

# A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO POR FACTO ILÍCITO: REFLEXÕES AVULSAS SOBRE O NOVO REGIME DA LEI 67/2007, DE 31 DE DEZEMBRO\*

CARLA AMADO GOMES

Elegendo como objecto de análise o novo regime da responsabilidade civil extracontratual da administração por facto ilícito instituído pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, a autora principia a sua exposição realçando a prevalência daquele regime sobre regimes especiais aplicáveis a entidades de direito público, quando estes operem remissões para normas de imputação de matriz privada, bem como sobre regimes especiais de responsabilidade aplicáveis a entidades privadas ancorados no Direito privado, sempre que aquelas prossigam funções materialmente administrativas.

A autora concentra-se na definição do “âmbito objectivo da lei”, o que a leva, por um lado, a colocar em evidência a circunstância de esta contemplar qualquer forma de actividade administrativa e a reconhecer que a LRCEE confere plena efectividade ao artigo 22.º da CRP na medida em que contempla todas as situações potencialmente geradoras de responsabilidade.

No plano da “solidariedade entre pessoa colectiva e titular do órgão/funcionário agente do dano”, a autora conclui no sentido de que a consagração da solidariedade entre titular de órgão, agente ou funcionário e pessoa colectiva, nos termos do artigo 8.º/2 da LRCEE e sob o impulso do artigo 22.º da CRP, constitui uma mais-valia para as vítimas de acções ou omissões ilícitas, porque lhes permite optar na escolha do réu da acção de efectivação da responsabilidade.

No que respeita à “responsabilidade pelo risco”, autora faz notar que o instituto, presente no artigo 11.º da LRCEE, exprime um aligeiramento do limiar de imputação dos danos relativamente ao anterior regime, na medida em que abandona a qualificação da *excepcionalidade* da actividade, substituindo-a pela *especialidade*.

No que respeita à “indemnização por danos inflingidos a bens de fruição colectiva” que afirma derivar fundamentalmente do n.º 3 do artigo 52.º da CRP, a autora lamenta o facto de o legislador não ter concretizado esta dimensão protectiva na Lei 83/95, de 31 de Agosto, fazendo simultaneamente notar que tal inércia legislativa — configuradora de uma autêntica inconstitucionalidade por omissão — poderia ter sido atalhada com a LRCEE, caso esta contivesse uma alteração/aditamento à Lei 83/95, de 31 de Agosto.

SUMÁRIO: 0. Considerações gerais; 1. Âmbito objectivo da Lei; 1.1. Responsabilidade por violação de normas de Direito Comunitário; 2. Solidariedade entre pessoa colectiva e agente do dano; 3. Responsabilidade por défice de ponderação de circunstâncias de risco; 4. Indemnização por danos inflingidos a bens de fruição colectiva

---

\* O texto suportou a intervenção oral da autora nas Jornadas sobre **A nova lei da responsabilidade civil extracontratual do Estado**, promovidas pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nos dias 13 e 14 de Março de 2008. Agradece-se ao Doutor Jorge Miranda a lembrança do convite.

0. A Lei 67/2007, de 31 de Dezembro (Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas = LRCEE), foi fruto de uma longa espera<sup>1</sup>. Não tanto no plano da responsabilidade da Administração, domínio coberto pelo DL 48.051, de 27 de Novembro de 1967<sup>2</sup>, mas sobretudo no tocante à responsabilidade dos órgãos e seus titulares das outras duas funções do Estado: legislativa e jurisdicional. Este silêncio tornava-se crescentemente ruidoso em razão de dois factores convergentes: em primeiro lugar, e logo desde 1976, a coincidência entre realização do Estado de Direito e responsabilização das entidades públicas por *quaisquer* acções e omissões que violem direitos dos particulares, traduzida no artigo 22.º da CRP; em segundo lugar, a pressão da jurisprudência internacional, *maxime* comunitária, no sentido do ressarcimento de danos provocados aos particulares, quer por facto da função jurisdicional (atraso na administração de justiça, pelo qual Portugal já foi diversas vezes condenado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem<sup>3</sup>; erro grosseiro na aplicação do Direito Comunitário, na sequência do Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Setembro de 2003 — caso *Köbler*<sup>4</sup>), quer por facto da função legislativa (não transposição ou transposição incorrecta de directivas comunitárias; não revogação de legislação nacional incompatível com normas comunitárias — na sequência da jurisprudência *Francovich* e *Brasserie du Pêcheur*<sup>5</sup>).

Nestas breves linhas, vamos concentrar-nos na responsabilidade do Estado-Administrador, por facto ilícito<sup>6</sup>, embora proponhamos uma passagem fugaz, em razão da contiguidade, pelos terrenos da responsabilidade pelo risco. Dada a fertilidade da doutrina jus-administrativista e constitucionalista neste domínio, vamos eximir-nos de grandes desenvolvimentos e resumir as nossas observações a alguns pontos, que passaremos a identificar:

1. Âmbito objectivo da Lei;
2. Solidariedade entre pessoa colectiva e titular do órgão/funcionário agente do dano;
3. Pressupostos de fixação da indemnização em caso de responsabilidade pelo risco;

<sup>1</sup> E de um tortuoso processo pois, como é do conhecimento geral, foi objecto de um veto político por parte do Presidente da República, que obrigou a confirmação pela Assembleia da República, nos termos do artigo 136.º/2 da CRP.

<sup>2</sup> Sobre este regime, veja-se Maria da Glória DIAS GARCIA, *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas*, Lisboa, 1997, pp. 29 segs.

<sup>3</sup> Lembrem-se os casos *Guincho* (Acórdão de 10 de Julho de 1984), *Barahona* (Acórdão de 8 de Julho de 1987) e *Martins Moreira* (Acórdão de 26 de Outubro de 1987) — e também, em geral, os casos identificados por Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Anotada, 2.ª ed., Coimbra, 1999, pp. 144 segs. (e notas).

<sup>4</sup> Caso C-224/01.

<sup>5</sup> Acórdãos de 19 de Novembro de 1991, Casos C-6/90 e 9/90, e de 5 de Março de 1993, Casos C-46/93 e 48/93, respectivamente.

<sup>6</sup> Sobre o regime da nova lei, veja-se Marcelo REBELO DE SOUSA e André SALGADO DE MATOS, *Responsabilidade civil administrativa*, Lisboa, 2008, pp. 18 segs.

4. Responsabilidade por riscos imprevisíveis;
5. Indemnização por danos inflingidos a bens de fruição colectiva.

Antes de entrar na apreciação destes aspectos, gostaríamos, telegraficamente, de deixar quatro apontamentos, em sede geral:

*i)* Depois de estabelecer, no artigo 2.º/1, a preferência de regimes especiais de responsabilidade civil extracontratual da Administração (*v. g.*, Código das Expropriações) sobre o disposto na presente lei, o artigo 2.º/2 da LRCEE assume o regime da responsabilidade civil por facto da função administrativa aí contido como geral e subsidiário relativamente a qualquer situação de responsabilização de entidades públicas, nomeadamente para efeitos de prevalência sobre qualquer remissão para regimes especiais de direito privado. A pretensão do legislador é, claramente, a de gerar uniformidade, principiológica e normativa, em sede de responsabilidade civil extracontratual dos entes públicos que desenvolvem a função administrativa — sendo certo que o regime continua a ser tributário da legislação civilística, onde se encontra sediado o instituto transversal da responsabilidade civil, mal se compreendendo a opção *envergonhada* do legislador em ter retraído a consagração expressa da aplicação subsidiária do Código Civil<sup>7</sup>.

Daí que a articulação entre os n.ºs 1 e 2 deste preceito, bem como com o n.º 5 do artigo 1.º do Decreto Preambular, nos leve a crer, por um lado, *na prevalência da LRCEE sobre regimes especiais aplicáveis a entidades de direito público* quando estes operem remissões para normas de imputação de matriz privada e, por outro lado, *na prevalência da LRCEE sobre regimes especiais de responsabilidade aplicáveis a entidades privadas* ancorados no Direito privado, sempre que aquelas prossigam funções materialmente administrativas, identificadas através da concessão de prerrogativas de autoridade ou da conformação por normas de Direito Administrativo;

*ii)* Na lógica da uniformização do regime de responsabilidade civil extracontratual por actos da função administrativa, a LRCEE aplica-se, como se viu, a entidades privadas investidas em tarefas materialmente administrativas ou submetidas ao Direito Administrativo<sup>8</sup> — artigo 1.º/5 do Decreto Preambular — bem assim como, evidentemente, a entidades públicas integradas na função administrativa. No entanto, e contrariando algumas vozes<sup>9</sup>, o legislador não prescindiu da distinção entre "gestão pública" e "gestão privada", embora

---

<sup>7</sup> O Código Civil não só contém a chave de decifração de um conjunto de conceitos utilizados pela LRCEE — danos patrimoniais e não patrimoniais; danos futuros (artigo 3.º/3) —, como é destinatário de remissões expressas daquela Lei (*cf.* os artigos 5.º e 10.º/4).

<sup>8</sup> Numa extensão plenamente justificada pela *despublicização* formal e que vai ao encontro, quer de disposições de natureza substantiva como os n.ºs 3 e 4 do artigo 2.º do CPA, quer de normas adjectivas como a da alínea *i)* do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF.

<sup>9</sup> Vasco PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, 1996, pp. 108 (nota 2) e 109; do mesmo Autor, ver também *Responsabilidade Administrativa em matéria de Ambiente*, Lisboa, 1997, pp. 19-20. Para uma defesa da dualidade de regimes, Diogo FREITAS DO AMARAL, *A responsabilidade da Administração no Direito Português*, Lisboa, 1973, pp. 19-20.

tenha abandonado esta terminologia, na qual ecoava o seminal Acórdão *Blanco*, do Tribunal de Conflitos francês<sup>10</sup>. Com efeito, o n.º 2 do artigo 1.º do Decreto Preambular à LRCEE estabelece que "... correspondem ao exercício da função administrativa as acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo", delimitação que afasta do regime da LRCEE as acções e omissões de entidades públicas e privadas investidas na função administrativa que não se traduzam na actuação de poderes de autoridade. Nestas hipóteses, continuam a aplicar-se os artigos 501.º e 500.º do Código Civil — responsabilidade dos comitentes e comissários —, desvirtuando-se assim, sem razão bastante (uma vez que, mesmo destituída de poderes de autoridade, a entidade administrativa prossegue um interesse público), o propósito de harmonização de regimes (só parcialmente) subjacente à LRCEE<sup>11</sup>;

iii) Correspondendo à pressão doutrinal<sup>12</sup>, a LRCEE esclarece que o concurso de culpa do lesado não é facto impeditivo de imputação da responsabilidade à entidade directamente responsável pelo dano, mas apenas causa de redução (ou, no limite, exclusão) do montante indemnizatório. Como se sabe, este esclarecimento tornava-se necessário em virtude da ambígua fórmula utilizada pelo artigo 7.º, 2.ª parte, do DL 48.051, susceptível de ser aproveitada de molde a excluir a imputação sempre que se verificasse concurso de culpa do lesado, nomeadamente devido à falta de propositura atempada do meio processual tendente à minimização dos danos<sup>13</sup> (na época,

<sup>10</sup> Sobre o significado desta jurisprudência, veja-se o nosso *Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*, Coimbra, 1999, pp. 273 segs. e doutrina citada.

<sup>11</sup> Entrelaçando-se com as cláusulas de jurisdição definidas no artigo 4.º/1/g) e i) do ETAF — os tribunais administrativos ocupam-se dos litígios emergentes de actuações ou omissões que, configurando relações jurídicas administrativas, causem lesão aos particulares, quer sejam desenvolvidas por entidades públicas, quer por entidades privadas. Assim, traduzindo o exercício de funções materialmente administrativas, ainda que não traduzindo o exercício de poderes de autoridade e envolvendo sujeição a normas de Direito privado, as acções e omissões danosas imputáveis a estas entidades, no âmbito destas situações, deverão ser sindicáveis junto dos tribunais administrativos.

Esta é a postura do Tribunal dos Conflitos, reportada ainda a uma situação resolvida à luz do DL 48.051, expressa no Acórdão de 26 de Setembro de 2007 (proc. 13/07). O Tribunal obtemperou que "mesmo os actos de gestão privada praticados no quadro de actividades funcionalmente administrativas pelas pessoas colectivas de direito público ou pelos titulares dos seus respectivos órgãos (...) dão lugar à existência de uma relação jurídico-administrativa regulada pelo direito público". Pronunciando-se no sentido da valência desta posição no contexto do entrelaçamento entre o artigo 4.º/1/g) do ETAF e a LRCEE, Rosendo DIAS JOSÉ, *Súmula de jurisprudência constitucional*, in *CJA*, n.º 66, 2007, p. 70 (apelando à promoção da tutela efectiva que esta opção acarreta).

<sup>12</sup> Nomeadamente, de Rui MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, Coimbra, 1992, pp. 217 segs., max. 223. Leiam-se também as extensas considerações de Carlos CADILHA, *Responsabilidade da Administração Pública*, in *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado. Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra, 2002, pp. 235 segs., 243 segs.

<sup>13</sup> Era a posição sustentada por A. Queiró (conforme esclarece Rui MEDEIROS), que influenciou alguma jurisprudência, já ultrapassada. Cfr., por exemplo, o Acórdão do STA de 3 de Novem-

reduzido à providência cautelar da suspensão de eficácia do acto, cuja concessão se pautava por critérios altamente restritivos). A LRCEE continua a investir o lesado no ónus de utilização atempada da via processual adequada, mas deixa claro que "cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída" (artigo 4.º do Decreto Preambular). Só é pena que, surgindo após a reforma da legislação processual administrativa, o artigo 4.º da LRCEE ainda circunscreva (mesmo que exemplificativamente) "a via processual adequada" à "eliminação do acto lesivo"<sup>14</sup> e não tenha enveredado por uma terminologia mais abrangente — como, por exemplo, a *cessação de efeitos da conduta lesiva* (que cobriria, quer actuações materiais e jurídicas, quer acções e omissões);

iv) A epígrafe do artigo 6.º do Decreto Preambular da LRCEE é enganadora, uma vez que esta norma impõe, mais do que um direito de regresso, um verdadeiro *dever* de regresso da entidade pública contra o funcionário que, nos termos do artigo 8.º/1 do Decreto Preambular da LRCEE, agir com dolo ou culpa grave no exercício das suas funções e, por causa desse exercício, tenha provocado danos<sup>15</sup>. Este dever, ancorado no princípio da culpa, tende a incrementar a diligência e cuidado dos titulares dos órgãos e dos agentes e garante que o erário público só responde subsidiariamente por danos causados por incúria dos funcionários em face dos seus deveres funcionais<sup>16</sup>. A dúvida que desponta é a de saber se também no caso da exten-

---

bro de 2005 (proc. 01028/04), no qual se entendeu que o artigo 7.º/2, 2.ª parte, do DL 48.051 não continha uma excepção peremptória preclusiva do direito de indemnização por falta de impugnação contenciosa mas antes um caso de exclusão ou diminuição da indemnização por concurso de culpa do lesado.

<sup>14</sup> Recorde-se que, nos termos do artigo 58.º/4 do CPTA, o prazo de impugnação dos actos administrativos anuláveis estabelecido no n.º 2/b) do mesmo preceito, não é peremptório, dada a possibilidade de, invocando ter sido induzido em erro, ter laborado em erro desculpável ou ter sido confrontado com um justo impedimento, o interessado propor a acção de anulação até ao prazo-limite de um ano, contado nos termos do artigo 59.º/1, 2 e 3 do CPTA.

<sup>15</sup> A mensagem do Presidente da República à Assembleia da República, explicativa do veto político quanto ao primeiro decreto aprovado por esta contém, no ponto 6., uma advertência relativa ao exercício do dever de regresso pelas entidades públicas, o qual implicará custos de sobrecarga da máquina judicial (administrativa), e custos de operacionalidade do serviço (directos, em virtude da ausência do funcionário do serviço para cumprir as obrigações inerentes ao processo judicial, e indirectos, uma vez que terá que suportar os custos da defesa). Além da eventual inércia gerada pela responsabilização directa, que poderá conduzir os funcionários a não agir.

<sup>16</sup> Trata-se de um dever imperfeito, uma vez que a LRCEE não associa à ausência da sua efectivação qualquer reacção. Tenderíamos a defender a utilização da acção pública, pela via da acção administrativa comum (artigo 37.º/1/d) do CPTA), para forçar a condenação da entidade à propositura da acção — ou, como alvitrou J. M. SÉRVULO CORREIA em intervenção oral nas *Jornadas*, a acção administrativa especial de condenação à prática de acto devido (por relação com o n.º 2 do artigo 14.º, que refere uma "decisão"), promovida pelo Ministério Público ao abrigo do artigo 68.º/1/c) do CPTA.

De todo o modo, as consequências financeiras da omissão do dever de regresso sempre serão controláveis através da intervenção do Tribunal de Contas (esta sugestão foi deixada por

são do regime da LRCEE a entidades privadas investidas em funções materialmente administrativas este dever se impõe. Tenderíamos a considerar que sim, em razão da idêntica valência do primeiro argumento, ainda que não do segundo (o erário público não sai beliscado com a não actuação do dever de regresso pelas pessoas colectivas privadas).

1. O âmbito da LRCEE<sup>17</sup> contempla qualquer forma de actividade administrativa, traduzida no exercício de poderes de autoridade ou na sujeição a princípios e normas de Direito Administrativo, cuja actuação ou omissão cause lesão aos particulares. No plano da responsabilidade por factos ilícitos, e em virtude da indistinção do grau de ilicitude de acções e omissões capaz de gerar responsabilidade das entidades públicas decorrente do artigo 22.º da CRP, os artigos 7.º e 8.º contemplam uma ampla paleta de situações, desde a falta leve, passando pela falta grave e culminando na falta dolosa. *O que varia é o sujeito da imputação*, no plano das relações externas. De fora ficam as chamadas faltas pessoais, cometidas pelos titulares de órgãos e agentes no exercício das funções mas não por causa desse exercício<sup>18</sup>.

Aferindo a compatibilidade destas normas com a matriz constitucional do artigo 22.º conclui-se que o legislador ordinário cobriu *todas* as hipóteses de responsabilização das entidades que exercem a função administrativa, desde a falta leve à falta dolosa (todas as acções e omissões ilícitas)<sup>19</sup>. No caso da falta do serviço, a LRCEE associou a ilicitude às situações em que o funcionamento da estrutura administrativa não corresponde aos padrões médios que seriam razoavelmente exigíveis com vista à satisfação atempada das solicitações dos utentes (*v. g.*, repartição pública que funciona, durante um certo período, apenas com um funcionário, devido à requisição de um segundo e a baixa por doença de um terceiro; empresa transportadora que tem 10 veículos a operar, quando seriam necessários 15) — artigos 9.º/2 e 7.º/4.

Note-se, por um lado, que esta *despersonalização* da ilicitude — ou a acentuação da vinculação à legalidade — não significa que a "má adminis-

---

Luís FÁBRICA nas *Jornadas sobre a Lei da Responsabilidade Civil extracontratual* promovidas pelo IGAP no dia 5 de Maio de 2008, na Faculdade de Direito da Universidade Católica (Porto), nas quais também interviemos).

<sup>17</sup> Doravante, os artigos citados sem referência constam do Decreto Preambular da LRCEE.

<sup>18</sup> Cfr. um caso de fronteira que atesta bem as dificuldades de delimitação deste segmento no Acórdão do STA, I, de 12 de Julho de 1990, *in Apêndice ao DR*, de 31 de Janeiro de 1995, pp. 4275 segs. (espancamento de um técnico de informática em visita de serviço à Base do Alfeite por um oficial na sequência de uma interpelação, não acatada, para mover a viatura em que se deslocava para outro local — o Tribunal considerou que havia falta funcional, cometida em "progressão emocional").

<sup>19</sup> Inclusive, no âmbito pré-contratual (artigo 7.º/2), numa referência quiçá redundante em face da abertura do artigo 4.º/1/g) do ETAF, só compreensível em razão de exigências da Comissão Europeia relativamente ao cabal cumprimento das *Directivas Contratos*. Sobre este específico regime de responsabilidade, veja-se o artigo de Esperança MEALHA, também inserido neste número.

tração"<sup>20</sup> possa ser sindicada por quem quer que seja, desconectada de um prejuízo singular. O mau funcionamento dos serviços, para relevar em termos de responsabilidade civil por facto ilícito, deve ser causa adequada de um dano individualizado, não bastando a sua configuração como uma violação da legalidade objectiva ou um incómodo para a colectividade em geral<sup>21</sup>. Não são concebíveis as figuras da acção pública, ou das acções intentadas por autores populares para fazer cessar uma situação de funcionamento anormal do serviço, muito menos para requerer indemnizações com esse fundamento. O risco do mau funcionamento da estrutura administrativa da Administração de prestação, suportada por um Estado crescentemente deficitário em virtude do aumento de despesas com prestações sociais, deve ser suportado por todos como um risco de civilização — embora sujeito a gerar responsabilidades específicas em caso de dano localizado.

Por outro lado, a irrelevância da ilegalidade de certas actuações (ou omissões) administrativas, seja ou não identificável o seu autor, não pode ser arbitrariamente sustentada, sob pena de constituir uma compressão intolerável do princípio da responsabilidade (ou mesmo um esvaziamento deste). Exemplo paradigmático é o dos vícios formais, cujo branqueamento por renovação do acto inviabilizaria qualquer pedido ressarcitório — embora a sua verificação abra caminho à anulação (ou declaração de nulidade) do acto. Assim já o entendeu o Tribunal Constitucional, no Acórdão 154/2007, no qual estava em causa a conformidade da interpretação do artigo 2.º/1 do DL 48.051 com o artigo 22.º da CRP, disposição em que o juiz *a quo* se baseou para rejeitar uma pretensão indemnizatória de um particular que pretendia ver-se ressarcido pelos danos sofridos na sequência da prolação de um despacho de suspensão, não fundamentado, dos efeitos de um acto favorável, que veio, aliás, a ser judicialmente anulado.

Apesar de ter dado procedência ao pedido anulatório, o tribunal administrativo considerou improcedente o pedido de ressarcimento de danos provocados pela paralisação da obra (uma instalação de cultura de rodovalho), alegadamente com causa na falta de fundamentação do despacho que decretou o embargo. As normas impositivas do dever de fundamentação teriam por âmbito de protecção, segundo o tribunal, a transparência administrativa e não qualquer "direito à fundamentação", muito menos com expressão económica<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr., sobre o conceito de "boa administração", Mário AROSO DE ALMEIDA, *O Provedor de Justiça como garante da boa administração*, in *O Provedor de Justiça. Estudos. Volume comemorativo do 30.º Aniversário da Instituição*, s/local, 2006, pp. 13 segs.

<sup>21</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por facto ilícito*, Coimbra, 1974, pp. 74-75.

<sup>22</sup> Realce-se que o tribunal administrativo, tendo detectado o vício de falta de fundamentação, não prosseguiu na análise de outros vícios de que o acto alegadamente padecia. O que torna o vício de forma um fundamento "solitário" de sustentação da ilegalidade que, em virtude da não execução da sentença anulatória, acaba por *carregar sobre os seus ombros* todo o peso da paralisação da obra e do dano do autor.

O Tribunal Constitucional, perante a tentativa de neutralizar o vício de forma como representação de ilicitude relevante no contexto do artigo 22.º da CRP (numa visão otimizada da norma fortemente caracterizada pelo sistema de fiscalização, concreta, ao abrigo do qual actuou), afirmou que:

*"... a verdade é que não é compatível com o artigo 22.º da Constituição uma interpretação do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 48.051 que exclua sempre e em qualquer caso a responsabilidade do Estado por danos verificados na sequência de um acto administrativo anulado por falta de fundamentação quando a sentença anulatória não for executada e não for praticado novo acto, sem o vício que determinou a anulação, com o fundamento de que se não verifica nunca o pressuposto da ilicitude do acto.*

*E isto se diz sem embargo de se não excluir a possibilidade de o pedido de indemnização vir a ser julgado improcedente por não verificação de qualquer dos pressupostos da responsabilidade civil."*

Por último, cumpre sublinhar que a ilicitude se basta com a falta leve — ainda que só a entidade responda por dano eventualmente provocado. O artigo 10.º/2 estabelece que se presume "a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos", sem prejuízo da possibilidade de demonstração de graus mais elevados de culpa<sup>23</sup>. A *culpa in vigilando* é uma expressão da culpa leve (se não mais grave), nos termos gerais da responsabilidade civil, uma vez que configura uma omissão de deveres de vigilância impostos por lei, regulamento, norma técnica ou dados da experiência (artigo 10.º/3)<sup>24</sup>. A falta de serviço — espantosamente — constitui outro campo onde a presunção de culpa leve decorre da ilicitude (artigos 9.º/2 e 10.º/2) —, ainda que sem possibilidade de identificação do "culpado"...

A imputação às entidades (e só às pessoas colectivas) com funções administrativas dos danos gerados na sequência da prática de faltas leves é um imperativo constitucional (uma vez que o artigo 22.º da CRP não distingue graus de ilicitude) e uma decorrência lógica dos princípios do Estado de

---

<sup>23</sup> Carlos CADILHA (*Regime geral da responsabilidade civil da Administração Pública*, in *CJA*, n.º 40, 2003, pp. 18 segs., 29) sublinha que "a presunção de culpa não equivale, sem mais, a um dever objectivo de indemnizar, mas tão-somente determina um agravamento da posição processual da Administração, que terá de comprovar que se empenhou na procura da solução legal".

<sup>24</sup> A remissão da LRCEE para o Código Civil — nomeadamente, para o artigo 493.º — estabelece uma conexão entre a responsabilidade por omissão ilícita e a responsabilidade pelo risco (artigo 11.º da LRCEE), na medida em que o n.º 2 do artigo 493.º dispõe que "Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir". Ora, ainda que a Administração consiga ilidir a presunção de culpa por omissão ilícita, pode vir ainda a confrontar-se com um pedido ressarcitório baseado na especial perigosidade da actividade desenvolvida.

Direito, da dignidade da pessoa humana, da protecção dos direitos fundamentais pessoais e patrimoniais. E faz para nós sentido que o funcionário seja eximido de responder (civilmente, pelo menos) por danos ocorridos por efeito da prática de faltas cometidas com culpa leve, por força da concorrência de dois argumentos: em primeiro lugar, em nome de uma ideia de proporcionalidade — só faltas com um determinado grau de culpa devem penalizar o funcionário porque ele é humano, sujeito ao erro, desde que desculpável e não reiterado, e o serviço tem que contar com esse dado objectivo; em segundo lugar, em nome dos princípios da prossecução do interesse público e da eficiência administrativa (artigos 266.º/1 e 267.º/2 da CRP) — a responsabilização directa do funcionário por qualquer falta poderia conduzir à paralisação da actividade administrativa, devido ao espectro do ressarcimento de danos.

Se isto é verdade, não podemos, todavia, deixar de expressar, *de iure condendo*, uma dúvida quanto à imputabilidade genérica por faltas leves. Sem negar a imperatividade do princípio da responsabilização das entidades com funções administrativas por *quaisquer* acções e omissões ilícitas — porque ele decorre incontornavelmente do artigo 22.º da CRP —, hesitamos em admitir um princípio de responsabilização plena, por qualquer dano verificado nestas circunstâncias. Isto porque nos parece inquestionável a constatação de uma margem de risco de erro inerente à actuação da Administração prestadora, com múltiplas solicitações, crescentemente complexas. Quer devido a falhas humanas, quer em virtude de problemas de implementação de novas tecnologias de atendimento e processamento de pedidos, gera-se um risco de civilização neste contexto que deve ser suportado por todos, salvo em situações de danos anormais.

A contraposição do argumento de que o particular lesado é também contribuinte e com os seus impostos paga para que a máquina administrativa funcione sem falhas — essa seria a via de repartição do risco da exponencialidade performativa da Administração de prestação — é falaciosa, porque a generalidade dos contribuintes acaba por ser duplamente prejudicada: não só paga os custos de (mau) funcionamento; como tem que suportar indemnizações por *qualquer* dano decorrente de falta leve ou desse mau funcionamento<sup>25</sup>. E nem se diga que o dano relevante é resultado de faltas grosseiras ou dolosas, e que a falta leve tende a gerar danos insignificantes, porque tal correspondência está longe de ser automática (um dano gravíssimo pode ter origem numa falta leve e um dano despidendo pode resultar de

---

<sup>25</sup> Em sentido idêntico, reportando-se ao sistema francês, G. CHAVRIER, *Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde*, in *AJDA*, 2003/20, pp. 1026 segs.: "Il faut donc juger que les intérêts de l'administration sont tout aussi défendables et dignes de respect que ceux des particuliers: répéter que la faute lourde est illégitime, c'est nier la spécificité des missions de service public mise en évidence par l'arrêt *Blanco*. Surtout, à force de victimiser le particulier, on finira par renforcer son hostilité naturelle à l'égard d'une administration qu'il faut financer par l'impôt et qui, en plus, commet des fautes alors que ses missions ne sont pas reconnues comme difficiles par la justice" (pp. 1027, 1028).

uma falta grave). Parece-nos que o princípio da justa repartição dos encargos públicos haveria de ter, também nesta sede, uma aplicação, circunscrevendo o dever de indemnizar por falta leve (e, dada a presunção de culpa leve que lhe vai (mal) associada, por falta de serviço) a casos de comprovada eclosão de danos anormais na esfera jurídica dos particulares. Não foi esta, no entanto, a opção do legislador.

Suportaria esta hipótese argumentativa o confronto com o artigo 22.º da CRP? À primeira vista, não, uma vez que, ao restringir o direito de indemnização por facto ilícito às vítimas de danos anormais, estar-se-ia a pôr em causa o princípio de que o poder público deve responder por todas as condutas que lesem, ilicitamente, os direitos dos particulares. Aceitando teoricamente a responsabilização a montante, esvaziar-se-ia de sentido a jusante, aquando da aferição da anormalidade do prejuízo. Porém, não podemos olvidar que, ainda que se possa retirar da previsão do artigo 22.º uma norma suficientemente densa para sustentar um direito subjectivo (um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias)<sup>26</sup>, ele deve ser submetido a um teste de compatibilidade com outras posições jurídicas, nomeadamente com valores constitucionalmente protegidos que possam provocar compressões do seu conteúdo. Haverá necessidade e equilíbrio na imposição do ressarcimento de danos cuja origem são falhas inevitáveis e menores na engrenagem da complexa máquina administrativa da Administração de prestação, de cujo funcionamento toda a comunidade aproveita e sem o qual a sociedade não auferiria do nível de conforto que actualmente se verifica? Tendemos a afirmar que não, e que se trataria, portanto, de uma restrição admissível ao conteúdo de tal direito fundamental.

**1.1.** O facto de o artigo 9.º/1 não incluir a referência a disposições de Direito Comunitário (algo surpreendentemente, dado que o menciona expressamente no campo da responsabilidade por facto da função legislativa<sup>27</sup>) não inibe a Administração de atender ao conteúdo regulatório de regulamentos comunitários em vigor, quer promovendo a necessária concretização através da emissão de regulamentos de execução (quando devidos), quer extraíndo do seu conteúdo a normaçoão de conformação de direitos dos particulares<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Contra, Maria Lúcia AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, 1998, pp. 439 segs.; Manuel AFONSO VAZ, *A responsabilidade civil do Estado. Considerações breves sobre o seu estatuto constitucional*, Porto, 1995, pp. 9-10.

<sup>27</sup> Sobre a responsabilidade do legislador por emissão (ou manutenção em vigor) de norma interna contrária ao Direito Comunitário, Maria Luísa DUARTE, *A responsabilidade dos Estados-membros por actos normativos e o dever de indemnizar os prejuízos resultantes da violação do Direito Comunitário — Em especial, o caso português*, in *A cidadania da União e a responsabilidade dos Estados por violação do Direito Comunitário*, Lisboa, 1994, pp. 53 segs.

<sup>28</sup> Cfr. Paulo OTERO, *A Administração Pública nacional como Administração comunitária: os efeitos internos da execução administrativa pelos Estados-membros da União europeia*, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, I, Coimbra, 2002, pp. 817 segs.

Como se sabe, o Direito Comunitário tem uma vocação de aplicação uniforme em todos os Estados-membros, por força do princípio da solidariedade (artigo 10.º do TCE), a que Portugal está adstrito (cfr. os artigos 7.º/6 e 8.º/3 e 4 da CRP e artigo 249.º, § 2.º, do TCE). Sendo as suas normas dotadas de clareza, precisão e incondicionalidade — como é a regra, no domínio dos regulamentos —, os particulares podem invocar este efeito directo com vista à definição de situações jurídicas de vantagem. A Administração, por seu turno, deve conferir-lhes plena aplicação, mesmo que para isso tenha que afastar normas internas de conteúdo contrário.

Menos simples se afigura a questão relativamente às directivas cujo prazo de transposição tenha expirado e não tenham sido transpostas pelo legislador. Estes actos, caso contenham disposições claras, precisas e incondicionais, podem ser invocados pelos particulares para derogar direito interno contrário e para fundamentar posições jurídicas de vantagem, como é entendimento pacífico desde a prolação do Acórdão *Van Duyn*<sup>29</sup>. Ora, a questão que se coloca é a de saber se a Administração nacional, através dos seus serviços e respectivos funcionários, pode (ou mesmo deve) dar aplicação directa a estas normas (ou, pelo menos, interpretar o direito nacional de acordo com elas, se possível), uma vez que, não o fazendo, viola o princípio da vinculação do bloco legal comunitário, compromete o Estado português perante a Comunidade, arriscando a propositura de acção por incumprimento (nos termos dos artigos 226 e segs. do TCE) e lesa ilicitamente direitos dos particulares (que estes, mais tarde, poderão vir a fazer valer em tribunal, através de acções, impugnatórias ou condenatórias, nas quais o juiz constate o efeito directo da norma da directiva, com ou sem apoio no processo de reenvio prejudicial<sup>30</sup>).

Do ponto de vista meramente interno, dir-se-ia que a Administração não tem esta obrigação, impendendo ela apenas sobre o legislador (cfr. o artigo 112.º/8 da CRP). Aliás, a desaplicação de direito interno por preferência de norma comunitária pode, numa certa perspectiva, ser visto como uma violação do princípio da separação de poderes, em termos formais. E levanta problemas idênticos — na complexidade — à possibilidade de desaplicação de norma legal ou regulamentar por alegada inconstitucionalidade<sup>31</sup>. Con-

<sup>29</sup> Cfr. o Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Dezembro de 1974, Caso 41/74.

<sup>30</sup> Frisando este aspecto por referência à decisão *Brasserie du Pêcheur*, Luísa VERDELHO ALVES, *Tutela ressarcitória e outras respostas do sistema de justiça da Comunidade Europeia perante o incumprimento ds Estados*, in *RCEJ*, n.º 12, 2007, pp. 137 segs., 142-143. Note-se que a acção indemnizatória tem plena autonomia relativamente à acção por incumprimento, não dependendo de uma prévia pronúncia nesta última sede. No entanto, como sublinha Denys SIMON, a constatação prévia do incumprimento contribui para estabelecer o grau de ilicitude da acção ou omissão das autoridades nacionais — *La responsabilité de l'État saisie par le droit communautaire*, in *AJDA*, 1996/7-8, pp. 489 segs., 493 (v. também pp. 496-497).

<sup>31</sup> Sobre este problema, no sentido afirmativo, Rui MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, 1999, pp. 167 segs., e André SALGADO DE MATOS, *A fiscalização administrativa da constitucionalidade*, Coimbra, 2004, *max.* pp. 217 segs. Contra, Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, VI, Coimbra, 2001, pp. 176 segs. (mas admitindo excepções

tudo, a jurisprudência comunitária é clara na sujeição de todas as funções do Estado — legislativa, administrativa e jurisdicional — ao princípio da solidariedade, o que nos leva a crer que as administrações nacionais crescentemente se virão a confrontar com este desafio. Mormente quando (e se) o Tratado de Lisboa entrar em vigor, a aplicação de normas de directivas atributivas de direitos aos particulares na ausência da sua transposição poderá constituir uma cláusula, se não excludente, pelo menos desagavante, da responsabilidade estadual por incumprimento do Direito Comunitário<sup>32</sup>, que passará a poder ser sujeito a sanções pecuniárias compulsórias na acção de incumprimento por não transposição logo no primeiro processo (e não, como presentemente acontece, apenas na segunda fase, na qual se constata o não acatamento da sentença condenatória)<sup>33</sup>.

Com efeito, no Acórdão *Fratelli Costanzo*<sup>34</sup>, o Tribunal de Justiça, depois de ter concluído no sentido do dever de desaplicação do direito nacional contrário à directiva sobre contratos públicos, sublinhou que:

*"Il serait par ailleurs contradictoire de juger que les particuliers sont fondés à invoquer les dispositions d'une directive remplissant les conditions dégagées ci-dessus, devant les juridictions nationales, en vue de faire censurer l'administration, et d'estimer néanmoins que celle-ci n'a pas l'obligation d'appliquer les dispositions de la directive en écartant celles du droit national qui n'y sont pas conformes. Il en résulte que, lorsque sont remplies les conditions requises par la jurisprudence de la Cour pour que les dispositions d'une directive puissent être invoquées par les particuliers devant les juridictions nationales, tous les organes de l'administration, y compris les autorités décentralisées, telles les communes, sont tenues d'en faire application"* (consid. 31) (realçado nosso).

Reconhecemos que dificilmente tal obrigação se sedimentará na consciência das Administrações nacionais, desde logo pela complexidade inerente à interpretação das normas do Direito Comunitário, pela ausência de um mecanismo de reenvio prejudicial no seio da estrutura administrativa, pelas consequências financeiras eventualmente subjacentes à aplicação das normas

---

— pp. 181-182); J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2001, pp. 206 segs., *max.* 210-211 (mais generoso do que Jorge Miranda na admissão de excepções).

<sup>32</sup> Temos consciência da diversidade de planos entre a acção por incumprimento (predominantemente objectiva e relacionando Estado e Comunidade) e da acção para efectivação da responsabilidade civil extracontratual da Administração (predominantemente subjectiva e relacionando particulares e Administração nacional). O que pretendemos dizer é que, não se eximindo a uma pronúncia condenatória, o Estado-membro pode sensibilizar ou mesmo inibir a Comissão de solicitar a aplicação de sanções pecuniárias em situações como esta, uma vez que consegue demonstrar que a execução do Direito Comunitário está a ser realizada, ainda que na ausência de diploma nacional de transposição.

<sup>33</sup> Cfr. o novo n.º 3 do futuro artigo 260 do TFUE.

<sup>34</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Junho de 1989, Caso 103/88.

das directivas... Mais a mais, tendo em conta que o Tribunal de Justiça, no que respeita à responsabilidade por facto da função jurisdicional, exige erro grosseiro — patamar que terá que ser, por maioria de razão, aplicado em sede de função administrativa. Mas não deixa de ser verdade que a violação do Direito Comunitário (normas dotadas de efeito directo, bem entendido), quando cause lesão ao particular, constitui uma ilicitude equiparável à violação de norma do bloco legal interno e, verificada a sua prevalência sobre direito nacional — ou invocabilidade imediata na ausência deste — em acção judicial, o particular poderá accionar a entidade administrativa no sentido da efectivação da responsabilidade pelos danos causados pela dilação temporal no reconhecimento do seu direito. A jurisprudência *Francovich* e *Brasserie du Pêcheur* milita nesse sentido.

2. Como já ficou dito, a LRCEE confere plena efectividade ao artigo 22.º da CRP na medida em que contempla todas as situações potencialmente geradoras de responsabilidade, desde a falta leve à falta dolosa. Mas o preceito constitucional não se basta com a afirmação do princípio da responsabilidade por acção ou omissão ilícita, determinando além disso a regra da solidariedade entre a pessoa colectiva e o autor material do facto ilícito<sup>35</sup>.

A LRCEE hipotiza quatro situações:

- a) Danos provocados por faltas leves: a entidade responde exclusivamente (artigo 7.º/1);
- b) Danos provocados por falta grave ("diligência e zelo manifestamente inferiores áqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo" — artigo 8.º/1): há responsabilidade solidária e, caso seja a entidade a satisfazer o pedido indemnizatório, tem dever de regresso contra o funcionário faltoso;
- c) Danos provocados por faltas dolosas (artigo 8.º/1): há responsabilidade solidária e, caso a entidade satisfaça o pedido indemnizatório, tem dever de regresso contra o funcionário faltoso;
- d) Danos provocados por qualquer tipo de falta, mas cujo autor seja inidentificável ou seja impossível provar a autoria pessoal (artigo 7.º/3)

---

<sup>35</sup> É a tese que faz vencimento na doutrina portuguesa: entre outros, vejam-se Maria José RANGEL DE MESQUITA, *Da responsabilidade civil extracontratual da Administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente*, in *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública*, coord. de Fausto de Quadros, Coimbra, 1995, pp. 39 segs., 118 segs.; Diogo FREITAS DO AMARAL, *Intervenção no Colóquio Responsabilidade civil extra-contratual do Estado. Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra, 2002, pp. 43 segs., 47; FAUSTO DE QUADROS, *Intervenção no mesmo Colóquio*, *loc. cit.*, pp. 53 segs., 59; Jorge MIRANDA, *A Constituição e a responsabilidade civil do Estado*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 927 segs., 932; Rui MEDEIROS, *Anotação ao artigo 22.º*, in Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra, 2005, pp. 209 segs., 214 (exigindo a solidariedade para danos praticados com culpa grave e dolo).  
Contra: João CAUPERS, *Os malefícios do tabaco. Anotação ao Acórdão 236/04 do Tribunal Constitucional*, in *CJA*, n.º 46, 2004, pp. 16 segs., 20.

e 4) e devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço: responde exclusivamente a entidade.

Rapidamente se conclui que a LRCEE ficou aquém da previsão do artigo 22.º em *a)* — pois, ao designar, em exclusivo, a pessoa colectiva como responsável (quer nas relações externas, quer nas internas, uma vez que exclui o direito de regresso contra o funcionário que tenha praticado falta leve), dispensou a solidariedade no caso de danos cometidos com falta leve. Já em *d)*, a técnica objectiva de imputação subjacente à figura da "falta do serviço" provoca idêntico resultado, gerando a imputação exclusiva à pessoa colectiva. É nas hipóteses *b)* e *c)* que a solidariedade se afirma — e de forma mais intensa do que no DL 48.051.

Na verdade, a lei anterior, não isentando de responsabilidade os funcionários autores de faltas cometidas por infracção de deveres de zelo, imuniava-os do confronto directo com as vítimas, remetendo o *acerto de contas* para o plano das relações internas, através do direito de regresso exercido pela pessoa colectiva (cfr. o artigos 2.º/2 e 3.º/1 do DL 48.051). O mesmo é dizer que, quanto à falta grave não existia solidariedade — uma vez que à vítima era negada a possibilidade de exigir a totalidade da quantia ressarcitória desejada aos seus autores materiais. Já quanto ao dolo, o particular podia escolher entre demandar a pessoa colectiva, os titulares dos órgãos/agentes, ou mesmo ambos, em litisconsórcio passivo voluntário.

Este sistema assentava no que nos parece constituir um equívoco. Os motivos porque os funcionários eram poupados às acções indemnizatórias prendiam-se, alegadamente, com o facto de os não inibir no exercício das suas funções, por um lado e, por outro lado, por o princípio da responsabilidade se bastar, na sua operatividade, com a presença da pessoa colectiva em juízo, cujo património, mais avultado do que o do funcionário, permitiria ressarcir a vítima do seu prejuízo de forma plena e efectiva. No entanto, de uma banda, os funcionários sujeitavam-se de imediato à responsabilização disciplinar, e adiava-se a sua responsabilização civil até à prolação da decisão condenatória da pessoa colectiva, mas não se excluía o regresso. E, de outra banda, o incremento de garantia da dívida por força da afectação do património da pessoa colectiva revelava-se muitas vezes fictício, perante o incumprimento da obrigação de solver a dívida indemnizatória pela pessoa colectiva, perante a inexistência de verba inscrita no seu orçamento para esse fim, perante a necessidade de recorrer, em última instância, ao processo executivo do processo civil para pagamento de quantia certa, deparando com a impenhorabilidade dos bens da pessoa colectiva por força da sua adstricção à prossecução de fins de utilidade pública (cfr. os artigos 822.º/*b)* e 823.º/1 do CPC)<sup>36</sup>...

---

<sup>36</sup> No Acórdão 236/04 (que será referido *infra*), o Tribunal Constitucional descartou a procedência deste argumento, atribuindo ao legislador ordinário a responsabilidade pela remoção destas "dificuldades burocráticas na execução das decisões condenatórias" das entidades públicas...

Acresce a inconstitucionalidade da supressão de legitimidade passiva dos funcionários praticantes de faltas graves lesivas de posições jurídicas particulares, no confronto com o artigo 22.º da CRP. Se a opção pela responsabilidade exclusiva da pessoa colectiva no caso de falta leve se admite à luz do princípio da eficiência administrativa (artigo 267.º/2 da CRP), já no caso de falta grave a balança da ponderação de interesses se desequilibra com esta solução — ainda que colmatada pelo direito de regresso. Não basta a presença da pessoa colectiva em juízo para garantir o direito do particular ao ressarcimento: a Constituição exige que a vítima possa designar os réus na acção de efectivação da responsabilidade por facto ilícito, ao empregar o termo "solidariamente", de entre dois pólos distintos (a pessoa colectiva e o funcionário faltoso). O artigo 271.º/1 da CRP nada mais faz do que confirmar este princípio de responsabilização directa, especialmente justificado em hipótese de falta grave e falta dolosa<sup>37</sup>.

Apesar da pressão doutrinal no sentido (mínimo) da necessidade de interpretação conforme à Constituição dos artigos 2.º e 3.º do DL 48.051, ou (máximo) da sua caducidade por inconstitucionalidade superveniente, os tribunais insistiram (salvo dois casos pontuais<sup>38</sup>) em negar legitimidade passiva aos funcionários nas acções de efectivação da responsabilidade por facto ilícito cometido com negligência grosseira, recusando mesmo o seu chamamento à demanda na qual a pessoa colectiva figurasse como ré principal. O Supremo Tribunal Administrativo, entre outras fórmulas, obtemperou que:

*"O artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa apenas con-signa, no tocante ao regime de solidariedade, que a responsabilidade do Estado e das demais pessoas colectivas acompanha necessariamente a dos seus órgãos, funcionários ou agentes. Mas não a inversa, ou seja, não pretendeu estender a estes a responsabilidade ressarcitória fundada na sua conduta funcional que, por qualquer razão atendível (designadamente a forma de imputação subjectiva, a natureza do ilícito ou o grau do dano, o legislador ordinário entende dever lançar exclusivamente sobre o Estado<sup>39</sup>".*

---

<sup>37</sup> O facto de o n.º 4 do artigo 271.º falar em direito de regresso do Estado contra o funcionário não pode ser lido como excludente da possibilidade de responsabilização directa (que dispensaria o regresso). Este preceito obriga a uma articulação necessária com o artigo 22.º, que estabelece a solidariedade; logo, a concessão à vítima da escolha de chamamento a juízo da pessoa colectiva, do funcionário ou de ambos, resolvendo estes, entre si, posteriormente e se for caso disso, a questão do direito de regresso.

<sup>38</sup> Acórdãos: do STJ, de 6 de Maio de 1996 (in *BMJ* 357, pp. 392 segs.); do STA, de 3 de Maio de 2001 (in *ApDR de 8 de Agosto de 2003*, pp. 3249 segs.).

<sup>39</sup> Acórdão do STA, de 29 de Outubro de 1992, in *ApDR de 17 de Maio de 1996*, pp. 5957 segs. Para uma resenha deste linha jurisprudencial, veja-se o Acórdão do Pleno do STA de 29 de Setembro de 2006, proc. 0855/04 (que decidiu uma oposição de acórdãos em que o acórdãos fundamento era o acórdão de 5 de Maio de 2001, citado).

Esta posição ganhou força a partir do momento em que o Tribunal Constitucional considerou a exclusão da regra da solidariedade em caso de culpa grave conforme à Constituição. No Acórdão 236/04<sup>40</sup>, os juizes do Palácio Raton consideraram os artigos 2.º e 3.º/1 e 2 do DL 48.051, não supervenientemente inconstitucionais, na medida em que eximiam de responsabilidade, no plano das relações externas, os titulares de órgãos e agentes que, com culpa (leve ou grave), provocassem danos na esfera jurídica dos particulares, no exercício das suas funções e por causa delas. O Tribunal Constitucional (em secção), não considerou decorrer do artigo 22.º da CRP um imperativo de estabelecimento do regime de solidariedade, ainda que tal pudesse decorrer da função preventiva do instituto da responsabilidade e da garantia dos princípios da legalidade e da eficiência administrativa:

*"Certo é, porém, que, e em primeiro lugar, não resulta necessariamente da responsabilidade exclusiva da Administração, no plano das relações externas, a irresponsabilização dos titulares de órgãos, funcionários e agentes; a responsabilidade destes pode ser accionada por via do direito de regresso, como desde logo o demonstra o disposto no artigo 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 48.051, abrindo-se ainda ao legislador, a coberto do disposto no artigo 271.º, n.º 4, da Constituição, a possibilidade de regular esse direito nos termos de abranger outras situações.*

*Por outro lado, se ainda for rigorosamente efectivada a responsabilidade penal e disciplinar a que se refere o disposto no artigo 271.º, n.º 1, da Constituição, não deixa de se assegurar o sancionamento de condutas ilegais e culposas, com o inerente efeito de compelir os titulares dos órgãos, funcionários e agentes à observância do princípio da legalidade e que estão constitucionalmente sujeitos na sua actuação funcional.*

*Por último, não deixa de se assinalar que o acolhimento da tese segundo a qual o artigo 22.º da Constituição impõe, em todos os casos, a responsabilidade directa dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes, por actos ilícitos e culposos praticados no exercício das suas funções, gera problemas graves na regulação de situações de culpa leve, onde, para a generalidade da doutrina, se reconhece a inconveniência de tal responsabilidade."*

Apesar de o Tribunal Constitucional ter reiterado esta posição posteriormente (veja-se o Acórdão 5/05), o legislador ordinário acabou por ceder às pressões da doutrina, alargando a solidariedade aos casos de negligência grosseira. A nosso ver, bem, porque a manutenção da situação anterior traduzir-se-ia em perpetuar uma interpretação da Constituição de acordo com a

---

<sup>40</sup> Cfr. a anotação de João CAUPERS, *cit.*

lei e não o inverso<sup>41</sup>. O sistema actual permite, desta feita, a escolha, por parte da vítima, entre demandar pessoa colectiva, autor material ou ambos. Vejamos algumas hipóteses (e subhipóteses):

i) A vítima demanda o funcionário em virtude de acção ou omissão lesiva cometida com culpa grave. Se se provar a culpa grave, o assunto fica resolvido: a vítima obtém ressarcimento e a pessoa colectiva fica dispensada de efectivar qualquer regresso. Se o funcionário conseguir inverter a prova de culpa grave, demonstrando que agiu com (mera) culpa leve, então o juiz deve absolvê-lo do pedido, restando ao particular intentar nova acção contra a pessoa colectiva. Olhando para a solução prevista no artigo 8.º/4, parece-nos que ela faria sentido nesta situação, de absolvição do funcionário: a economia processual e a tutela jurisdicional efectiva sustentariam esta alteração subjectiva da instância — embora num momento processual anómalo, ou seja, após a prolação de uma decisão de fundo (ainda que absolutória);

ii) A vítima demanda a pessoa colectiva em virtude de acção ou omissão lesiva cometida com culpa grave (ou dolo) por um funcionário. A pessoa colectiva tem todo o interesse em chamar à demanda o funcionário pois, uma vez provada a culpa grave, caso a vítima decida prosseguir a execução contra este, já não haverá necessidade de efectivar o direito/dever de regresso — e caso decida perseguir a entidade, esta ficará a dispor de um título executivo que lhe facilitará o exercício do dever de regresso<sup>42</sup>.

Caso se mantenha sozinha em juízo, convém desdobrar esta hipótese em duas subhipóteses:

a) Há condenação — das duas, uma:

— *ou ficou provada a culpa grave do funcionário*, e a entidade, liquidando a quantia indemnizatória junto da vítima por efeito da sen-

<sup>41</sup> Como reconhece João CAUPERS, *Os malefícios...*, cit., p. 18.

<sup>42</sup> Carlos CADILHA sumaria as vantagens desta faculdade:

"O chamamento à demanda faculta não só uma defesa conjunta dos responsáveis solidários, como também acautela o direito de regresso do réu principal, permitindo enxertar no processo o conflito de interesses entre o devedor e o chamado quanto ao direito de regresso e aos respectivos pressupostos. A Administração poderá, desta forma, obter o reconhecimento judicial do seu direito de regresso contra o funcionário, munindo-se de um título executivo, e obviando à necessidade de, no futuro, ter de propor uma acção autónoma para obter o reembolso do montante indemnizatório em que tenha sido condenada.

A intervenção provocada abre ainda caminho a que o Estado possa transaccionar ou confessar o pedido, por razões de justiça ou de equidade, dando assim satisfação à pretensão do demandante, sem pôr em risco o seu direito de regresso, visto que a acção poderá prosseguir entre o autor do chamamento e o chamado para resolver os aspectos atinentes à existência do regime de solidariedade (cfr. art. 329.º, n.º 3, do CPC)" — *Regime geral...*, cit., p. 23.

tença condenatória, deverá exercer o regresso contra o funcionário numa nova acção<sup>43</sup>;

- *ou não ficou provada a culpa grave*, sendo certo que, apurada a ilicitude, se presume a culpa leve (artigo 10.º/2) — o ressarcimento é da exclusiva responsabilidade da entidade<sup>44</sup>. Aqui chegados, estabelece o artigo 8.º/4 que "a respectiva acção judicial prossegue nos próprios autos, entre a pessoa colectiva de direito público [ou de direito privado, por força da extensão operada pelo artigo 1.º/5] e o titular de órgão, funcionário ou agente, para apuramento do grau de culpa deste e, em função disso, do eventual exercício do direito de regresso por parte daquela".

A LRCEE inspirou-se no mecanismo previsto no artigo 329.º do CPC, que estabelece que, caso o devedor principal chame à demanda o devedor solidário (devendo fazê-lo obrigatoriamente na contestação) e se, tendo apenas sido impugnada a solidariedade da dívida (não a sua existência ou pressupostos), houver condenação do devedor principal no saneador, a causa pode prosseguir entre autor do chamamento e chamado, circunscrita à questão do direito de regresso. Trata-se de uma especialidade processual que promove a economia de meios e a celeridade na resolução da causa na sua globalidade (relações externas e internas), que só procede com base em dois requisitos: haver chamamento à demanda do codevedor no momento processualmente adequado; e estar em causa apenas a impugnação, por parte do réu, do regime de solidariedade.

Ora, o artigo 8.º/4 fica aquém destes pressupostos e, em consequência, vai muito além dos resultados processualmente admissíveis. Note-se que, por um lado, nada nos é dito quanto à essencialidade do chamamento do funcionário à demanda como pressuposto de accionamento desta solução. Por outro lado, o facto de, no artigo 10.º/2 (para o qual expressamente remete), se prever uma presunção de culpa, a qual não foi invertida — pois, caso contrário, como poderia haver condenação, ainda que sem apuramento do grau de culpa? —, tem implicações inibitórias para o (eventual) co-devedor, ausentes da previsão do preceito do CPC... Finalmente, a não articulação expressa com a especialidade processual consignada no CPC — por remissão —, provoca perplexidade.

Com efeito, a disposição suscita-nos as maiores dúvidas quanto à sua exe-

---

<sup>43</sup> Acção administrativa comum essa na qual o funcionário poderá controverter o juízo sobre o grau de culpa aferido na acção indemnizatória, ilibando-se assim de responsabilidade? Hesitamos na resposta positiva, na medida em que tal hipótese corresponderia a admitir uma dupla pronúncia, díspar, sobre factos já debatidos na primeira acção. No entanto, o artigo 522.º do Código Civil (solidariedade entre devedores) parece admitir a oponibilidade deste caso julgado entre devedores.

<sup>44</sup> Caso o funcionário tenha sido chamado à demanda, nesta hipótese deverá ser absolvido do pedido.

quibilidade, na medida em que, não só implica uma modificação subjectiva e objectiva da instância — o autor é substituído pelo réu e entra um novo réu; o pedido perde a natureza indemnizatória e ganha natureza restitutiva —, como, e gerador de maior incomodidade, pressupõe uma decisão condenatória, ou seja, o trânsito em julgado, com o conseqüente esgotamento da competência jurisdicional. Mais: pressupõe a fixação dos pressupostos da responsabilidade exclusiva da entidade, ilibando o funcionário identificável como autor material do facto gerador do dano.

Parece-nos, salvo melhor opinião e reflexão, que a LRCEE vem criar uma espécie de semi-caso julgado, ou um caso julgado parcial com uma dimensão predominantemente garantística: para efeitos de ressarcimento do particular, vale a presunção de culpa leve; para efeitos de regresso, fica em aberto a possibilidade de apuramento de um grau superior de responsabilidade do agente... Esta solução é inexecutável e redundante na responsabilização exclusiva da pessoa colectiva, de forma intoleravelmente penalizadora do interesse público (pois, de *jure condito*, não há qualquer restrição do dever de indemnizar por falta leve aos casos de dano especial e anormal). Não se prevendo expressamente o chamamento à demanda e perante a presunção de culpa leve ínsita no artigo 10.º/2, o grau de culpa (grave ou dolo) deve ficar definitivamente apurado na acção movida pela vítima contra qualquer um dos devedores, sob pena de a inexecutabilidade da solução prevista no n.º 4 do artigo 8.º redundar na inevitável condenação da entidade, a título exclusivo e esvaziar, concomitantemente, o dever de regresso.

Aparentando impraticável este mecanismo de aproveitamento da instância para exercício do dever de regresso — é, ao cabo e ao resto, disso que se trata —, sempre deverá ser deduzida uma acção autónoma para o efeito. Porém, havendo presunção de culpa leve e esgotado o poder jurisdicional naqueles autos, é duvidoso que haja base para o regresso, uma vez que já a entidade pública foi condenada, definitivamente, por dano causado com culpa leve. Ou seja, o não apuramento do grau de culpa beneficia o funcionário, tendo esta decisão efeitos reflexos sobre a sua posição no sentido de o eximir de responder em acção de regresso.

b) Há absolvição:

Ficando a pessoa colectiva absolvida, a questão que se coloca é a de saber que efeito tem esta decisão no que concerne à responsabilidade do funcionário. Em bom rigor, a constatação da inexistência de culpa (sequer leve) deve conduzir à extensão ao funcionário dos efeitos deste caso julgado, mesmo estando ele ausente dos autos. Note-se que o artigo 498.º/2 do CPC estabelece haver identidade de sujeitos quando as partes se equiparam do ponto de vista da sua "qualidade jurídica"; o efeito jurídico pretendido pelo autor/vítima é o mesmo; e a causa de pedir assenta na apreciação dos mesmos factos. Acresce que, como dispõe o n.º 2 do artigo 497.º do CPC, a excepção dilatória do caso julgado tem por objectivo evitar que o tribunal

"seja colocado na alternativa de contradizer ou reproduzir uma decisão anterior" — o que seria o caso. Em conclusão: se a entidade for absolvida, mesmo não tendo estado em juízo, o funcionário pode invocar a excepção de caso julgado para se eximir a acção de efectivação de responsabilidade proposta contra si pela vítima, por alegada falta grave ou dolosa<sup>45</sup>;

iii) A vítima demanda a pessoa colectiva e o funcionário em virtude de acção ou omissão lesiva cometida com culpa grave (ou dolo). Obtendo sentença condenatória, ainda poderá optar por executar cada um *de per se*, ou ambos<sup>46</sup>. Executando o funcionário, fica extinta a cadeia ressarcitória externa e interna. Executando a pessoa colectiva, deve esta pedir regresso ao funcionário, numa acção posterior e autónoma. Caso execute ambos, o sucesso da primeira execução determinará a inutilidade superveniente da outra lide. Apesar da duplicação de custos, parece-nos que a vítima ganhará mais em executar ambos, na medida em que os tempos das acções executivas poderão variar. Note-se que a execução contra a pessoa colectiva pode enfrentar a insuficiência da dotação inscrita no Orçamento à ordem do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (cfr. o artigo 172.º/7 do CPTA)<sup>47</sup>, transitando então para um novo regime de processo, enquanto o funcionário terá sempre o seu salário (pelo menos) como garantia de pagamento...

Em resumo: a consagração da solidariedade entre titular de órgão, agente ou funcionário e pessoa colectiva, nos termos do artigo 8.º/2 da LRCEE e sob o impulso do artigo 22.º da CRP, constitui uma mais valia para as vítimas de acções ou omissões ilícitas, porque lhes permite optar na escolha do réu da acção de efectivação da responsabilidade. Não só se trata de uma opção mais

---

<sup>45</sup> Cfr. o artigo 522.º do Código Civil. Como explicam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, "Se o caso julgado é absolutório, já os convededores se podem aproveitar dele em relação ao credor, considerando-se a dívida extinta em relação a todos eles", exceptuando-se situações de absolvição em que o fundamento se prenda estritamente com circunstância pessoal do devedor.

<sup>46</sup> Sendo certo que, correndo estas acções nos tribunais administrativos, a execução seguirá os termos do CPTA relativamente à pessoa colectiva (pública) — artigo 157.º/1 do CPTA — e os termos do CPC relativamente aos funcionários — artigo 157.º/2 do CPTA. No que concerne às pessoas colectivas privadas investidas em missões de natureza administrativa, parece-nos ter a execução (para pagamento de quantia certa) que correr nos termos do CPC, não só atendendo à natureza (formal) da entidade, como porque o mecanismo de satisfação de créditos previsto no artigo 172.º do CPTA não parece ter aplicação fora da Administração em sentido orgânico.

<sup>47</sup> Os obstáculos à efectivação do direito ao ressarcimento do particular complicam-se extraordinariamente por força da previsão (deslocada) do artigo 3.º, que atira para os termos da acção executiva para pagamento de quantia certa regulada no CPC os processos indemnizatórios movidos contra pessoas colectivas inseridas na Administração indirecta e autónoma, salvo quando possa haver compensação de créditos (n.º 2). Esta acção, que deverá correr junto dos tribunais administrativos, enfrentará, no limite, as cláusulas de impenhorabilidade decorrentes dos artigos 822.º e 823.º do CPC, que levará, muito provavelmente, à aplicação subsidiária do CPTA, de acordo com o n.º 3 — longo tempo depois da propositura da acção executiva inicial...

culpabilizante — e tendencialmente moralizante — dos autores materiais, como incrementa a tutela jurisdicional efectiva dos particulares porque, sem embargo de a pessoa colectiva ser, em grande parte das situações, uma aposta mais segura do ponto de vista do pleno ressarcimento do dano sofrido (sobretudo se vultuoso), não é menos verdade que a execução contra o agente do dano poderá propiciar uma aceleração do processo de ressarcimento (embora ele possa prolongar-se no tempo, mormente se o funcionário só tiver como património a sua retribuição, que não pode ser penhorada em proporção superior a um terço — artigo 824.º/1/a) do CPC).

Estas hipóteses e subhipóteses foram delineadas tendo em consideração acções comuns exclusivamente destinadas a obter ressarcimento por danos, propostas pelos particulares contra a pessoa colectiva, funcionário ou ambos. Saliente-se que, tendencialmente e dadas as amplas possibilidades de cumulação de pedidos hoje contempladas no CPTA (cfr. os artigos 4.º e 47.º), o pedido indemnizatório surgirá *subsidiariamente* em acções especiais de impugnação da validade de actos/normas ou de condenação à prática/emissão de actos/normas — ou mesmo em acções comuns (v. g. pedido de rectificação de uma informação alegadamente errónea, veiculada por um serviço da Administração sanitária, que lesa o interesse económico de uma empresa, acompanhado de pedido de ressarcimento de danos). Onde, o normal será a propositura da acção contra a pessoa colectiva (como determina o artigo 10.º/2, em regra), chamando-se eventualmente à demanda o funcionário posteriormente — quando o julgador estiver em condições de avançar para a análise do pedido indemnizatório.

Note-se que, na lógica do CPTA e também nos termos do artigo 3.º/1 da LRCEE (à semelhança do disposto no artigo 566.º/1 do CC), a forma de ressarcimento ideal será a reconstituição natural — ou seja, a anulação do acto e a reconstituição da situação actual hipotética, ou a condenação da emissão do acto/norma devido. Estes efeitos decorrerão da sentença condenatória na acção especial, e não do pedido indemnizatório. Daí que, em princípio, não se coloque a questão de saber se o funcionário pode ser condenado na reconstituição natural sob a forma de prática de actos administrativos (prestação infungível), porque desacompanhado da pessoa colectiva cujas competências operacionaliza<sup>48</sup>. Aliás, em razão da norma do n.º 2 do artigo 38.º do CPTA, a acção comum (de efectivação da responsabilidade civil extracontratual) não poderá ser utilizada para obter um efeito que se deveria ter tentado alcançar através de um outro meio processual — nomeadamente, da acção especial (de impugnação da validade de acto/norma).

Arriscaríamos, pois, afirmar que a valência autónoma do artigo 3.º da

---

<sup>48</sup> Fomos alertados para esta questão por Luís FÁBRICA, na sua intervenção sobre *Direito de regresso* nas *Jornadas sobre a Lei da Responsabilidade Civil extracontratual* promovidas pelo IGAP no dia 5 de Maio de 2008, na Faculdade de Direito da Universidade Católica (Porto).

LRCEE só avulta nos casos de efectivação da responsabilidade civil extra-contratual da Administração por acção/omissão material, uma vez que, em hipóteses cobertas pela acção especial, o efeito reconstitutivo da situação actual hipotética resultará da sentença condenatória — ou, caso o pedido (impugnatório) seja apenas formulado no momento executivo, da sentença prolatada em processo executivo de sentença de anulação de acto/norma. Por outras palavras, o artigo 3.º da LRCEE só induz um efeito reconstitutivo de *per se* quando, do julgamento do pedido principal tal efeito não resultar, desde logo. Sendo certo que a acção de indemnização não poderá redundar no reconhecimento de uma pretensão que o autor deveria ter obtido, atempadamente, por outro meio.

3. Numa sociedade altamente complexa e tecnicizada como é a actual, seria de estranhar a ausência, na LRCEE, do instituto da responsabilidade pelo risco. O artigo 11.º dá-lhe guarida, aligeirando o limiar de imputação dos danos relativamente ao anterior regime, na medida em que abandona a qualificação da *excepcionalidade* da actividade, substituindo-a pela *especialidade* ("actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos"). Gerador de alguma surpresa é o facto de não se restringir esta modalidade de imputação aos danos especiais e anormais, como no caso da responsabilidade por facto lícito (artigo 16.º), ou pelo menos aos danos anormais, à semelhança da responsabilidade por facto da função legislativa (cfr. o artigo 15.º/1). É certo que o DL 48.051 era omissivo quanto a estes qualificativos, mas com a sua revogação esperar-se-ia do legislador o aditamento, pacificamente entendido desde a tomada de posição de GOMES CANOTILHO nesse sentido, na obra *O problema da responsabilidade do Estado por facto lícito*<sup>49</sup>.

MARGARIDA CORTEZ, a propósito do projecto de alteração do DL 48.051, manifestava dúvidas quanto a esta subordinação. Em discurso directo: "Por um lado, cremos que a circunstância de o serviço, a coisa ou a actividade ser especialmente perigoso constitui condição suficiente para a reparação do dano. Afinal, não constituirá o carácter perigoso do serviço, da actidade ou da coisa um índice semiótico da anormalidade do dano? Por outro lado, acreditamos que, por razões de justiça material, o carácter especial do dano deve dar lugar à possibilidade de fixar equitativamente a indemnização em montante inferior ao que corresponderia à reparação integral dos danos quando for significativamente elevado o número de lesados"<sup>50</sup>.

A LRCEE parece ter seguido esta posição. Mas, se assim é, fá-lo sem acautelar a transição — isto é, sem fornecer uma lista indicativa do que con-

---

<sup>49</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade...*, cit., pp. 122 e 271 segs. Veja-se também J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, 2.ª ed., Paris, 1995, pp. 98 segs.

<sup>50</sup> Margarida CORTEZ, *Contributo para uma reforma da lei da responsabilidade civil da Administração*, in *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado. Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra, 2002, pp. 257 segs., 262, 263.

sidera serem actividades especialmente perigosas, sem fixar tectos de atribuição dos montantes indemnizatórios, sem estabelecer regras de repartição da responsabilidade no caso de actividades privadas autorizadas (no âmbito das quais a Administração deverá, cremos, responder a título subsidiário) — e corre o risco de gerar, da parte da jurisprudência (bastante tradicional, nesse campo), resistências que se poderão traduzir na minimização dos montantes indemnizatórios... E, no caso de danos provocados a um conjunto alargado de pessoas (v. g. carga policial sobre manifestantes; contaminação por vírus hospitalar; ofensas sucessivamente praticadas por um evadido da prisão), ainda que as acções de efectivação de responsabilidade tenham tendência a concentrar-se num mesmo tribunal (cfr. o artigo 18.º do CPTA), facto é que dificilmente se reunirão os pressupostos de apensação de processos (cfr. o artigo 28.º do CPTA), a qual veicularia a ponderação equitativa dos montantes indemnizatórios. Além de que é duvidoso que, sem consagração legal específica, o julgador possa socorrer-se da equidade como factor modulador (cfr. o artigo 4.º do CC).

Em suma: temos as maiores dúvidas sobre a forma voluntariosa, como a LRCEE abraçou esta solução. Não pode olvidar-se estarmos aqui num domínio em que a culpa é dispensada, actuando este instituto como um mecanismo de redistribuição social do risco e não como uma forma de penalizar, ética e pecuniariamente, uma determinada pessoa ou entidade. Logo, os pressupostos de atribuição dos montantes indemnizatórios deverão constituir travões — embora não bloqueios — a formas de constituição das entidades públicas (e privadas) em seguradoras universais. O *rebaixamento* do limiar de atribuição da eventual indemnização em função da "especialidade" (e já não excepcional perigosidade) da actividade, acompanhado da exigência da "anormalidade do prejuízo", teria constituído um primeiro passo mais adequado no sentido da liberalização — controlada — desta forma de responsabilização<sup>51</sup>.

A razão porque incluímos a referência à responsabilidade pelo risco não é, porém, a necessidade de fazer esta advertência, mas antes o querer sublinhar a estreita vizinhança entre o risco e o perigo, o evento previsível através das melhores técnicas e conhecimentos disponíveis e o facto imprevisível por apelo ao quadro mais completo que a técnica e o conhecimento podem propiciar — ou seja, a contiguidade entre a responsabilidade por facto ilícito e a responsabilidade pelo risco. Tudo se joga, do lado da Administração, na capacidade de antecipação de riscos previsíveis ou na incapacidade de formular juízos de prognose que permitam conformar a sua actividade de molde a evitar riscos que poderia ter evitado. No âmbito dos riscos tecnológicos, esta é uma fronteira extremamente difícil de traçar, dada a dose de incerteza inerente à sua caracterização e gestão.

---

<sup>51</sup> Para mais desenvolvimentos, v. o nosso *A responsabilidade administrativa pelo risco na Lei 67/2007, de 31 de Dezembro: uma solução arriscada?*, ainda inédito.

O critério de aferição da eventual responsabilidade da Administração por défice de ponderação dos factores de risco parece residir na possibilidade prática de exclusão da sua eclosão, à luz das melhores técnicas disponíveis. Ainda que se aceite a eventualidade de eclosão do risco — em virtude da especial perigosidade da actividade —, este só será imputável à entidade que desenvolve a actuação ou que a autoriza relativamente a terceiros *a título de facto ilícito* caso se demonstre que esta não usou de toda a diligência, pautada pelo recurso à melhor informação disponível (ainda que não unânime) e ao melhor apetrechamento técnico, científica e economicamente possível, com vista à sua evitação ou minimização. Não se provando negligência na aferição da existência do factor de risco e do seu grau de lesividade (porque pode tratar-se de um risco despidendo ou socialmente tolerável), e ficando atestada a causalidade adequada entre facto e dano, a responsabilidade, a despontar, será forçosamente objectiva<sup>52</sup>.

Transplantando para este domínio o critério estabelecido na decisão *Wyhl*, do Tribunal Constitucional alemão<sup>53</sup>, no domínio da gestão do risco, a Administração deve ter em consideração, não apenas os dados científicos objecto de consenso na comunidade científica, mas também todas as opiniões que revistam um mínimo de solidez e credibilidade (*alle vertretbaren wissenschaftlichen Erkenntnisse in Erwägung ziehen*)<sup>54</sup>. A responsabilidade pela apreciação e gestão do risco só se detém perante a probabilidade puramente teórica, um “fantasma de risco, numa construção puramente intelectual”<sup>55</sup>, inconcebível à luz de qualquer hipótese científica credível<sup>56</sup>. Esse é o espaço onde fica *acantonado* o risco residual, inerente à vida em sociedade. Todo o risco praticamente possível deve ser ponderado.

Problemática pode ser a valoração, para efeitos de imputação de responsabilidade por facto ilícito, a dar a opiniões minoritárias — não seguidas pela Administração. Ao julgador deparar-se-ão dificuldades de duas ordens: por um lado, inteligir adequada e conscienciosamente, a base das ponderações efectuadas pela Administração; por outro lado, avaliar o equilíbrio, traduzido na acção ou omissão (lesiva), presente nessa ponderação, equacionando probabilidade de eclosão do risco, magnitude e objecto dos seus efeitos e natureza dos bens jurídicos envolvidos. O primeiro obstáculo é superável pelo auxílio de peritos. Quanto ao segundo, mesmo perante a hipótese dramática da

---

<sup>52</sup> Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, ver o nosso *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra, 2007, esp. pp. 399 segs.

<sup>53</sup> Decisão de 19 de Dezembro de 1985 (*Wyhl*), in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Band 72, pp. 300 segs.

<sup>54</sup> Decisão *Wyhl*, *cit.*, p. 315.

<sup>55</sup> C. NOIVILLE, *Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce. Le cas du commerce alimentaire*, in *JDI*, 2000/2, pp. 263 segs., 276.

<sup>56</sup> Ou, no limite, extraordinariamente remota, como a queda de asteróides — J.-Bernard AUBY, *L'évolution du traitement des risques dans et part le Droit Public*, in *REDP*, 2003/1, pp. 169 segs., 172.

consumação do dano, deve merecer do juiz uma cuidadosa atitude de auto-contenção, uma vez que existe uma dose de discricionariedade na gestão de riscos, que aumenta na proporção da incerteza dos dados de facto e da importância dos bens jurídicos potencialmente afectados. Só perante uma violação manifesta dos parâmetros da proporcionalidade enquanto método de gestão do risco deve o juiz considerar a existência de responsabilidade da Administração (por facto ilícito).

4. O último apontamento que queremos deixar prende-se com o problema do ressarcimento da colectividade por danos causados a bens de que os seus membros desfrutam e dos quais retiram utilidades indivisíveis. Esta questão, cujo *enxerto* nestas reflexões avulsas pode surpreender, já foi pontualmente objecto da nossa atenção noutros locais<sup>57</sup>, pelo que nos limitaremos ao essencial.

No que toca à ressarcibilidade de danos provocados em bens de fruição colectiva, ela deriva fundamentalmente do n.º 3 do artigo 52.º da CRP, quando se refere à possibilidade, para o lesado ou lesados, de requerer indemnização por danos causados em interesses de fruição dos bens elencados (exemplificativamente) nas alíneas *a)* e *b)*. O nosso legislador constitucional — consciente ou inconscientemente — alargou a protecção destes interesses de facto ao ressarcimento de danos, quando podia ter optado por excluir essa dimensão, bastando-se com a atribuição de legitimidade popular com vista à cessação de ofensas, actuais ou iminentes. Lamentavelmente, não concretizou esta dimensão protectiva na Lei 83/95, de 31 de Agosto (Lei da acção popular), uma vez que esta, no artigo 22.º/2, só prevê as situações de danos de interesses individuais homogéneos.

Esta ausência é apenas colmatável através de uma alteração legislativa que, em primeira linha, determinasse precisamente a condenação do lesante de bens de fruição colectiva (*maxime*, o proprietário, se for o caso) em reconstituição natural do estado do bem e, em segunda linha, e na total impossibilidade de *restitutio in natura*, instituísse uma solução similar à do Direito brasileiro (afecção das quantias indemnizatórias a fundos destinados à promoção e preservação de interesses de fruição de bens colectivos), ou outra (afecção a ONGAs; a entidades públicas com atribuições específicas de protecção e promoção do ambiente, património, ordenamento do território; ao financiamento de programas de educação ambiental integrados nos currículos escolares). A inércia do legislador traduz uma autêntica inconstitucionalidade por omissão, que poderia ter sido atalhada com a LRCEE, caso contivesse uma alteração/aditamento à Lei 83/95, de 31 de Agosto.

---

<sup>57</sup> No que toca à indemnização da colectividade por dano ecológico, vejam-se os nossos *Princípios jurídicos ambientais e protecção da floresta: considerações assumidamente vagas*, in RCEJ, n.º 9, 2006, pp. 141 segs., 160; e *O Provedor de Justiça e a tutela de interesses difusos*, in *Textos dispersos de Direito do Ambiente (e matérias relacionadas)*, II, Lisboa, 2008, pp. 235 segs., 253.

A falta de identificação precisa da categoria de danos em bens de fruição colectiva não só constitui uma amputação do nível de protecção determinado na norma constitucional, como, no caso do ambiente pelo menos, tenderá a agudizar-se quando da transposição — já atrasada — da Directiva 2004/35/CE, de 21 de Abril, do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre responsabilidade por danos ambientais, que claramente individualiza situações de dano ecológico<sup>58</sup>. Saliente-se que esta Directiva (que traça um elenco amplíssimo de danos ecológicos considerados ressarcíveis sob a sua égide — cfr. os artigos 2.º/1 e 3.º), exclui expressamente o arbitramento de reparação pecuniária aos particulares que tiverem desencadeado o pedido ressarcitório (e que podem ser organizações não governamentais — cfr. o artigo 11.º/1, § 3.º)<sup>59</sup>. Isto porque se traduz sempre em formas de reparação: primária, complementar ou compensatória, como descreve o Anexo III, as quais consubstanciam acções concretas.

Esta solução, que deixa sem suporte a existência de um qualquer dano não patrimonial da comunidade por afectação de um bem ecológico, aposta numa certa *neutralização* pecuniária deste tipo de dano — mas só como forma de evitar enriquecimentos ilegítimos de autores populares, institucionais ou particulares. As acções de reparação têm um custo económico não negligenciável, que deverá ser suportado pelo lesante (se tiver tido culpa) ou pelo Estado, caso desafecte estes danos do plano da responsabilidade objectiva do operador (cfr. o artigo 8.º/4). Ponto é que o imperativo constitucional — e comunitário — seja cumprido, tomando-se a sério o dano ecológico e a sua reparação. Bem assim como, aproveitando o *balanço*, se providencie idêntica solução relativamente a outros danos em bens de fruição colectiva (*maxime*, de bens culturais).

Lisboa, Maio de 2008

---

<sup>58</sup> Sobre a questão da reparação do dano ecológico à luz da Directiva, v. C. HARMON, *La réparation du dommage écologique*, in *AJDA*, 2004/33, pp. 1792 segs.

<sup>59</sup> Mas não veda, parece-nos, a afectação de quantias a fundos geridos por entidades com competências em sede ambiental, pelo menos a título complementar das destinações primárias que a directiva elenca (quando se justifique).