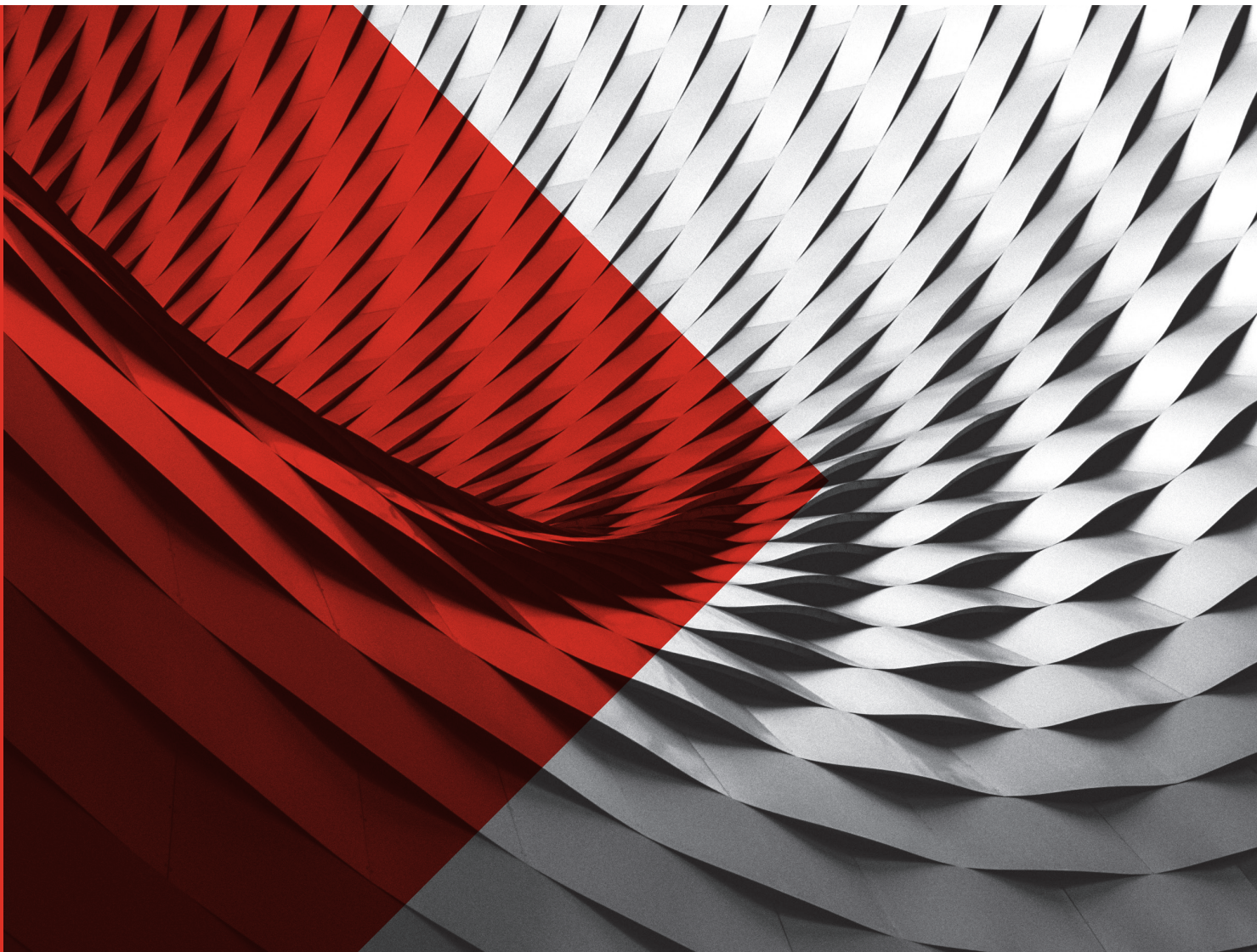


**NOTA BREVE SOBRE A TENDÊNCIA DE
OBJECTIVIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL
EXTRACONTRATUAL DAS ENTIDADES PÚBLICAS
NO REGIME APROVADO PELA LEI 67/2007, DE
31 DE DEZEMBRO**

CARLA AMADO GOMES



Nota breve sobre a tendência de objectivização da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas no regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro

0. Culpa e responsabilidade da função administrativa: um modelo evanescente? **1.** Graus de objectivização da responsabilidade administrativa no regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro: **1.1.** Responsabilidade pelo risco (artigo 11º do RRCEE); **1.2.** Responsabilidade por falta do serviço (artigo 7º/3 e 4 do RRCEE); **1.3.** Responsabilidade por *culpa in vigilando* (artigo 10º/3 do RRCEE); **1.4.** Responsabilidade por falta leve (artigos 7º/1 e 10º/2 do RRCEE); **2.** Responsabilidade pelo risco e *culpa in vigilando* – um novo “arco” de imputação?

0. Culpa e responsabilidade da função administrativa: um modelo evanescente?

A responsabilidade por facto ilícito precedeu a responsabilidade pelo risco, no Direito Administrativo como no Direito Civil. Um tanto pelas circunstâncias sociais (incremento gradual da aplicação da tecnologia aos processos de fabrico e aos objectos do quotidiano a partir de finais do século XIX), outro tanto pelas circunstâncias jurídicas (sensibilização gradual à teoria do risco criado), enfim, outro tanto ainda por razões axiológicas que se prendem com a natureza da função administrativa de polícia. Esta assistiu a um sensível alargamento ao longo do século XX, mas foi convivendo crescentemente com formas objectivas de responsabilização, em razão do aumento das actividades perigosas e da necessidade de ultrapassar uma natural paralisia perante actuações mais arriscadas. Apesar de o Estado Social ter reclamado, nos seus tempos áureos, um “entendimento exigente da justiça social”¹, que poderia ter provocado a inversão do paradigma, a responsabilidade objectiva continua a ser considerada subsidiária, complementar, na medida em que admiti-la como regra poderia contribuir para que a Administração

¹ José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, **Panorama geral do direito da responsabilidade “civil”**, in *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, III Coloquio hispano-luso de Derecho Administrativo*, Madrid/Barcelona, 1999, pp. 39 segs, 57.

“degradasse” o nível de qualidade das actuações de fiscalização², além de constituir um severo ónus financeiro para as entidades públicas³.

Deve sublinhar-se que tal argumento não impediu o legislador espanhol de, teoricamente, consagrar um sistema de responsabilidade objetiva da Administração, no artigo 139/1 da Ley 30/1992, de 26 de Novembro, com última actualização introduzida pela Ley 2/2011, de 14 de Março:

“1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

Como cláusulas de contenção, a lei adita que o dano deve ser “efectivo”, “avaliável economicamente”, “individualizável relativamente a uma pessoa ou grupo de pessoas” (artigo 139/2) e ainda que o particular não deve ter, em face da lei, obrigação de o suportar (artigo 141/1, 1ª parte).

Na prática, porém, porventura para contrariar a excessiva abertura da norma, a jurisprudência exige a verificação de uma falta do serviço ou de ilegalidade manifesta, e mesmo de culpa do agente⁴. Por outras palavras, a jurisprudência tem realizado uma interpretação correctiva do dispositivo legal e, em última análise, não tem aplicado o modelo de responsabilização objectiva (por funcionamento *normal*)⁵.

Como observa BROUELLE, nunca na teoria da responsabilidade extracontratual da função administrativa houve vitória do modelo objectivo sobre o subjectivo, acabando este último por prevalecer mas sempre em tensão com o primeiro⁶. A ideia-força da responsabilização subjectiva reside na natureza da Administração enquanto função de realização do interesse público, com todos os deveres de cuidado que lhe vão agregados; todavia, a movimentação da máquina administrativa num contexto de gestão de equipamentos cada vez mais complexos e de ponderação de interesses relativamente ao exercício de actividades crescentemente eivadas de

² Desenvolvendo este argumento, Oriol MIR PUIGPELAT, **La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema**, Madrid, 2002, 238-241.

³ Transmutando-se em instrumento de *solidariedade social*, o que não deve ser, de todo, a sua vocação — Oriol MIR PUIGPELAT, **La responsabilidad patrimonial...**, *cit.*, pp. 242-251.

⁴ Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, **Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales: responsabilidad objetiva o por culpa?**, in *RAP*, nº 183, 2010, pp. 187 segs, 202 segs.

⁵ Oriol MIR PUIGPELAT, **La responsabilidad patrimonial...**, *cit.*, pp. 229-230.

⁶ Camille BROUELLE, **Le risque en Droit Administratif «classique» (fin du XIXe, milieu du XXe siècle)**, in *RDSP*, 2008/6, pp. 1513 segs, 1520.

incerteza tem conduzido a soluções de responsabilidade cada vez mais objectivada, misturando até, no limite, responsabilidade e solidariedade e promovendo uma crescente socialização do risco⁷.

O regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro (=RRCEE), concretizando o artigo 22º da CRP, aponta para um modelo misto de responsabilidade da função administrativa, o qual, mantendo embora a via de responsabilização subjectiva, alarga consideravelmente a responsabilização objectiva e matiza bastante a primeira⁸. De algum modo, esta *bipolaridade* vai ao encontro da — por alguma doutrina defendida — dupla valência do artigo 22º da CRP, que acolheria tanto a via de responsabilização objectiva (pelo risco) como a subjectiva (pela culpa)⁹. Mais recentemente, os juízes do Palácio Ratton parecem propender a encontrar no princípio do Estado de Direito democrático, ínsito no artigo 2º da CRP (e reforçado logo na alínea b) do artigo 9º da mesma Lei Fundamental), o tronco de sustentação de *um direito geral à reparação de danos*, que teria concretizações especiais nos artigos 22º, 37º/4, 60º/1 e 62º/2 da CRP (cfr. o Acórdão 444/2008).

Certo é que o RRCEE recuperou as soluções do Decreto 48.051, de 27 de Novembro de 1967, mas introduziu alguns acrescentos de relevo. Por um lado, entrou no elenco a responsabilização por falta leve (artigo 7º/1 do RRCEE) e a presunção de ilicitude que lhe vai agarrada, quando se trate de actos jurídicos (artigo 10º/1 do RRCEE), impondo a solidariedade externa para faltas grosseiras (além das dolosas)¹⁰ — artigo 8º/1 do RRCEE — e, por outro lado, aligeirou os

⁷ Para uma análise do panorama, em França e no plano comparado, leia-se o estudo **Responsabilité et socialisation du risque - Rapport public 2005** (disponível em <http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/-responsabilite-et-socialisation-du-risque.html>),

⁸ Assinalando esta tendência, Rui MEDEIROS, in *Comentário ao Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, Lisboa, 2013, pp. 263 segs (**comentário ao artigo 10º**), 266-268.

⁹ Para uma síntese das teses em confronto, cfr. o Acórdão do STA de 13 de Janeiro de 2004, proc. 40.581, no qual se propende a acolher ambos os modelos na norma constitucional, na pegada de Gomes Canotilho, por ser o sentido que confere maior efectividade ao instituto.

Afirmando claramente a vinculação da responsabilidade pelo risco ao artigo 13º da CRP, Maria da Glória GARCIA e Marta PORTOCARRERO, in *Comentário ao Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, Lisboa, 2013, pp. 294 segs (**comentário ao artigo 11º**), 300.

¹⁰ Rui MEDEIROS, no comentário citado, adita ainda a esta tendência a substituição do critério do “bonus pater familiae” pelo do agente “zeloso e cumpridor”, no artigo 10º/3 do RRCEE, que indicaria um apelo a *standards* de actuação predominantemente objectivos (pp. 267 e 273-278). Frise-se que esta orientação vinha sendo reclamada pela jurisprudência desde a década de 1980 — cfr. Maria José RANGEL MESQUITA, **Presunção de culpa das autarquias locais: um**

pressupostos da responsabilidade pelo risco (artigo 11º do RRCEE). O RRCEE consagrou ainda certas tendências jurisprudenciais, como a aplicação da culpa *in vigilando* em sede da função administrativa de polícia sobre coisas e actividades perigosas, associando-lhe a presunção de culpa decorrente do artigo 493º do CC (aplicável por remissão).

Novidade constitui seguramente a norma do artigo 7º/2 do RRCEE, de percurso atribulado¹¹ e que remete para os “requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo Direito Comunitário”. Estes requisitos, em sede de contencioso pré-contratual, apontam para uma objectivização da responsabilidade das entidades adjudicantes, dissolvendo a culpa na ilicitude. Para Pedro MACHETE, esta infiltração de elementos de objectivização no artigo 7º perturba a coerência sistemática do regime, reforçando “a necessidade de repensar o perfil dogmático da responsabilidade da Administração por acções e omissões ilícitas praticadas no exercício da função administrativa”¹².

Sem embargo de anotarmos crescentes momentos de objectivização no RRCEE — e de os percorrermos neste texto —, a verdade é que não retiramos uma tendência do artigo 7º/2 extensível a toda a responsabilidade por facto ilícito administrativo. Isto porque, de uma banda, a jurisprudência dos tribunais da União Europeia não permite, cristalinamente, afirmar que o Direito da União Europeia prescinde do elemento “culpa” em todos os domínios de responsabilização (*maxime*, jurisdicional e legislativo)¹³ e, de outra banda, devido a estarmos perante um tipo de responsabilidade que configura, de algum jeito, um tipo híbrido (não é contratual mas tão pouco é tipicamente

imperativo do dever de boa administração, Anotação ao acórdão do STA, I, de 16 de maio de 1995, in CJA, nº 10, 1998, pp. 3 segs, 7.

¹¹ Cfr. Rui MEDEIROS e Patrícia FRAGOSO MARTINS, in *Comentário ao Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, Lisboa, 2013, pp. 181 segs (**comentário ao artigo 7º/2**).

¹² Pedro MACHETE, **A responsabilidade da Administração por facto ilícito e as novas regras de repartição do ónus da prova**, in CJA, nº 69, 008, pp. 30 segs, 33.

¹³ Como sublinha José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, a jurisprudência da União Europeia não dispensa “juízos de censura de carácter subjectivo” como “a violação manifesta e grave”, “a manifesta ignorância” ou “o grau de clareza e precisão da norma violada” — **A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3d: Estado de Direito, Estado Social, Estado Fiscal**, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, I, Coimbra, 2012, pp. 55 segs, 62. Veja-se também Carla AMADO GOMES, **O livro das ilusões: a responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário, apesar da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro**, in *Textos dispersos de Direito da responsabilidade civil das entidades públicas*, Lisboa, 2010, pp. 185 segs, esp. 195-200.

extracontratual). Acresce que o artigo 41º/3 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que versa sobre o direito à indemnização por danos provocados por acções e omissões dos poderes públicos enquanto faculdade contida no “direito à boa administração”, remete a densificação do direito a ser ressarcido para “os princípios comuns às legislações dos Estados membros”, as quais consagram, como regra, o modelo de responsabilização subjectiva¹⁴.

As imputações possíveis, hoje, por facto ilícito da função administrativa são assim repartidas entre a culpa (leve, grave e dolosa) e a “mera ilicitude”, ou seja, a responsabilização a título objectivo, pelo risco. A indagação que nos propomos é a de saber se o crescendo de situações de responsabilidade objectiva e objectivada que se vem verificando, por obra do RRCEE (que nos serve de pretexto neste texto), mas também através de leis avulsas, do Direito da União Europeia e da própria jurisprudência, não fará inverter a regra da responsabilização subjectiva. Para tanto, vamos percorrer os casos de objectivização da responsabilidade detectados no RRCEE, a fim de testar esta ideia.

1. Graus de objectivização da responsabilidade administrativa

Se tivéssemos que estabelecer uma gradação de situações de responsabilização objectiva e objectivada no RRCEE — e desde já esclarecendo que neste grupo não entram os casos de compensação por facto lícito, cobertos pelo artigo 16º do RCEE, pois não os consideramos integrados na temática da “responsabilidade civil”¹⁵ —, a escala seria a seguinte:

- 1.1. Responsabilidade pelo risco (artigo 11º do RRCEE);
- 1.2. Responsabilidade por falta do serviço (artigo 7º/3 e 4 do RRCEE);
- 1.3. Responsabilidade por culpa *in vigilando* (artigo 10º/3 do RRCEE);

¹⁴ Cfr. Oriol MIR PUIGPELAT, **La responsabilidad patrimonial...**, *cit.*, pp. 177-185.

¹⁵ 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 in *RMP*, nº 129, 2012, pp. 9 segs. Neste sentido, também Pedro MACHETE, in *Comentário ao Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, Lisboa, 2013, pp. 425 segs (**comentário ao artigo 16º**), pp. 438-446.

1.4. Responsabilidade por falta leve (artigos 7º/1 e 10º/2 do RRCEE).

1.1. A responsabilidade pelo risco prende-se hoje com o exercício de uma actividade, com o funcionamento do serviço, ou com o manejo de coisas “especialmente perigosas”¹⁶. O artigo 11º dispensa o que a jurisprudência vinha entendendo, em alguns arestos, como o elemento qualitativo de qualificação da actividade como “excepcionalmente perigosa”, no regime anterior: tal critério reportava-se “à intensidade da lesão em que a perigosidade pode consubstanciar-se, que o mesmo é dizer relativo à importância e à gravidade dos danos”¹⁷. Ou seja, a actividade/coisa/serviço (especialmente) perigosos qualificam-se hoje tão só em função da “especial probabilidade de a perigosidade da coisa ou actividade provocar um dano”¹⁸, na medida em que os requisitos de especialidade e anormalidade do dano desapareceram.

Já em escrito anterior tivemos oportunidade de nos reportar a ambos os aspectos mencionados: no sentido de que a perigosidade deveria estar minimamente caracterizada, em razão da enorme abertura que o desaparecimento dos pressupostos de qualificação do dano implicam, por um lado; no sentido de a perigosidade dever ser aferida em abstracto e não em concreto, por outro lado; e, finalmente, no sentido da censura da opção pela subtracção do requisito da anormalidade do prejuízo, que julgamos ser um imperativo da justa repartição do encargos públicos em que a responsabilidade objectiva se sedia¹⁹.

¹⁶ Adriano VAZ SERRA (**Responsabilidade civil do Estado e dos seus órgãos ou agentes** in *BMJ* nº 85, 1959, p. 378) define actividades perigosas como as “que criam para os terceiros um estado de perigo, isto é, a possibilidade ou, ainda mais, a probabilidade de receber dano, uma probabilidade maior do que a normal derivada das outras actividades”. Por seu turno, o Tribunal da Relação de Guimarães, em Acórdão de 5 de Novembro de 2003 (in *CJ*, 2003/5, pp. 289 segs), discreta desta forma sobre o tema: “...muito embora a lei não defina, em qualquer parte, o que seja actividade perigosa, a verdade é que segundo a doutrina, o que determina a qualificação de uma actividade como perigosa é a sua especial aptidão para produzir danos, aptidão que há-de resultar, de harmonia com o disposto no art. 493º/2 do CC, da sua própria natureza ou da natureza dos meios utilizados”.

¹⁷ Cfr. o Acórdão do STA de 1 de Março de 2005, proc. 01610/03, respeitante a transfusão de sangue infectado com o vírus HIV, louvando-se em João Álvaro Dias.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Para mais desenvolvimentos, veja-se Carla AMADO GOMES, **A responsabilidade pelo risco na Lei 67/2007, de 31 de Dezembro: uma solução arriscada?** in *Textos dispersos de Direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Lisboa, 2010, pp. 85 segs, esp. 90 segs.

Os casos abrangidos pelo artigo 11º do RRCEE são os exemplos mais límpidos de responsabilidade objectiva, enquanto prescindem da verificação da culpa do lesante — mas sublinhe-se que o agente pode ter agido com culpa mas esta ser de muito difícil prova pelo lesado, ónus que lhe caberá sempre que estivermos perante responsabilidade por facto comissivo.

Curioso é que nestas acções, em que se prescinde da prova da culpa do lesante, se possa ter em conta a *culpa do lesado* para reduzir ou excluir a indemnização, nos termos do artigo 11º/1, 2ª parte (cfr. também o artigo 4º do RRCEE)²⁰. Trata-se de uma particularidade do RRCEE relativamente ao Código Civil que, em sede de responsabilidade pelo risco de veículos automóveis, apenas faz relevar a culpa do lesado, como factor excludente da responsabilidade do agente, quando a actuação daquele tenha sido a causa *exclusiva* do facto que provocou o dano — artigo 503º do Código Civil.

Esta interferência da culpa não exclusiva do lesado com a responsabilidade pelo risco como factor de exclusão ou mitigação desta não é pacífica entre os civilistas, mas foi acolhida pelo STJ numa decisão de 2007²¹, com base numa interpretação actualista e conforme ao Direito da União Europeia, tendente a crescer o nível de protecção do lesado em determinados domínios nos quais se encontra particularmente exposto a riscos para os quais pode também concorrer (v.g., acidentes de viação, acidentes de trabalho, danos decorrentes do consumo de produtos defeituosos). Ou seja, ao invés da perspectiva tradicional, que afasta a responsabilidade pelo risco perante a verificação de culpa exclusiva do lesado²² — e, em bom rigor, perante a

²⁰ Sobre a figura da culpa do lesado, em geral, José Carlos BRANDÃO PROENÇA, **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**, Coimbra, 1997 — questionando, desde logo, a opção terminológica do legislador (pp. 81-85); e Sara GERALDES, **A culpa do lesado**, in *O Direito*, 2009/II, pp. 339 segs — identicamente crítica da adequação da fórmula (“... culpa do lesado no seu sentido mais literal significa que a vítima de determinado dano é, ela própria, também culpada na sua produção ou extensão. Mas não é reciprocamente culpada — i.e., ela não é responsável por danos contra quem também lhos provocou”), concluindo mesmo que se trata de um caso de acomodação linguística destituída de rigor científico.

Sobre a culpa do lesado em sede de RRCEE, Filipa CALVÃO, in *Comentário ao Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, Lisboa, 2013, pp. 106 segs (**comentário ao artigo 4º**).

²¹ Em Acórdão de 4 de Outubro de 2007, proc. 07B1710.

²² Perspectiva essa acolhida, por exemplo, pelo mesmo STJ no Acórdão de 6 de Novembro de 2003, merecedor de anotação muito crítica de José Carlos BRANDÃO PROENÇA (**Responsabilidade pelo risco do detentor do veículo e conduta do lesado: a lógica do ‘tudo ou nada’?**, in *CDP*, nº 7, 2004, pp. 25 segs), bem como no mais recente Acórdão de 15 de Maio de

desnecessidade de verificação de culpa do lesante, impõe-se perguntar como poderá relevar uma culpa não exclusiva...? —, esta interpretação actualista admite que se pondere a concorrência de culpa do lesado e do lesante, raciocínio algo esdrúxulo quando aplicado em domínio de responsabilização objectiva do agente²³.

No caso analisado pelo STJ, estava em causa um acidente de viação em que uma criança de 10 anos, manobrando uma bicicleta, não observa a regra da prioridade e embate contra um automóvel, sofrendo danos físicos não incapacitantes mas ainda assim inestéticos²⁴. O Supremo, rompendo com a linha tradicional e revogando as duas decisões das instâncias inferiores, exoneratórias, apela à necessidade de ponderação orientada por um pensamento de justiça face a "situações as mais díspares":

"... não podemos deixar de ponderar a justeza da crítica, que à corrente tradicional tem sido dirigida, de conglobar, na dimensão exoneratória da norma do art. 505º, tratando-as da mesma forma, situações as mais díspares, como sejam os comportamentos mecânicos dos lesados, ditados por um medo invencível ou por uma reacção instintiva, os eventos pessoais fortuitos (desmaios e quedas), os factos das crianças e dos (demais) inimputáveis, os comportamentos de precipitação ou distração momentânea, o descuido provocado pelas más condições dos passeios, uniformizando, assim, «as ausências de conduta, as condutas não culposas, as pouco culposas e as muito culposas dos lesados por acidentes de viação», «desvalorizando a inerência de pequenos descuidos à circulação rodoviária», e conduzindo, muitas vezes, a resultados chocantes".

O apelo ao artigo 570º do Código Civil contra a letra do artigo 505º/1 do mesmo Código não é, efectivamente, pacífico do ponto de vista sistemático e formal²⁵. No entanto, vai de encontro a preocupações de justiça material que

2012 (proc. 4249/05.1TBVCT.G2.S1). Sublinhe-se, no entanto, que o Supremo já reiterou a jurisprudência de 2007 em Acórdão de 5 de Junho de 2012 (proc. 100/10.9YFLSB).

²³ O raciocínio do STJ no aresto de Outubro de 2007, referenciado *infra*, parece passar, não tanto por uma gradação da culpa da lesada mas antes pela contribuição da actuação da lesante: "...não sendo possível concluir que o acidente é unicamente ou exclusivamente imputável à autora – é dizer, que a actuação desta foi, só por si, idónea para a ocorrência do acidente, e que o veículo automóvel foi para tal indiferente, sem que a sua típica aptidão para a criação de riscos tenha contribuído para o mesmo acidente" (ponto.3.3.).

²⁴ Sobre este aresto, João CALVÃO DA SILVA, **Anotação ao Acórdão do STJ de 4 de Outubro de 2007**, in *RLJ*, nº 3946, 2007, pp. 49 segs, e Sara GERALDES, **A culpa do lesado**, *cit.*, pp. 366-367.

²⁵ Como, classicamente, explicam João de Matos ANTUNES VARELA e António PIRES DE LIMA (**Código Civil Anotado**, I, 4ª ed., Coimbra 1987, pp. 517-518), em anotação ao artigo 505º, "... não pode admitir-se a concorrência entre risco de um e culpa do outro para responsabilizar os dois ... A responsabilidade pelo risco está expressamente excluída neste artigo 505º, pelo que

tendem a aceitar gradações da culpa do lesado em sede de responsabilidade pelo risco²⁶.

Mais fácil se revela a aplicação a casos deste tipo do artigo 11º/1, 2ª parte do RRCEE, o qual permite que o juiz pondere o *grau de culpa* do lesado na produção do dano, podendo ainda assim responsabilizar objectivamente o lesante mesmo que detecte uma culpa leve, uma circunstância excludente da culpa ou uma causa de inimputabilidade relativamente ao lesado. Ou seja, o RRCEE acolhe o *princípio do concurso do risco com a culpa do lesado*²⁷, aceitando inovatoriamente repartir a imputação entre lesante e lesado, contra a tese clássica da oneração exclusiva do lesado sempre que se verificasse que este contribuíra com a sua actuação (culposa ou não) para a produção do dano²⁸.

Em suma, no contexto da tendência de alargamento dos casos de responsabilidade pelo risco detectada no RRCEE — que só se detém plenamente perante a força maior (cfr. o nº 1 do artigo 11º) —, a ponderação do grau de culpa do lesado vem contribuir para acentuar a *vis expansiva* do instituto no Direito Administrativo (a par das *quedas* da “excepcionalidade” e do carácter especial e anormal do dano, e do afastamento do concurso de facto de terceiro (cfr. o nº 2 do artigo 11º).

não é possível a aplicação analógica do artigo 570º, como sugere Vaz Serra. Não há caso omissio. O caso está resolvido claramente na lei. (...)

Para a exacta compreensão do preceito, importa considerar que não é um problema de culpa que está posto no artigo 505º, mas apenas um problema de *causalidade*: trata-se de saber se os danos verificados no acidente devem ser juridicamente considerados, não como um *efeito do risco* próprio do veículo, mas sim como uma consequência do facto praticado pela vítima ou por terceiro...”.

Já para João CALVÃO DA SILVA (**Anotação ao Acórdão do STJ de 4 de Outubro de 2007**, *cit.*, p. 52), “a aplicação do art. 570º decorre directamente do art. 505º e não do facto de a situação da concorrência entre risco do veículo e culpa do lesado ser análoga ou paralela à prevista no art. 570º”.

²⁶ Sobre este ponto, relatando a acesa discussão que ocupou a jurisprudência francesa na década de 1980, Geneviève VINEY, **La faute de la victime d'un ccident corporel, le présent et l'avenir**, in *La semaine juridique*, 1984, p. 3155, ponto 35 (defendendo que a culpa do lesado só pode justificar repartição de responsabilidade entre lesante e lesado, pelo menos no que respeita a danos corporais, quando se demonstrar que foi *inexcusável* ou *intencional*).

²⁷ Neste sentido, João CALVÃO DA SILVA, **Anotação ao Acórdão do STJ de 4 de Outubro de 2007**, *cit.*, p. 51.

²⁸ Ou, mais rigorosamente, haverá repartição de responsabilidade entre agente e lesado se se verificar “a existência de um comportamento causal do lesado que seja concausa do dano, causa do agravamento ou da não diminuição dos danos em curso”— Sara GERALDES, **A culpa do lesado**, *cit.*, p. 356.

1.2. O caso seguinte, de responsabilidade por “culpa anónima”²⁹, ou *subjectiva-objectivada*, reside na figura da *culpa do serviço* (artigo 7º/3). Aqui, dir-se-ia que a culpa do serviço de culpa só tem o nome, porque a apreciação destes casos branqueia a imputação subjectiva e realça a ilicitude do “anormal funcionamento do serviço”, impossível de atribuir a um sujeito concreto. Ao cabo e ao resto, trata-se de uma responsabilização praticamente objectiva, ideia que o artigo 9º/2 confirma, quando estabelece que “existe ilicitude quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal do serviço, segundo o disposto no nº 3 do artigo 7º”, explicitando que esta será uma das hipóteses em que há violação de regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado, conforme a previsão do nº 1 do artigo 9º.

Mário AROSO DE ALMEIDA qualifica mesmo certas situações de funcionamento anormal do serviço como uma terceira modalidade de ilicitude prevista no artigo 9º/1, a par da ilegalidade e da violação objectiva de deveres de cuidado³⁰. Com efeito, o Autor distingue, a partir da letra do artigo 7º/3, entre “culpa anónima” (violação de normas ou deveres objectivos de cuidado por parte de sujeitos não identificáveis) e “culpa colectiva” (os danos não podem ser directamente imputados ao comportamento concreto de alguém ou mesmo a qualquer conduta identificável). O nº 4 do artigo 7º apontaria para esta autonomia, ao referir-se a “padrões médios de resultado”, logo a *objectivos* e não a *condutas*. Nas palavras de AROSO DE ALMEIDA, “o preceito não reporta a ilicitude à *conduta*, e, portanto, ao desvalor subjectivo da acção, mas ao *resultado*, ao dano sofrido pelo lesado, que é antijurídico na medida em que não encontre numa causa de justificação expressa que o legitime o título jurídico que imponha ao lesado o dever de o suportar”³¹.

Julgamos que a aceitação desta autónoma modalidade de ilicitude implica uma total diluição da culpa, ou seja, acarreta a desfiliação do “funcionamento anormal do serviço” — pelo menos no caso de “culpa colectiva” — de qualquer elemento de subjectivização, constituindo uma

²⁹ Carlos CADILHA, **Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas**, 2ª ed., Coimbra, 2011, p. 163.

³⁰ Mário AROSO DE ALMEIDA, *in* **Comentário ao Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas**, Lisboa, 2013, pp. 240 segs (**comentário ao artigo 9º**), 249-254.

³¹ Mário AROSO DE ALMEIDA, **comentário ao artigo 9º**, citado, p. 253.

modalidade de imputação objectiva. Não é, porém, esta a conclusão do Autor citado, porquanto sublinha que a assimilação da previsão do nº 3 do artigo 7º a situações de ilicitude, operada pelo artigo 9º/2, implica *um juízo de censura*, traduzido no “reconhecimento de que, nas circunstâncias do caso concreto, *era exigível a um serviço que funcionasse bem (ou seja, que funcionasse segundo padrões médios de resultado) que não tivesse causado os danos produzidos* — o que, dependendo das circunstâncias, pode significar que, para o efeito, ele deveria ter atuado com mais rapidez, que deveria ter atuado quando não atuou ou que deveria ter adotado medidas diferentes daquelas que adotou”³². Este juízo de censura, reconhece AROSO DE ALMEIDA, é “naturalmente objectivado”, “mas não deixa de existir enquanto tal”³³...

Note-se que a “culpa do serviço” pode constituir uma solução de imputação tanto em factos comissivos como omissivos, podendo cruzar-se, nesta última situação, com uma de duas outras noções processualmente significativas: por um lado, pode haver culpa (leve) do serviço na adopção de actos jurídicos — actos em procedimentos complexos, com diversas irregularidades — a qual, segundo o artigo 10º/2, se presume. Tal culpa parece poder reflectir-se quer no conteúdo do acto (v.g., errada aplicação do direito, substantivo ou procedimental), quer no procedimento de adopção (v.g., prática de actos de tramitação inúteis ou demora excessiva na emissão da decisão)³⁴.

³² Mário AROSO DE ALMEIDA, *in Comentário ao Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, Lisboa, 2013, pp. 217 segs (**comentário ao artigo 7º**), p. 224.

³³ Mário AROSO DE ALMEIDA, **comentário ao artigo 7º**, citado, p. 224. Também José Carlos VIEIRA DE ANDRADE (**A responsabilidade indemnizatória...**, *cit.*) afirma, a pág. 61, que as situações de funcionamento anormal do serviço se reconduzem a responsabilidade objectiva, para depois corrigir, de algum modo, frisando que se trata de situações de “desvalorização da ideia de culpa pessoal, subjectiva ou psicológica do agente mas não necessariamente [de situações de] desvalorização da ideia de culpa como censura ética” (p. 62).

³⁴ Cfr. os acórdãos: do STA, de 2 de Março de 2004, proc. 01531/03 (no qual se analisou a questão de emissão da decisão em prazo excessivo, invocando o artigo 6 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em sede de atribuição de um subsídio), e do TCA-Sul, de 11 de Abril de 2013, proc. 07084/11 (no qual se discutia a violação do princípio da decisão procedimental em prazo razoável num procedimento concursal). Em nenhum deles o tribunal deu por verificada a violação do princípio da emissão da decisão (procedimental) em prazo razoável, cuja existência por importação do domínio processual não foi contestada — apenas se não deu por provada a ilicitude por preterição de regras técnicas, que sustentaria a responsabilidade por facto ilícito.

Sobre o princípio/direito à decisão administrativa em prazo razoável, veja-se Ana Fernanda NEVES, **O direito a uma decisão administrativa em prazo razoável**, *in Direito Administrativo e*

Por outro lado, o facto omissivo pode levar à responsabilização do serviço quando este tem a seu cargo a vigilância de determinadas pessoas ou coisas, móveis ou imóveis, ou leva a cabo uma actividade perigosa, nos termos da culpa *in vigilando* — artigos 10º/3 e 493º/1 e 2 do CC. Estas hipóteses são de verificação frequente no âmbito da boa manutenção de ruas e estradas³⁵, na sinalização de obras nas vias públicas³⁶, na execução de obras públicas³⁷, na manutenção do parque arbóreo urbano³⁸. Aqui deparamo-nos com uma inversão do *onus probandi* a cargo da pessoa colectiva a cujo serviço é imputada a responsabilidade pela provocação do dano, o que constitui uma dupla ajuda ao presumível lesado, pois não só o desonera da prova da culpa, como transforma esta em ilicitude — ou seja, objectiviza a imputação.

1.3. A culpa *in vigilando*, que acabou de mencionar-se, é ainda uma fonte de responsabilização subjectiva — como o prova, desde logo, a arrumação a que foi sujeita na lei civil. A efectivação da responsabilidade por omissão obedece aos parâmetros fixados nos artigos 486º e 487º do Código Civil: há responsabilidade por omissão se se verifica dano decorrente da abstenção de cumprimento de um dever de acção legalmente configurado, e é o lesado que tem que fazer a prova dos factos geradores do dano, bem como da obrigação de actuação omitida. Já não assim nos casos de culpa *in vigilando*, em razão da inversão do ónus da prova estabelecida nos nºs 1 e 2 do artigo 493º do Código Civil:

- a) Culpa pela falha de vigilância de coisas, móveis ou imóveis, ou animais, **salvo** se provar que agiu sem qualquer culpa ou que o dano se teria

Direitos Fundamentais – Diálogos necessários, coord. de Luísa Pinto e Netto e Eurico Bittencourt Neto, Belo Horizonte, 2012, pp. 51 segs. Sobre a oportunidade perdida da sua consagração no Projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo, Carla AMADO GOMES, A **“boa administração” na revisão do CPA: depressa e bem...**, in *Direito & Política*, nº 4, 2013, pp. 142 segs.

³⁵ Cfr., entre tantos, Acórdão do TCA-Norte, de 25 de Março de 2010, proc. 00341/05.0BEPNF.

³⁶ Cfr., entre muitos, Acórdãos do STA, de 24 de Fevereiro de 2010, proc. 012/10; de 1 de Fevereiro de 2011, proc. 0838/10.

³⁷ Cfr. o Acórdão do STA, de 23 de Fevereiro de 2012, proc. 01008/11.

³⁸ Cfr. o Acórdão do TCA-Norte, de 15 de Outubro de 2009, proc. 02090/06.3BEPRT.

produzido ainda que tivesse exercido fielmente o seu dever de vigilância (nº 1);

- b) Culpa pelo exercício de actividades perigosas, por natureza ou em razão dos meios utilizados, **salvo** se provar que diligenciou de forma necessária e suficiente com vista à prevenção dos danos provocados (nº 2).

Quando incluímos este tópico na nossa análise, não queremos “transmutar” uma fonte de imputação ainda subjectiva numa solução de imputação objectiva; antes pretendemos frisar o aligeiramento das incumbências processuais do presumível lesado, que se vê desonerado da produção da prova da culpa, cabendo-lhe apenas alegar os factos que dão base à presunção e caracterizar o nexo de causalidade entre estes factos e o dano sofrido (cfr. o artigo 350º/1 do Código Civil).

Nas palavras do STA, em Acórdão de 9 de Maio de 2002 (proc. 048301), “... só é admissível colocar a questão da presunção da culpa *«in vigilando»* depois de estar demonstrado que o agente, por acção ou por omissão, praticou facto ilícito, isto é, um acto violador de direitos de terceiro, em que o objecto cuja vigilância lhe coubesse tenha tido uma intervenção ilícita relevante. A este cabe demonstrar que nenhuma culpa teve no desencadear do sinistro, elidindo a presunção contra si estabelecida, mas àquele cabe, previamente, demonstrar a prática de tal acto ...”.

Acresce, como referimos, o comum cruzamento entre a culpa do serviço — uma imputação com base na “mera” ilicitude consubstanciada no anormal funcionamento do serviço, como se viu — e a responsabilidade por omissão de deveres materiais de vigilância de coisas móveis ou imóveis que a pessoa colectiva tenha a seu cargo. Um exemplo pode ilustrar-se com um caso analisado pelo TCA-Norte³⁹, a propósito da queda de uma árvore sobre o veículo automóvel do autor:

“O Autor tinha, neste caso, a seu favor a presunção legal de culpa a que se refere o art. 493º, nº 1 do Código Civil (...).

Para ilidir essa presunção, é insuficiente a simples prova em abstracto, de que “Os serviços do Réu fiscalizam o parque florestal ..., incluindo os elementos arbóreos existentes na zona do acidente, patrulham e procedem à sua

³⁹ Em Acórdão de 15 de Outubro de 2009, proc. 02090/06.3BEPRT.

manutenção, não tendo detectado no decurso das mesmas qualquer motivo que justificasse a sua intervenção".

Como a sentença recorrida considerou e bem, *"a mera execução de tal actividade de fiscalização e manutenção, sem qualquer referência ao modo e à respectiva periodicidade média, afigura-se marcadamente insuficiente para aferir da eficácia e eficiência no cumprimento do respectivo dever, bem como desvaloriza a circunstância de não ter sido detectado pelos Serviços motivo algum a justificar a sua intervenção"*.

Conforme o Supremo Tribunal repetidamente tem afirmado, a alegação e consequente possibilidade de prova da inexistência de *"faute de service"* tem de ser feita a partir de factos que esclareçam o Tribunal sobre as providências que em concreto foram tomadas pelos serviços do Réu para obviar a eventos danosos como o que ocorreu (...), prova que, como a sentença correctamente considerou, não foi feita ...".

Ou seja, a imputação de responsabilidade por omissão de deveres (materiais) de vigilância sobre coisas móveis e imóveis, animais, pessoas, ou por ausência de deveres de cuidado no exercício de actividades perigosas onera o presumível lesante com o encargo de provar que desempenhou tais deveres com a diligência exigível nas circunstâncias concretas, tendo em consideração os meios, humanos e técnicos, ao seu dispor — num quadro de disponibilidades logísticas e financeiras preciso. Conforme se extrai de um aresto⁴⁰ em que o STA se debruçou sobre um caso de responsabilidade municipal por inundação causada pelo rebentamento de uma conduta de água da rede pública em virtude de falta de cuidado na realização de obras de terraplanagem de uma rua:

"... a Ré só poderá evitar a sua condenação se, por um lado, se considerar provado que vigiou devidamente o estado e a segurança da referida rede – isto é, que não praticou qualquer acto ilícito - e, por outro, que não lhe era exigível outro comportamento para além daquele que observou - isto é, que nenhuma culpa houve da sua parte e que os danos sempre ocorreriam.

Desde logo, porque estando assente que a conduta onde se deu o rebentamento faz parte da rede de distribuição de água a seu cargo haverá que concluir que a Ré tinha o dever de acompanhar e fiscalizar aquelas obras por forma a que as mesmas não pudessem determinar a produção de quaisquer prejuízos. Dever esse que lhe exigia analisar se elas podiam causar perigo e, prevendo esse perigo, que a obrigava a tomar todas as medidas indispensáveis à sua remoção. Isto independentemente delas estarem a ser executadas por terceiro e de, por isso, ser este o responsável directo e imediato por essa execução.

⁴⁰ Acórdão do STA de 23 de Fevereiro de 2012, proc. 01008/11.

É certo que este dever de vigilância não comporta a obrigação de representar todos os riscos que a coisa pode provocar visto ser virtualmente impossível prevenir todos os riscos e é excessivo crer-se que só pela eliminação completa de todos eles se observaria um tal dever. “O que aos entes públicos se exige é que representem todos os riscos prováveis e, de entre os demais possíveis, os que, por não serem extraordinários ou fortuitos, ainda pudessem caber nas expectativas de um avaliador prudente (vd. os arts. 4º, n.º 1, do DL n.º 48.051, de 21/11/67, e 487º, n.º 2, do Código Civil); e, em seguida, exige-se que tais entes previnam os riscos representados, desde que não haja motivos logísticos ou orçamentais que, «ab extra», o impossibilite” — acórdão deste STA de 29-01-2009 (rec. 966/08).

Ora, o rebentamento de uma conduta de água quando a mesma está a ser sujeita a obras é um risco previsível e, até, provável, pelo que se exigia que a Recorrente o representasse e o prevenisse. Ora, a Recorrente não conseguiu demonstrar ter cumprido esse dever.”

Quanto maior for o padrão de exigência solicitado ao presumível lesante/entidade pública, maior será a probabilidade de responsabilização. Casos como os analisados no acórdão do TCA-Sul, de 7 de Abril de 2011, proc. 02749/07 (queda de uma pedra sobre um veículo que transitava em estrada na Ilha da Madeira), ou no Acórdão do STJ, de 14 de Março de 2013, proc. 201/06.8TBFAL.E1.S1 (despiste de um veículo numa autoestrada por avistamento de um pato vivo na faixa de rodagem), deixam a dúvida sobre se o tribunal não ultrapassou afinal o limiar da responsabilidade aquiliana (por *culpa in vigilando*), acabando por consagrar uma imputação formalmente subjectiva mas materialmente objectiva. Observêmo-los um pouco mais de perto.

No que toca ao primeiro aresto, sublinhe-se que o STJ já por diversas vezes confirmou a responsabilidade das concessionárias por danos provocados a utentes⁴¹. Desta feita, fica a concessionária obrigada a demonstrar que desenvolveu todas as diligências de segurança no sentido de prevenir a eclosão do dano, sob pena de lhe ver assacada a responsabilidade por omissão de deveres de vigilância. Esta exigência justifica-se, como sublinha o STJ no Acórdão de 14 de Março de 2013 (*supra* citado), que considerou

⁴¹ Vejam-se os Acórdãos de 21 de Março de 2012 (embate numa roda de veículo pesado); de 15 de Novembro de 2011 (despiste devido a lençol de água); de 8 de Fevereiro de 2011 (despiste devido a lençol de água); de 2 de Novembro de 2010 (veículo atingido por arremesso de pedra do exterior); de 4 de Maio de 2010 (saída da via por falta de sinalização de troço da via sem saída); de 1 de Outubro de 2009 (despiste devido a lençol de água); de 13 de Novembro de 2007 (cadáver de canídeo exposto na via); de 14 de Outubro de 2007.

procedente o pedido de efectivação de responsabilidade da concessionário por omissão de medidas de prevenção da presença de um pato na auto-estrada, dado que

“São os concessionários que dispõem de maior facilidade de identificação dos perigos ou de apuramento das circunstâncias que rodeiam acidentes devidos a obstáculos existentes na via, tarefa que naturalmente é dificultada ou praticamente impossibilitada aos utentes ou a terceiros.

Como gestora dos meios humanos e materiais necessários ao desempenho das múltiplas tarefas decorrentes do contrato de concessão, pertencia à concessionária o controlo ou domínio da situação, designadamente no que respeita à verificação da frequência e identificação ou localização dos perigos para a circulação segura de veículos por parte dos respectivos utentes.

Enfim, sendo comum na doutrina e jurisprudência além-fronteiras (v.g. francesa ou espanhola) a problemática da exploração de auto-estradas em regime de concessão, também fora de portas se fazem frequentes alusões à existência de uma *reforçada obrigação de meios* em razão da velocidade permitida e das expectativas dos utentes, com implicações, designadamente, na prova mais consistente da verificação das condições de segurança ou de uma efectiva vigilância relativamente a eventos susceptíveis de causar perigo à circulação rodoviária, nomeadamente através da prova da periodicidade dos circuitos efectuados pelas equipas de assistência aos utentes”.

O STJ já dera procedência a pedidos similares, ou seja, envolvendo animais na via. No entanto, sempre se tratou de mamíferos⁴². No caso em apreço — dramático, é certo —, o Supremo teve alguma dificuldade em justificar a omissão indevida, à luz dos padrões de exigência reclamáveis de uma concessionária mais do que razoavelmente diligente, mas acabou por reconhecer viabilidade ao pedido:

“Não se ignoram as *dificuldades* inerentes à boa execução de uma tal tarefa por parte da concessionária. Com as considerações anteriores também não se pretende elevar a exigência a um tal patamar que torne inexecutável o cumprimento das suas obrigações ou que implique a perda da rentabilidade da exploração.

No entanto, a mera constatação da impossibilidade de se garantir a infalibilidade de um sistema apto a evitar a entrada, detectar a existência ou determinar a retirada de animais ou de outros objectos da faixa de rodagem que, pelas suas dimensões, possam constituir efectiva fonte de perigo, não pode

⁴² Cfr. os Acórdãos de 9 de Setembro de 2008 (surgimento de um cão); de 16 de Setembro de 2008 (surgimento de uma raposa); de 14 de Outubro de 2007 (surgimento de cão de médio porte).

redundar no abrandamento do grau de diligência a um ponto em que a liberação da responsabilidade da concessionária acabe por penalizar os condutores ou terceiros que, sem qualquer responsabilidade e fiados na existência de condições de segurança, sofram danos.

Atenta a natureza da via concessionada, o elevado grau de sofisticação da actividade e a experiência acumulada pela concessionária, a apreciação do cumprimento do dever de diligência, segundo o padrão do "*bom pai de família*", a que alude o art. 487º, nº 2, do CC, deve guindar-nos a um plano de elevada exigência, tendo em conta, além do mais, que a mesma exerce uma actividade lucrativa, devendo, por isso, mobilizar meios humanos, materiais e financeiros ajustados a evitar incidentes semelhantes.

Por isso, apenas poderia considerar-se elidida a presunção de incumprimento em face de um conjunto de factos que revelassem uma *acrescida preocupação* pela vigilância daquele troço da auto-estrada".

Julgamos que, com esta argumentação, foi ultrapassado o limiar da exigência exigível, reclamando-se um patamar de preocupação tão acrescido que extravasou a responsabilidade por *culpa (in vigilando)*. Como o próprio Alto Tribunal reconhece,

"Basta o confronto com as regras da experiência para se revelar a impossibilidade de manter as vias concessionadas vedadas em absoluto à entrada ou permanência de animais, especialmente daqueles que, pelas suas características, com mais facilidade podem ultrapassar as barreiras físicas colocadas".

A evitação de penetração de um pato na autoestrada, súbita (no sentido de impossível de ser denunciada com vista à remoção da ave em tempo hábil) e inusual (no sentido de inédita), é humanamente impossível porque o pato....voa! Só a construção de todas as autoestradas em túnel, ou o seu revestimento com malha de rede, poderia eliminar uma hipótese como esta. Com efeito, cremos que a base para o arbitramento de tal indemnização teria que ser a responsabilidade objectiva, pelo risco, não utilizada nesta sede, e já não a responsabilidade, ainda subjectiva, por culpa *in vigilando*. Como observa CARNEIRO DA FRADA relativamente à intrusão de cães (observação, nas palavras do próprio, extensível especialmente a animais selvagens como texugos, javalis, lince ou lobos, "e que bom seria que os houvesse em número suficiente entre nós!"), será "desmesurado pretender que uma concessionária só logra eximir-se de responsabilidade caso se demonstre positivamente o

modo específico como o animal concreto se introduziu na auto-estrada”⁴³. Se é desmesurado relativamente a animais terrestres, o que dizer face a aves...

Idêntico juízo nos merece a decisão do TCA-Sul, de 7 de Abril de 2011 (*supra* referenciada), que se debruçou sobre a queda de uma pedra sobre um veículo que transitava numa estrada da Ilha da Madeira, na base de uma encosta vertical (“a pique”), na qual era usual — e estava devidamente assinalado — haver desprendimento de pedras, e era tecnicamente impossível a colocação de redes. Apesar de as autoridades administrativas terem feito a prova da impossibilidade técnica de evitação de todas as quedas, e bem assim de que procediam a inspecções periódicas no sentido de detectarem pedras em risco de queda, ainda assim o TCA-Sul deu por verificada a violação de um dever legal de agir:

“Ora, no caso dos presentes autos, a entidade administrativa ora Recorrente não fez a prova específica do cumprimento das suas atribuições, no sentido do concreto interesse público normativamente posto a seu cargo, concretizado em actuar de modo a manter «o estado de segurança do tráfego da via pública a seu cargo, onde ocorreu o acidente».

O que significa que a demonstração dessa concretização passava pela alegação de actividades em ordem a sobre essas circunstâncias concretas produzir prova de que a estrada, naquele troço, «era vigiada de forma atenta e continuada pelos seus serviços e que a queda de pedras que determinou o acidente se deveu a circunstâncias anormais e imprevisíveis ocorridas momentos antes do acidente, ou que, apesar de terem sido tomadas todas as medidas para o evitar, este sempre teria ocorrido» ...

Dito de outro modo, cumpria à ora Recorrente alegar e provar o estado de segurança adequado à circulação automóvel na rede rodoviária nacional, pois que «(...) a presunção de culpa (censurabilidade subjectiva) só faz sentido a partir de uma constatada violação objectiva de um dever de conduta (antijuridicidade objectiva). Por isso se compreende que quando esse dever de conduta estiver estabelecido de forme inequívoca se presume que quem não o respeitou tenha agido (subjectivamente) sem o cuidado exigível». (...) a ilegalidade relevante para efeitos de responsabilidade da Administração é a ilegalidade substantiva, que deriva da violação de normas que tutelam a posição do lesado (...)”.

Em ambos os casos, reitera-se, o tribunal excedeu a medida de cuidado razoavelmente exigível, em função da natureza das coisas e das medidas técnicas potencialmente aptas a minorar os riscos. A decisão já não assenta

⁴³ Manuel CARNEIRO DA FRADA, **Sobre a responsabilidade das concessionárias por acidentes ocorridos em auto-estradas**, in ROA, 2005/II, pp. 407 segs, p. 432 e nota 22.

na violação de deveres de cuidado, mas antes num raciocínio filiado na vigilância da estrada com uma coisa especialmente perigosa — embora se faça aplicação do regime da responsabilidade aquiliana.

1.4. Finalmente, os casos de falta leve estão aqui incluídos em razão da presunção de culpa relativamente a actos jurídicos, acolhida no artigo 10º/2, por referência ao artigo 7º/1. Certo, também aí se trata de actos ilícitos — porém, a elisão da falta leve neste contexto será, num grande número de casos, bastante difícil, dada a complexidade do ordenamento jurídico hodierno, onde ocorrem alterações legislativas constantes; onde sobrevêm diplomas revogatórios sem indicação precisa das disposições revogadas; onde é patente a necessidade de articular um bloco de juridicidade muito amplo... Quanto mais leve é a falta que suporta a imputação, maior é a possibilidade de esta se vir a verificar porque mais difícil se torna demonstrar a sua não verificação — havendo até referências a uma “banalização da falta”⁴⁴. O que tende a “objectivar”, na prática, esta modalidade de responsabilidade.

2. Responsabilidade pelo risco e culpa in vigilando – um novo “arco” de imputação?

Como já observámos, em sede de responsabilidade pelo risco, o RRCEE atenuou um dos pressupostos de imputação objectiva, substituindo a excepcionalidade do perigo pela especialidade do mesmo. Ora, como a culpa in vigilando, na vertente do nº 2 do artigo 493º do CC, se prende com omissão de vigilância em casos de actividades especialmente perigosas, passa a haver uma zona de sobreposição sempre que a imputação (nos termos do artigo 11º) se der a título de facto material omissivo.

Rui MEDEIROS, assinalando igualmente tal sobreposição, chega mesmo a equacionar a questão de saber se a requalificação da natureza das actividades abrangidas pela responsabilidade pelo risco (de excepcionais

⁴⁴ **Responsabilité et socialisation du risque - Rapport public 2005, cit., p. 226.**

para especiais) não esvaziará a utilidade da presunção de culpa *in vigilando* no que tange a omissão de deveres de vigilância administrativa relativamente a actividades, coisas ou serviços especialmente perigosos⁴⁵. O Autor, embora conclua que o artigo 11º tenderá a absorver uma ampla gama de situações, considera, todavia, que fará ainda sentido utilizar a norma do Código Civil relativamente a “actividades que, não sendo especialmente perigosas, são perigosas por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados”⁴⁶.

Julgamos que caberá fundamentalmente à jurisprudência sancionar ou não a *vis expansiva* do instituto da responsabilidade pelo risco, sendo certo que quanto maior for o conjunto de actividades consideradas especialmente perigosas, menor será a utilidade (nos casos de omissão) do recurso à presunção inscrita na lei civil. Sendo certo que, a verificar-se a *clareira applicativa residual* a que alude Rui MEDEIROS, cremos poder vir a assistir-se a um desdobramento da caracterização dos riscos no RRCEE: em abstracto, nos termos do artigo 11º; em concreto, no quadro do artigo 493º/1 e 2 do CC, *ex vi* artigo 10º/3 do RRCEE (relendo a norma do CC à luz de uma intenção de interpretação útil, no âmbito do RRCEE).

A confluência assinalada pode justificar o recurso a pedidos subsidiários, começando-se pela tentativa de imputação subjectiva e, caso o lesante consiga elidir a presunção, passando então para um pedido de responsabilização objectiva, em razão da natureza da actividade. Tal questão já foi colocada, no âmbito do regime anterior, e traduz-se em saber se um pedido de responsabilização subjectiva (comissiva, por facto ilícito) se pode convolar, na ausência de verificação dos pressupostos de responsabilidade

⁴⁵ Rui MEDEIROS, **comentário ao artigo 10º**, citado, p. 288. Pensamos que o Autor especula a partir da postura de Carlos CADILHA (**Regime da responsabilidade civil...**, *cit.*, p. 205), que entende que a abertura da responsabilidade pelo risco a actividades especialmente perigosas “secaria” a utilidade do instituto da culpa *in vigilando* relativamente a coisas e actividades perigosas — uma vez que o lesado sempre escolheria a via mais fácil de imputação (pelo risco).

Pela nossa parte e ainda que concedamos poder haver hipóteses de sobreposição, cremos que a culpa *in vigilando* conserva utilidade para o domínio da imputação por facto ilícito. Pense-se em casos em que o autor do dano é identificável: mesmo que o lesado impute pelo risco e só tenha que fazer a prova do facto, a entidade pública pode, para poder beneficiar da solidariedade, caracterizar a situação como omissão ilícita com responsável identificável e haver como que uma retroversão do título de imputação. Ou seja, a utilidade no artigo 493º/2 do CC nestas hipóteses é dupla: para o particular, que uma vez transformado o título de imputação pela contestação da entidade pública fica ainda assim dispensado da prova da culpa do funcionário; para a entidade pública, que se pode livrar de suportar o prejuízo sem direito a regresso sobre o funcionário negligente.

⁴⁶ Rui MEDEIROS, **comentário ao artigo 10º**, citado, p. 289.

aquiliana, num pedido de responsabilização objectiva pelo risco. O STA chegou a rejeitar tal hipótese⁴⁷, tendo vindo a inverter o rumo e confirmando tal posição mais recentemente⁴⁸, com base nos argumentos que se transcrevem:

“É inadmissível a convoção de acção de responsabilidade civil extracontratual por acto ilícito e culposo (art. 2º do DL nº 48.051, de 21/11/1967) em acção de responsabilidade pelo risco (art. 8º do mesmo diploma), não só por tal representar o desrespeito do princípio da estabilidade da instância, que só consente a alteração do pedido e da causa de pedir se houver acordo das partes (art. 272º do CPC), mas também – e decisivamente – porque os factos que serviram de fundamento à imputação de conduta ilícita e culposa não constituem suporte bastante para a responsabilização com base no risco.”

Esta posição foi duramente criticada por Carlos CADILHA, por entender que não há qualquer desrespeito do princípio da estabilidade da instância, uma vez que do que se trata é de requalificação dos factos e não de alteração objectiva da instância⁴⁹. Se tal crítica procedia no quadro legal anterior, por maioria de razão terá acolhimento no panorama actual, por força da sobreposição parcial a que aludimos. A transição da responsabilidade por *culpa in vigilando* por omissões materiais em sede de actividades especialmente perigosas para a responsabilidade pelo risco parece ter plena justificação e não oferecer obstáculos processuais intransponíveis⁵⁰. Ao contrário, a transição da responsabilidade objectiva para a subjectiva já será inadmissível, pois aí faltaria a caracterização da omissão de vigilância (embora não a sua prova).

Lisboa, Novembro de 2013

⁴⁷ Em Acórdão de 25 de Novembro de 1998 (proc. 38.737).

⁴⁸ Em Acórdão de 3 de Março de 2005, proc. 0745/04.

⁴⁹ Carlos CADILHA, **Convoção da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito em responsabilidade pelo risco: Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 3 de Março de 2005, proc. 0745/04**, in CJA, nº 57, 2006, pp. 18 segs, 21.

⁵⁰ No mesmo sentido vai a afirmação de João de Matos ANTUNES VARELA: “ se o autor invocar a culpa do agente na acção destinada a obter a reparação do dano, num caso em que excepcionalmente vigore o princípio da responsabilidade objectiva, mesmo que não se faça prova da culpa do demandado, o tribunal pode averiguar se o pedido procede à sombra da responsabilidade pelo risco, salvo se dos autos resultar que a vítima só pretende a reparação se houver culpa do réu” — **Das Obrigações em Geral**, I, 10ª ed., 2000, pp. 695.

Carla Amado Gomes

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
carlamadogomes@fd.ul.pt

4725/07.1TBLRA.C1.S1	
Nº Convencional: Relator: Descritores:	2ª SECÇÃO PEREIRA DA SILVA ACTIVIDADE PERIGOSA
Data do Acordão: Votação: Texto Integral: Privacidade:	06-02-2014 UNANIMIDADE N 1
Meio Processual: Decisão: Área Temática:	REVISTA NEGADA DIREITO CIVIL - DIREITO DAS OBRIGAÇÕES / FONTES DAS OBRIGAÇÕES / RESPONSABILIDADE CIVIL.
Legislação Nacional:	CÓDIGO CIVIL (CC): - ARTIGO 493.º, N.º2.
Sumário :	<p>O conceito de actividade perigosa a que se reporta o art.º 493.º n.º 2 do CC é relativamente indeterminado, carecendo de preenchimento valorativo.</p> <p>A perigosidade de uma actividade, pela sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, deve ser aferida em função das concretas circunstâncias do caso.</p> <p>Lisboa, 6 de Fevereiro de 2014</p>

as) Joaquim Manuel
Cabral e Pereira da
Silva