algumas particularidades a estabelecer: é que se, em relação à informação errónea se aplicam aqui os requisitos gerais dessa responsabilidade — como o são o da *negligência* e o da *causalidade* —, já quanto às informações não vinculadas que (não sendo erróneas) foram contrariadas na decisão, se dispensará a verificação do requisito da culpa (da negligência) ou, então, considerar-se-á estar ela ínsita no facto de a Administração não ter realizado, logo de início, a ponderação que levou à decisão final contrária”.

das autoridades europeias²⁷, podendo gerar-se situações de eventual responsabilidade das autoridades da União Europeia, por difusão de alertas emitidos por um determinado Estado-membro relativamente a produtos em circulação no espaço eurocomunitário.

Um exemplo pode ilustrar-se através do acórdão *Malagutti-Vezinhét*, prolatado pelo Tribunal Geral em 10 de Março de 2004 (Caso T-144/02)²⁸. Estava em causa um pedido de indemnização por danos causados à empresa que dá nome ao arresto, em virtude de um alerta sanitário lançado pela Comissão no âmbito do sistema de alerta rápido (actual RAPEX: directiva 2001/95/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Dezembro, sobre segurança geral dos produtos²⁹), na sequência da detecção de um lote de maçãs exportado para a Islândia, que alegadamente continha resíduos de dicofol em quantidade muito superior à admitida. No processo ficou provado que a Comissão e os seus serviços técnicos não haviam realizado qualquer análise dos vários lotes de maçãs comercializados pela empresa em França e Holanda, para além da Islândia, facto que determinaria a ilicitude do aviso. Ainda assim, o Tribunal entendeu que as autoridades da União Europeia não eram responsáveis pelos prejuízos causados à *Malagutti-Vezinhét*, porquanto se comportaram como meros retransmissores (e amplificadores, acrescentaríamos nós) da informação veiculada pelas autoridades de saúde islandesas e agiram num quadro de urgência que as eximia de tomar a iniciativa de promover testes a outros lotes eventualmente afectados.

Esta decisão da justiça da União Europeia é perfeitamente comprehensível quanto à protecção dos interesses das instituições europeias — na perspectiva da prevenção de riscos para a saúde pública e apesar do princípio da liberdade de trocas comerciais —, mas deixa dúvidas quanto à dimensão da protecção dos operadores económicos em cenários de incerteza. Certo, a empresa sempre poderia accionar as autoridades islandesas, mas estas haviam efectivamente inspecionado os lotes exportados para a Islândia e detectaram dicofol em excesso; poderia ter accionado as autoridades francesas e holandesas no sentido de apurar se efectivamente os lotes para aí exportados continham igualmente dicofol em excesso — ou propor-se ela própria fazer tais medições de toxicidade... Certo é que o alerta já fora lan-

²⁷ Num fenómeno de multiplicação dos parâmetros de normatividade (direito multinível) e de refracção procedural que por vezes convoca também o Direito da OMC, nomeadamente o *Codex Alimentarius*. Alertando para esta complexidade, Suzana TAVARES DA SILVA, **Acto administrativo de faca e garfo**, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, IV, Coimbra, 2012, pp. 617 segs., 627 segs.

²⁸ Cfr. Luis GONZÁLEZ VAQUÉ, **La sentencia «Malagutti-Vezinhét»: quién es responsable de la información facilitada por el sistema comunitario de alerta en el ámbito de la seguridad de los productos?**, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 19, 2004, pp. 917 segs.

²⁹ O Decreto-Lei 69/2005, de 17 de Março, elege o Instituto do Consumidor (actual Direcção-Geral do Consumidor, integrada no Ministério da Economia e Emprego) como interlocutor nacional neste quadro, no âmbito do sistema de troca rápida de informações sobre riscos de produtos alimentares, cabendo-lhe retransmitir as informações às autoridades de controlo de mercado, conforme prevê o artigo 20.º

çado e a suspeita de risco instalara-se, o que tornaria qualquer medida inibitória tendencialmente ineficaz. Donde, a via indemnizatória ser a única exequívael e a responsabilidade por facto ilícito poder ser equacionada (v. *infra*, 3).

Quando estão em jogo o ambiente e, sobretudo, a saúde pública — contra a iniciativa económica —, a Administração pauta-se pelo lema de que é melhor pecar por excesso do que por defeito³⁰. A culpa pela inacção é mais facilmente caracterizável e socialmente muito mais censurável numa ponderação preventiva que balanceie entre a segurança e a propriedade, do que a culpa pela acção de salvaguarda de bens passíveis de sofrer lesões irreversíveis contra prejuízo de interesses de natureza económica — isto, claro, perante a existência de indícios de risco, iminente, minimamente credíveis.

Foi este o posicionamento do STA, em Acórdão de 20 de Junho de 1989³¹, num caso em que se discutia a questão da eventual responsabilização do Ministro da Agricultura, por facto ilícito, por ter difundido uma nota oficiosa alertando a população para a actuação de um elenco de industriais e comerciantes de carne de porco, numa época em que um surto de peste suína africana grassava no país. O Supremo descartou o pedido de uma das empresas incluídas na lista, que alegava ter sofrido danos ao seu bom nome comercial, por entender que, naquelas circunstâncias e em virtude de notícias vindas a lume na imprensa escrita onde se denunciava a actuação dessa empresa (bem como de outras), cabia ao Ministro o dever de prevenir atentados à saúde pública, pelo que não havia qualquer ilicitude na sua conduta.

Residirá porventura nesta ideia — de que, na dúvida perante um risco *iminente* para vida e integridade física, o poder público se encontra legitimado a recorrer a um balanceamento de interesses (mais) desequilibrado em favor dos bens mais valiosos, porque tendencialmente infungíveis —, a principal justificação da sentença proferida por um tribunal italiano, em Outubro de 2012, no caso do sismo de Aquila, ocorrido em 2009. Como é de conhecimento

³⁰ Esta tendência é, de resto, sancionada pela jurisprudência da União Europeia — cfr., entre outros, o despacho de medidas provisórias do Tribunal Geral de 28 de Setembro de 2007, proc. T-257/07 R, em cujo considerando 141 se pode ler o seguinte:

“Deve recordar-se, a este propósito, que, incontestavelmente, as exigências relacionadas com a protecção da saúde pública devem prevalecer, em princípio, sobre as considerações económicas (v. despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Junho de 1999, Alpharma/Conselho, T-70/99 R...). Decorre daí que, quando for invocado um risco sério para a saúde pública, o juiz das medidas provisórias, não obstante a sua soberania formal na ponderação dos interesses, penderá quase inevitavelmente a favor daquela (v., nesse sentido, despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 11 de Abril de 2003, Solvay Pharmaceuticals/Conselho, T-392/02 R ...).”

³¹ In *Apêndice ao DR*, de 15 de Novembro de 1994, pp. 4384 segs.

geral, o colectivo de juízes considerou que os cientistas membros da Comissão *Grandi Rischi* incutiram na população uma “falsa sensação de segurança”, a qual desincentivou os comportamentos habituais perante manifestações sísmicas (sair de casa e dormir na rua ou em carros até a terra acalmar), provocando assim um aumento considerável do número de mortes³². Certo, não estamos aqui perante um risco tecnológico, mas natural — porém, a questão da adequação da informação, em função da ponderação dos bens a salvaguardar e da intensidade do risco a considerar, é também convocada e pode envolver responsabilidade (civil e criminal) para os poderes públicos e para quem os representa.

Refira-se neste ponto o *Memorandum on scientific integrity* emanado do Gabinete do Assessor do Presidente Barack Obama para a Ciência e Tecnologia, de 17 de Dezembro de 2010. Deste documento de aplicação administrativa interna consta um ponto (II) dedicado à comunicação do risco pelas agências governamentais, onde se destacam os imperativos de exaustividade e transparência na comunicação de informação técnico-científica (ressalvados os domínios protegidos). A comunicação enfatiza a necessidade de os porta-vozes das alocuções serem claros e conhecedores das matérias, de modo a transmitir a informação de forma completa e imparcial. Refere-se também que, caso sejam cientistas ao serviço do Governo a realizar as comunicações directamente ao público, as opiniões daqueles não serão objecto de qualquer censura ou correcção. O ponto anterior já fizera, de resto, menção aos princípios de integridade científica que regem a actividade de investigação e comunicação científica por agências e cientistas no seio do Executivo, sublinhando a necessidade de clareza na exposição das premissas, de precisa contextualização das incertezas e de descrição das probabilidades, para o melhor e pior cenários, se relevante.

Um outro caso conhecido, em que estava em jogo o dever de informação num sentido amplo de dever de protecção, foi levado ao Tribunal de Estrasburgo. No caso *Öneryildiz contra a Turquia* (2002)³³, o Estado turco foi condenado por défice de protecção da vida, integridade física e propriedade de uma família da qual todos os membros faleceram (salvo o pai) em virtude de uma explosão de gás metano numa lixeira nos arredores de Istambul

³² Sobre o défice comunicacional que se verificou neste caso, Steven SHORE, “**But since the affairs of men rest still uncertain, let's reason with the worst that may befall**”. *Probability, risk, and the 2009 L'Aquila Earthquake*, disponível na Cornell University Library, <http://arxiv.org/abs/1211.3175v1> — acesso em Março de 2013.

³³ Acórdão de 18 de Junho de 2002, proc. 48939/99. Desta decisão houve recurso para o Pleno do Tribunal, que confirmou a posição tomada pela 1.ª Secção por Acórdão de 30 de Novembro de 2004. Para mais desenvolvimentos sobre este caso, Carla AMADO GOMES, *Escrever verde por linhas tortas: o direito ao ambiente na jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem*, in *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, III, Lisboa, 2010, pp. 165 segs., 186 segs.

(Ümraniye), onde residiam clandestinamente, numa barraca. O interesse do caso para a temática que nos ocupa prende-se com o facto de o Estado turco se ter defendido alegando que cumprira o seu dever de alerta sobre risco de explosão; todavia, sendo o risco grave e iminente e estando vidas em jogo, a informação deveria ter sido especialmente clara e proactiva, não se bastando com a mera transmissão de uma possibilidade de risco mas antes devendo caracterizá-lo como grave e premente e acompanhando esse aviso de actuações positivas que vencessem a natural resistência de pessoas de baixa condição em abandonar o seu desolado lar³⁴.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem condenou o Estado turco a indemnizar o sobrevivente da família Öneyildiz nos termos sintetizados no parágrafo que ora se transcreve:

“87. The Court therefore arrives at the conclusion that in the present case the administrative authorities knew or ought to have known that the inhabitants of certain slum areas of Ümraniye were faced with a real and immediate risk both to their physical integrity and their lives on account of the deficiencies of the municipal rubbish tip. The authorities failed to remedy those deficiencies and cannot, moreover, be deemed to have done everything that could reasonably be expected of them within the scope of their powers under the regulations in force to prevent those risks materialising.

Furthermore, they failed to comply with their duty to inform the inhabitants of the Kazım Karabekir area of those risks, which might have enabled the applicant — without diverting State resources to an unrealistic degree — to assess the serious dangers for himself and his family in continuing to live in the vicinity of the Hekimbaşı rubbish tip”.

A questão do *quantum* de informação na sociedade de risco é um ponto crítico. Deve ser suficiente sem ser alarmista, deve ser objectivo sem ser redutor. A vulnerabilidade que a sociedade de risco induz provoca muitas vezes um agigantar pouco objectivo do sentimento de risco, levando o consumidor/cidadão a fazer exigências excessivas face aos poderes públicos. CIERCO SEIRA pontua este aspecto através do relato de um caso que ocupou a justiça espanhola e que envolveu a difusão de informação sobre a composição de determinados implantes mamáries preenchidos com óleo de soja em vez de silicone³⁵. Gerou-se a dado passo uma suspeita, nunca confirmada — nem na prática nem por análise científica —, de que tal material poderia

³⁴ Neste mesmo sentido, num contexto em que à informação veiculada à população sobre a evolução meteorológica deve ser acrescido o fornecimento de recomendações de actuação, **Responsabilité et socialisation du risque — Rapport public 2005**, *cit.*, p. 335.

³⁵ César CIERCO SEIRA, **Las medidas preventivas de choque adoptadas por la Administración frente a los productos insalubres**, *in Revista de Administración Pública*, n.º 175, 2008, pp. 55 segs., 101-104.

envolver risco para a saúde, e a empresa comercializadora comunicou essa suspeita às autoridades de saúde espanholas, que recomendaram a substituição de tais implantes com base na informação veiculada. Algumas mulheres portadoras dos implantes, além de os retirarem (a suas expensas), accionaram a Administração por danos morais, por ter autorizado a comercialização de produto cuja utilização pretérita lhes causava ansiedade por eventuais lesões futuras.

Os tribunais não acolheram os pedidos pois consideraram que, para além de a competência autorizativa não ter cabido às autoridades espanholas mas sim às alemãs, nada havia a recriminar àquelas, pois haviam cumprido com diligência o seu dever de informação na sequência da comunicação do comercializador. Mais acrescentaríamos que tal demanda dificilmente teria sustentação perante a ausência total de qualquer caso de risco confirmado que pudesse caracterizar negligência no cumprimento do dever de informar.

Ponto é afirmar que a responsabilidade (contratual) de primeira linha cabe ao operador, na medida em que detém a informação sobre o risco e porque retira lucro da sua actividade económica, facto que lhe acarreta responsabilidade perante o público³⁶. Havendo risco para a saúde pública, tal responsabilidade amplifica-se em deveres de protecção partilhados com as entidades públicas, traduzindo-se na suspensão de comercialização/cessação da actividade, e eventual retirada dos produtos de risco do mercado tão pronto quanto tenha informações credíveis sobre a superveniência do risco até aí desconhecido. Uma das questões difíceis que se podem colocar é, todavia, a de saber se perante um cenário de descoberta de um risco associado a um produto fornecido há algum tempo mas cuja utilização se mantém (por exemplo, um implante mamário), o produtor tem algum dever de o retirar (se for essa a vontade do utilizador), arcando com as despesas da remoção. Trata-se de um problema de responsabilidade civil *contratual*, entre privados, que foge ao âmbito deste texto³⁷; para a responsabilidade pública releva tão somente o dever de informação, partilhado entre entidades públicas autorizantes e operador económico, sobre os riscos de continuação de utilização do produto.

Enfim, quando o risco sai da *zona de sombra* — desconhecido, portanto, da Administração autorizante e livre de cobertura habilitante de poderes de

³⁶ É, de resto, o que dispõe a legislação portuguesa, na sequência do quadro legal europeu sobre segurança geral dos produtos. Vejam-se os artigos 5.º, 6.º e 8.º do DL 69/2005, de 17 de Março, que estabelece as obrigações, gerais e especiais, do produtor (para o distribuidor, veja-se o artigo 7.º), entre as quais as de comunicação do risco, aos consumidores e à Administração, bem como de suspensão de comercialização e retirada do mercado em situações de risco iminente e grave para a saúde pública.

Sobre os limites do dever de informação do vendedor, cfr. o recente Acórdão do STJ, de 20 de Janeiro de 2013 (proc. 3097/06.6TBVCT.G1.S1).

³⁷ Especificamente sobre a questão da responsabilidade por introdução no mercado de implantes mamários fabricados com substâncias ilícitas (aqui, um problema de produto defeituoso, diverso do que levantamos no texto), Vera Lúcia RAPOSO, **A responsabilidade...**, *cit.*, pp. 4336-4338.

ingerência (na medida em que completamente dissociado de riscos anteriormente identificados e associados ao produto/actividade) —, e entra na *zona de luz*, a sua emergência gera deveres de informação, mas não suporta ingerências mais intensas, salvo iminência de lesão para bens jurídicos essenciais. A informação veiculada em quadros de urgência sanitária ou ambiental deve ser o mais objectiva e precisa possível, mas sempre acarretará uma margem de falibilidade superior à prestação de informações fora de cenários emergenciais. Tal margem de falibilidade caracterizada afasta, tendencialmente, a responsabilização por facto ilícito. Em contrapartida, o recurso à melhor informação disponível, mesmo que não única e ainda que não plenamente comprovada, sempre que redunde em dano para algum(ns) dos actores económicos em jogo, poderá eventualmente gerar responsabilidade por facto lícito, caso se verifiquem os apertados requisitos da figura (cfr. artigos 3.º e 16.º do RRCEE) ³⁸.

Se o princípio da reserva de lei impede a responsabilização por omissão ilícita de introdução de medidas de ingerência de controlo dos novos riscos (salvo risco grave e iminente), em sede de função administrativa — pois a gestão dinâmica de riscos *inimagináveis* não é enquadrável nos pressupostos da competência autorizativa anterior ao surgimento/percepção do risco —, diferente se afigura a resposta, como se salientou a propósito do amianto, no tocante à responsabilidade do legislador. Na verdade, a omissão de enquadramento normativo habilitando a Administração a intervir na prevenção e minimização — ou mesmo na proibição —, configurada a partir do momento em que a suspeita de risco ganhe densidade suficiente para dever ser minimizada nos termos do tecnicamente possível, constitui tarefa primeira do Legislativo.

A responsabilidade do Estado por facto legislativo constitui, todavia, um “produto de luxo”, como sublinha CHAPUS ³⁹. Esta omissão legislativa é árdua

³⁸ Manifestando-se contrariamente a uma solução que imponha aos Estados-membros a compensação por facto lícito em casos de incorrecta ponderação do risco por parte da cadeia decisória multinível, Suzana TAVARES DA SILVA (**Acto administrativo de faca e garfo**, *cit.*, p. 638-639), por a considerar penalizadora do erário público e susceptível de transferir riscos dos operadores económicos para os contribuintes (sendo certo que a autora se pronuncia especificamente em sede de actos de reconhecimento de qualidades de produtos no mercado). Julgamos que, para situações epidémicas, de danos em massa a determinadas categorias de operadores económicos, a melhor solução parece ser a de recurso a fundos comparticipados pela União e pelos Estados-membros, podendo dar-se como exemplo a solução da directiva 424/90, do Conselho, de 26 de Junho (com alterações introduzidas pela Decisão do Conselho 2006/965/CE, de 19 de Dezembro), segundo a qual, em caso de abate de animais por razões sanitárias, a União suportará 50% dos custos para os proprietários. Já para casos isolados como o que descrevemos no texto, a solução da compensação por facto lícito afigura-se-nos a mais adequada, sendo certo que a sua operacionalização se revela especialmente árdua em actos resultantes de procedimentos multinível, em razão da pulverização de responsabilidades por vários actores da cadeia decisória, que nem sequer se reúnem num mesmo plano (orgânico) de imputação. Facto que gera, efectivamente, o risco de oneração desproporcionada do erário público nacional em face da necessidade de repartição de responsabilidades entre a União e os Estados-membros, que não cremos que a acção prevista no artigo 340, §2.º do TFUE, seja susceptível de veicular.

³⁹ René CHAPUS, **Droit Administratif général**, 15.ª ed., Paris, 2001, p. 1380.

de activar no plano da responsabilidade, por força dos constrangimentos impostos pelo artigo 15.º do RRCEE (anormalidade do prejuízo; prévia declaração de inconstitucionalidade por omissão; recurso à equidade em caso de pulverização de danos por um universo alargado) ⁴⁰. E pode tornar-se especialmente complexa caso haja regulação eurocomunitária contendo normas claras, precisas e incondicionais das quais decorram obrigações inequívocas para os poderes públicos (nomeadamente, para as Administrações nacionais), que os cidadãos possam invocar, mormente para defender posições jusfundamentais essenciais (como tal reconhecidas no catálogo tridimensional que hoje envolve a União Europeia: CEDH, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e as tradições constitucionais dos Estados membros). Poderá aqui verificar-se um concurso de imputações, ao Legislativo e ao Executivo o qual, no quadro do RRCEE, apresenta bem maiores possibilidades de sucesso frente ao segundo do que face ao primeiro ⁴¹.

3. RISCO DE CIVILIZAÇÃO — II: A ININDEMNIZABILIDADE DO RESIDUAL

Embora não constituindo um risco desconhecido, há uma outra dimensão do risco de civilização que integramos nesta nossa reflexão, que se traduz no *risco introduzido pelas inovações tecnológicas na prática administrativa*. Trata-se de um risco com a mesma origem — a técnica — e, em certas circunstâncias, com o mesmo resultado — a inindemnizabilidade —, mas aqui plenamente em sede de risco público, e com soluções a procurar exclusivamente sob a égide do RRCEE. Por outras palavras, este risco de civilização que exploramos agora já se não prende com risco desconhecido mas com risco decorrente da complexificação tecnológica das relações administrativas, podendo gerar questões similares — embora com diferentes pressupostos — quanto à reparabilidade dos danos causados.

Deixamos algumas concretizações do que pode ser esta outra versão do risco de civilização/do desenvolvimento tecnológico, sublinhando que o fazemos sem nenhuma pretensão de exaustividade:

i) um risco ineliminável de um sistema tecnológico — exemplo poderiam ser os erros cometidos pela Administração telemática, em virtude de lapsos do programa informático ou problemas de funcionamento das plataformas electrónicas (v. g., paralisia ou lentidão por sobrecarga), ou da existência de falhas no sistema de semáforos de tráfego urbano (v. g., desligamento por falha de energia ou por reprogramação). No primeiro caso, estaremos perante

⁴⁰ Cfr. *supra*, nota 2 (2.ª parte).

⁴¹ Sobre este particular problema incidiu a intervenção de Miguel Assis RAIMUNDO no Colóquio *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, disponível em www.icjp.pt — Publicações — **Cumulação de responsabilidades de várias funções do Estado**.

actos administrativos; no segundo, é discutível se se tratará de actos ou regulamentos imediatamente exequíveis — mas sempre traduzirão actividade jurídica.

Nos termos do RRCEE, os danos decorrentes de actos telemáticos praticados em erro de facto (v. g., notificações a pessoas que não são os destinatários do acto) ou de direito (v. g., actos que fazem incorrecta subsunção dos factos declarados às normas que invocam) serão, na grande maioria, imputáveis através da culpa do serviço (cfr. o artigo 7.º/4). Do mesmo passo, o RRCEE também caracteriza a ilicitude do acto em virtude da inobservância de regras técnicas (artigo 9.º/1), dimensão que releva sobretudo para o caso das falhas na sinalização. Porque se trata de actos jurídicos — ainda que desmaterializados —, presume-se a falta leve (artigo 10.º/2) a qual, na ausência de elisão (difícil, salvo força maior) da presunção, gera imputação de responsabilidade à pessoa colectiva na qual se insere o serviço.

Já noutro local nos manifestámos contrariamente a esta imputação aberta, propiciada pela falta leve, que julgamos dever ser limitada aos danos anormais⁴². Neste particular contexto, de actos em massa, esta limitação acaba por ir ao encontro da lógica que preside ao artigo 15.º/6 do RRCEE (aí em sede de função legislativa) e corresponde a um intuito de repartição de um risco inevitável — do funcionamento massificado da máquina administrativa por todos os usuários —, só devendo gerar imputação quando houver oneração anormal;

*ii) um risco inerente à industrialização, com que a população convive desde há muito, que as autoridades previnem na medida do tecnicamente possível. Um exemplo é a poluição do ar, que não pode ser totalmente erradicada mas deve conter-se dentro de limites sanitária e ecologicamente aceitáveis. Tratando-se de emissões de alta volatilidade e de enorme difusão, torna-se muito difícil responsabilizar operadores em concreto — de resto, o DL 147/2008 exclui o ar dos componentes ambientais passíveis de sofrer dano ecológico⁴³; porém, pensamos que não será de todo descabido responsabilizar os poderes públicos (por facto ilícito? lícito?) por dano resultante da emissão excessiva (ou seja, para além de um limiar de criação de um risco residual) de autorizações de instalações industriais quando estas provocarem a formação de *hot spots* (locais particularmente saturados) que degradem intoleravelmente a qualidade de vida/saúde de uma categoria/conjunto de*

⁴² Carla AMADO GOMES, **A responsabilidade civil extracontratual...**, *cit.*, pp. 60-61; antes pelo contrário, defendendo a objectivização desta solução através da supressão da possibilidade de elisão da presunção pela Administração, Alexandra LEITÃO, **Ilicitude e presunções de culpa na responsabilidade pelo exercício da função administrativa**, no livro digital do ICJP Actas do Colóquio *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, disponível em www.icjp.pt — Publicações.

⁴³ Exclusão que não impede a interpretação do DL 147/2008, de 29 de Julho, conformemente à LBA, que é a sua matriz, abrangendo assim também o ar, o solo e o subsolo. Sobre este ponto ver Carla AMADO GOMES, **Introdução ao Direito do Ambiente**, Lisboa, 2012, pp. 192-193.

pessoas, sobretudo quando não for possível, em razão da pulverização de fontes de emissões poluentes, responsabilizar individualmente um ou alguns emissores.

Isto sem embargo do cumprimento dos deveres de elaboração de planos de redução de emissões lesivas da qualidade do ar, decorrentes da directiva 96/62/CE do Conselho, de 27 de Setembro, relativa à avaliação e gestão da qualidade do ar ambiente. O TJUE deixou claro, no processo C-237/07, com decisão de 25 de Julho de 2008, que o Estado-membro tem o dever de elaborar planos de redução de emissões em zonas em que estas ultrapassem os valores-limite e que o cidadão residente tem o direito de exigir da Administração a aprovação e implementação destes planos, valendo-se do efeito directo vertical dessas normas⁴⁴. Nas palavras do Tribunal do Luxemburgo:

“39. As pessoas singulares ou colectivas directamente afectadas por um risco de ultrapassagem dos valores-limite ou dos limiares de alerta devem poder obter, das autoridades competentes e se for caso disso com recurso aos órgãos jurisdicionais competentes, a elaboração de um plano de acção, a partir do momento em que se verifique esse risco.”

A imputação, nestes casos, reclama (novamente) a figura da culpa do serviço (artigo 7.º/3 do RRCEE), pois dificilmente se conseguirá identificar um único responsável pela emissão de todos os actos que, apenas pelo facto da acumulação, acabam por resultar num prejuízo social intolerável para um determinado grupo de pessoas. Configura-se, em casos como este, não tanto uma diluição da culpa por vários participantes num mesmo procedimento, mas antes uma sucessão de actuações que, a partir de um determinado limiar e por alheamento de deveres de protecção, redonda em ofensa ilícita a uma categoria de pessoas anormalmente afectadas por um risco o qual, se tivesse sido adequadamente gerido, não ultrapassaria um limiar de lesividade residual;

iii) um risco inerente a análises de risco sismológico, vulcanológico, meteorológico que se revelam desacertadas — paradigmáticos são os alertas de maremoto nos mares asiáticos, que se tornaram habituais desde 2004 e, na maior parte das vezes, se revelaram desnecessários. Ou seja, na maior parte das situações, a Administração, perante um risco de carácter meteorológico/sismológico ou idêntico, de alta magnitude lesiva, tenderá a tomar

⁴⁴ Decisão similar, em sede de zoneamento de instalações industriais perigosas [no âmbito da directiva Seveso II, que será plenamente revogada pela nova directiva (Seveso III) 2012/18/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de Julho, em 1 de Junho de 2015], profereu o TJUE no Acórdão de 15 de Setembro de 2011, caso C-53/10, vincando a obrigatoriedade de ponderação de aspectos de risco no exercício da competência de licenciamento urbanístico, mesmo na ausência de diploma nacional de transposição da directiva, e o direito dos particulares a exigir da Administração tal ponderação.

medidas preventivas que assegurem a salvaguarda dos bens pessoais essenciais. Porém, haverá lugar a responsabilidade por excesso de cuidado, em hipóteses em que a Administração, com base em dados incertos, sobrevalorizou o risco? Pensamos em evacuações maciças, com deslocamentos populacionais em massa, envolvendo alterações radicais do *modus vivendi* por períodos de vários dias, com toda a perturbação social e económica inerente.

As previsões em cenários de incerteza, a não se concretizarem, não correspondem, em regra, a erros. Acreditando-se na melhor informação disponível e seguindo-se a melhor metodologia de análise, não se pode, retroactivamente, afirmar que houve uma falsa representação da realidade, mas apenas a confirmação de um dos cenários possíveis — não o *worst case scenario*, mas o *best*, ou pelo menos o *not so worse after all...* Ou seja, não se pode caracterizar um acto ilícito na ordem de evacuação sob ameaça de tufão, ou no aviso meteorológico que recomenda a permanência na habitação caso o risco de nevão não ecloda, desde que se prove que a Administração se socorreu de análises credíveis no momento da análise de risco⁴⁵. Pode, eventualmente, tentar-se a caracterização como acto lícito — mas aí a compensação deverá basear-se na demonstração de um prejuízo especial e anormal, nos termos do artigo 16.º do RRCEE⁴⁶, o que, num contexto de perturbação generalizada do *modus vivendi*, se afigura muito difícil⁴⁷.

Em contexto diverso mas ainda revelando alguma continuidade com este último tipo de situações, a descaracterização da ilicitude de um juízo de prognose que baseia um alerta sanitário ou securitário em razão da margem de incerteza que o envolve pode, no entanto e em situações muito circunscritas, conferir fundamento a pedidos indemnizatórios dirigidos a entidades públicas. Tratar-se-á de um curioso “deslizamento” para o âmbito da compensação por facto lícito (descrita no artigo 16.º do RRCEE), que se verifica

⁴⁵ Ou cairemos naquilo a que O. GODARD chama a “ilusão retrospectiva”, ou seja, a tentação responsabilizante com base em conhecimentos ou leituras desses conhecimentos impossíveis à data da eclosão do evento lesivo — citado em **Responsabilité et socialisation du risque — Rapport public 2005**, *cit.*, p. 281.

⁴⁶ Sobre a compensação por factos lícitos, que este dispositivo sedia, vejam-se Carla AMADO GOMES, **A compensação administrativa pelo sacrifício: reflexões breves e notas de jurisprudência**, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, IV, Lisboa, 2012, pp. 151 segs. (também publicado na *RMP*, n.º 129, 2012, pp. 9 segs.), e José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, **A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3d:...**, *cit.*, max. 67 segs.

⁴⁷ Mas já há exemplos: se os poderes públicos decidem encerrar um parque de campismo numa zona em risco de inundaçāo, cuja instalação haviam anteriormente viabilizado na sequência de obras de contenção custeadas pelo proprietário, por recearem a eclosão de enxurradas mas sem que o risco esteja claramente estabelecido, é devida compensação por facto lícito, segundo o *Conseil d'Etat* francês, na sua decisão *SCI Moulin du roc* (2008). Isto porque o risco de encerramento, tendo em conta o contexto de intensa incerteza, extravasa a álea normal do negócio, devendo repercutir-se no erário público — cfr. Loïc VATNA, **La responsabilité des communes du fait des mesures de police visant la prévention des catastrophes naturelles**, in *AJDA*, 2009/12, pp. 628 segs.

por razões de igualdade na repartição dos encargos públicos, no plano dos resultados, mas também e sobretudo, no plano das causas — em virtude da “fuga” do comportamento da Administração às baías quer da responsabilidade por facto ilícito, quer pelo risco (não há ilicitude porque não há negligente caracterização dos pressupostos de facto de exercício da competência; não há responsabilidade pelo risco porque estamos perante uma actividade de avaliação técnico-científica, não abrangida pelos parâmetros do instituto).

Residirá, porventura, num raciocínio deste tipo a condenação da Administração por facto ilícito na sequência da apreensão de cerca de 23 toneladas de pernas de porco importadas da Bélgica por suspeita de contaminação com dioxinas. O STA, em Acórdão de 16 de Maio de 2002 (proc. 0509/02), entendeu que, na ausência de comprovação da contaminação da carne de porco mas perante a probabilidade séria dessa contaminação, a ordem de apreensão não fora ilícita, não se detectando negligência que justificasse a indemnização do comerciante lesado com base no instituto da responsabilidade aquiliana. A álea de incerteza não deve tolher a Administração de tomar as medidas de prevenção, nos limites da necessidade, mas tão pouco impede a reposição da justiça material relativamente a um cidadão que, a bem da salvaguarda da segurança colectiva — mesmo que incertamente posta em causa —, vê sacrificado, especial e anormalmente, o seu interesse comercial⁴⁸.

⁴⁸ Um caso muito semelhante — desta feita envolvendo frangos alegadamente contaminados com nitrofuranos — foi apreciado pelo TCA-Sul, confirmando-se a condenação do Estado por facto ilícito prolatada na primeira instância, na medida em que se provou que o operador sofrera um prejuízo de cerca de 25.000,00 em virtude da proibição de comercialização e consequente destruição de várias toneladas de frangos importados da Bélgica, ainda que a prova da contaminação não tenha sido produzida pelas autoridades de saúde.