



Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas

ICJP – 5 de Dezembro de 2012

Coordenação

Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo

Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas

ICJP – 5 de Dezembro de 2012

Coordenação

Carla Amado Gomes
Miguel Assis Raimundo

Edição:

INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

www.icjp.pt

Abril de 2013

ISBN: 978-989-97834-3-0



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa

e-mail: icjp@fd.ul.pt

Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas

Dia 5 de Dezembro

Coordenação: Prof.^a Doutora Carla Amado Gomes
e Prof. Doutor Miguel Assis Raimundo

1º Painel: 10H30/13H00

Responsabilidade civil extracontratual por actividades de regulação

Prof. Doutor Pedro Gonçalves

Ilícitude e presunções de culpa na responsabilidade pelo exercício da função administrativa

Prof.^a Doutora Alexandra Leitão

Cumulação de responsabilidades de várias funções do Estado

Prof. Doutor Miguel Assis Raimundo

Inconstitucionalidade e responsabilidade civil do Estado

Mestra Dinamene Freitas

2º Painel: 15H00/18H00

Responsabilidade civil extracontratual e danos de perda de chance

Prof.^a Doutora Vera Eiró

O direito de regresso

Mestre Diana Ettner

A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde por actos de prestação de cuidados de saúde

Mestra Cláudia Monge

Responsabilidade civil dos árbitros

Mestre Ricardo Pedro

Responsabilidade civil por riscos de civilização

Prof.^a Doutora Carla Amado Gomes

A Lei 67/2007 e os seguros de responsabilidade civil

Prof.^a Doutora Margarida Lima Rego

INDICE

Apresentação

Ilicitude e presunções de culpa na responsabilidade pelo exercício da função administrativa

Prof.ª Doutora Alexandra Leitão

Cumulação de responsabilidades de várias funções do Estado

Prof. Doutor Miguel Assis Raimundo

Responsabilidade civil extracontratual e danos de perda de chance

Prof.ª Doutora Vera Eiró

O direito de regresso

Mestre Diana Ettner

A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde por atos de prestação de cuidados de saúde

Mestre Cláudia Monge

Responsabilidade civil dos árbitros

Mestre Ricardo Pedro

Risco(s) de civilização, responsabilidades comunicacionais e irresponsabilidades residuais

Prof.ª Doutora Carla Amado Gomes

A Lei 67/2007 e os seguros de responsabilidade civil

Profª Doutora Margarida Lima Rego

Apresentação

A Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, em vigor desde 30 de Janeiro de 2008, e cedo cirurgicamente alterada pela Lei 31/2008, de 17 de Julho, aprovou o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas (e equiparadas). Em cinco anos de vigência, muitas têm sido as dúvidas levantadas a propósito das três (ou quatro?) vertentes responsabilizantes que cobre: administrativa, judicial, legislativa (e política?). A jurisprudência não é, por ora, significativa, em virtude de os novos casos ainda não terem passado da primeira instância, cabendo portanto, aos especialistas, académicos e práticos, sugerir e ensaiar soluções.

O colóquio do ICJP cujas Actas ora se publicam constituiu um momento de reflexão particularmente rico sobre um amplo leque de temáticas relativas à responsabilidade civil extracontratual pública. A perspectiva crítica dos oradores foi uma constante e teve resposta viva por parte da audiência, cujas observações enriqueceram o debate e deixaram lastro para indagações futuras. Agradecimentos são devidos a ambos, oradores e público, pelo sucesso do colóquio, que agora aqui fica inscrito nestas Actas para memória futura.

Um agradecimento especial à Dr^a Telma Oliveira, responsável pelo Secretariado do ICJP, pelo cuidado que sempre coloca nos detalhes da organização destes eventos.

Os coordenadores,

Carla Amado Gomes

Miguel Assis Raimundo

[Voltar ao índice](#)

[Voltar ao índice](#)

Ilícitude e presunções de culpa na responsabilidade pelo exercício da função administrativa

Alexandra Leitão

Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

1. O conceito de ilícitude no regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas Públicas; **2.** O conceito de culpa no regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas. Presunções de culpa, responsabilidade objetiva e relações internas entre entidades públicas;

1. O conceito de ilícitude no regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas Públicas

A ilícitude é definida no artigo 9.º no Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado (adiante designado abreviadamente RREE), aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. O n.º 1 do preceito assimila a ilícitude à ilegalidade (*“consideram-se ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinja regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado e de que resulte ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”*)¹.

O primeiro aspeto a salientar é que o legislador não distingue entre ilegalidade internas ou materiais e ilegalidades externas, procedimentais,

¹ Esta solução é semelhante à consagrada no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967. No n.º 2 do artigo 9.º do RREE, relativo ao funcionamento anormal do serviço, o padrão de conduta não é a violação de normas, mas sim a atuação abaixo dos padrões médios de resultado e de exigência razoável nas circunstâncias do caso concreto, *“um standard objetivo de funcionamento”* (a expressão é de VIEIRA DE ANDRADE, “A Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3951, pág. 366).

formais ou orgânicas. As primeiras afetam o conteúdo do ato jurídico, enquanto as segundas apenas inquinam aspetos externos do mesmo, relativos à competência do respectivo autor, às formalidades procedimentais e à própria forma². Estas últimas não impedem a prática de um novo ato com conteúdo idêntico, desde que não se repitam os mesmos vícios "externos". Por outras palavras: estes vícios não condicionam o conteúdo lesivo do ato, sendo discutível se o dano provocado na esfera jurídica do lesado lhes é imputável diretamente.

Alguma doutrina tem entendido que as ilegalidades meramente formais não preenchem, por isso, o conceito de ilicitude, mas apenas as ilegalidades das quais resultem violação de direitos ou interesses legalmente protegidos de terceiros³.

Neste sentido, estaria em causa um problema de causalidade adequada: se a Administração pode substituir o ato ilegal por um ato de conteúdo idêntico, isso consubstancia uma situação de relevância negativa da causa virtual, afastando o dever de indemnizar⁴.

Aparentemente, o legislador foi, pelo menos em parte, sensível a estes argumentos, uma vez que, apesar de equiparar ilegalidade e ilicitude, fez depender a verificação desta última da violação de disposições normativas e de regras técnicas ou deveres de cuidado, desde que "*resulte ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos*".

Não parece, no entanto, ser esta a melhor solução.

Em primeiro lugar, devido a um argumento estritamente literal, decorrente do disposto no artigo 128.º, n.º 1, alínea b), *in fine* do CPA. Este preceito, apesar de atribuir eficácia retroativa aos atos administrativos que dão execução a decisões judiciais, exclui essa retroatividade se os atos forem "renováveis", ou seja, se o seu conteúdo for repetível, o que acontece

² V. ESTÊVÃO NASCIMENTO DA CUNHA, *Ilegalidade externa do ato administrativo e responsabilidade civil da Administração*, Coimbra, 2010, págs. 160 e seguintes.

³ V. RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Atos Legislativos*, Coimbra, 1992, pág. 169, e MARGARIDA CORTEZ, "Responsabilidade civil da Administração Pública", in *Seminário Permanente de Direito Constitucional e Administrativo*, volume I, Braga, 1999, págs. 72 e seguintes.

⁴ V. RUI MEDEIROS, *op. cit.*, págs. 209 e 210.

exatamente quando o ato padece apenas de vícios externos. Isto retira relevância à causa virtual, pelo menos relativamente aos danos produzidos no período que decorre entre a prática do primeiro e do segundo atos.

Em segundo lugar, no plano axiológico, o princípio da legalidade impõe que todas as ilegalidades se traduzam numa atuação ilícita, enquanto conduta anti-jurídica e contrária ao Direito, não havendo nenhum valor ou princípio geral do direito administrativo que justifique afastar a ilicitude nesses casos.

Isso mesmo entendeu o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 154/2007, proferido no Processo n.º 65/02, de 2 de Março de 2007⁵, no qual decidiu *“julgar inconstitucional, por violação do princípio da responsabilidade extracontratual do Estado, consagrado no artigo 22º da Constituição, a norma constante do artigo 2º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967, interpretada no sentido de que um ato administrativo anulado por falta de fundamentação é insuscetível, absolutamente e em qualquer caso, de ser considerado um ato ilícito, para o efeito de poder fazer incorrer o Estado em responsabilidade civil extracontratual por ato ilícito”* (sublinhado nosso).

A argumentação do Tribunal Constitucional passa pela afirmação de que não é compatível com o artigo 22.º da CRP afastar-se a responsabilidade extracontratual do Estado com o fundamento de que não se verifica o pressuposto da ilicitude do ato quando está em causa um vício de falta de fundamentação (ou seja, um vício de natureza formal).

Efetivamente, se o objetivo do preceito constitucional é garantir que os particulares são ressarcidos pelos danos causados por atos ilegais praticados pelos titulares dos órgãos, funcionários e agentes do Estado e demais entidades públicas, essa função reparadora é posta em causa se se excluir a responsabilidade nestes casos.

No aresto não se afasta liminarmente a possibilidade de faltarem outros pressupostos da responsabilidade extracontratual, mas isso carece sempre de demonstração casuística e é independente da existência de ilicitude.

⁵ In www.tribunalconstitucional.pt.

De facto, a relevância do comportamento alternativo lícito – no caso, a renovação do ato com igual conteúdo – implicaria a demonstração cabal de que a Administração Pública atuaria da mesma forma sem aquele ilícito⁶. Por isso, a atuação administrativa posterior à anulação ou declaração de nulidade do ato não pode ser um fator determinante para indagar qual teria sido conteúdo do ato se a ilegalidade (externa) não tivesse ocorrido⁷.

Questão diversa é a de saber se há dever de indemnizar quando o ato administrativo não é declarado nulo ou anulado judicialmente, em virtude de se tratar da violação de uma formalidade não essencial, que não implique, por isso, a invalidade do ato administrativo. Trata-se de situações que se traduzem numa mera irregularidade, como acontece, por exemplo, com a violação do disposto no artigo 38.º do Código do Procedimento Administrativo (adiante designado abreviadamente CPA). A doutrina não é unânime quanto à ilicitude destes atos administrativos para efeitos de fazer incorrer a Administração em responsabilidade⁸.

Na minha opinião, e sem prejuízo de ulterior análise, a verdade é que se a própria ordem jurídica entendeu não cominar estas ilegalidades com um desvalor que afecte a eficácia dos atos administrativos que delas padecem, torna-se difícil justificar que essa atuação comporte uma conduta ilícita. Trata-se, ainda assim, de matéria de grande complexidade, até porque, no contencioso administrativo, obter a declaração de nulidade ou anulação judicial do ato administrativo não é um pressuposto necessário da ação de responsabilidade extracontratual, atendendo ao disposto no n.º 1 do artigo

⁶ Como salienta ESTÊVÃO NASCIMENTO DA CUNHA, *op. cit.*, págs. 399 e 400.

⁷ Aparentemente em sentido diverso, v. a declaração de voto do Conselheiro Vítor Gomes no Acórdão n.º 154/2007, acima referido, nos termos da qual, apesar de acompanhar o sentido do aresto, esclareceu que “o artigo 22.º da Constituição não impede que, independentemente do que a lei ordinária disponha quanto à eficácia retroativa dos atos renovadores de atos contenciosamente anulados, se atribua relevância excludente da indemnização à “conduta alternativa lícita” da Administração, mesmo quanto aos efeitos produzidos *medio tempore*”.

⁸ CARLOS CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra, 2008, pág. 152, defende que essas situações, bem como as ilegalidades sanáveis, não relevam para a ilicitude. Pelo contrário, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª edição, Lisboa, 2009, pág. 188, consideram, que os atos administrativos irregulares são ilegais e, como tal, ilícitos para efeitos de responsabilidade disciplinar e civil, o que acarreta uma diminuição da sua força tituladora.

38.º do CPTA. Sempre se diga, contudo, que o juízo que o tribunal efetua em sede de apreciação incidental ao abrigo deste preceito tem como pressuposto que o ato, caso ainda pudesse ser impugnado, seria, efetivamente, declarado nulo ou anulável, o que não aconteceria se estivesse inquinado com um vício gerador de mera irregularidade.

Finalmente, a exigência de que a ilegalidade ofenda direitos ou interesses legalmente protegidos para ser equiparada à ilicitude pode traduzir-se, na prática, na confusão entre ilicitude e dano.

Como refere VIEIRA DE ANDRADE, a violação de normas, jurídicas ou técnicas, corresponde a uma “*ilicitude de conduta*” e a violação de direitos e interesses a uma “*ilicitude de resultado*”⁹, sendo que esta última acaba, por sua vez, por se confundir com a própria ideia de dano. A demonstração de que a atuação administrativa implicou a ofensa de posições jurídicas subjectivas de terceiros equivale, na prática, à verificação da existência de um dano na respectiva esfera jurídica¹⁰. Ora, uma ilegalidade que não provoque danos não deixa de ser ilícita, falta é esse outro pressuposto da responsabilidade extracontratual.

É verdade que a jurisprudência dos tribunais administrativos tem sido constante no sentido de exigir a violação de direitos ou interesses alheios para que haja ilicitude, não considerando suficiente que se verifique qualquer ilegalidade para que daí decorra uma obrigação indemnizatória¹¹. Contudo, esse entendimento tem de ser compatibilizado em cada caso concreto com a necessidade de proceder a uma interpretação conforme à Constituição, à luz da garantia de ressarcimento que resulta da doutrina expendida no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 154/2007, acima citado, atendendo a que nem

⁹ V. VIEIRA DE ANDRADE, “A Responsabilidade...”, *cit*, pág. 365.

¹⁰ LUÍS CABRAL DE MONCADA, “A Responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Volume II, obra coletiva, Coimbra, 2006, pág. 52, trata este inciso final, relativo à ofensa de direitos e interesses, como uma questão que tem a ver com o dano e não com a ilicitude.

¹¹ V. o Acórdão do STA de 9 de Julho de 2009, proferido no Processo n.º 0921/08, o Acórdão do STA de 23 de Setembro de 2009, proferido no Processo n.º 01119/08, e o Acórdão do STA de 27 de Janeiro de 2010, proferido no Processo n.º 0358/09, todos in www.dgsi.pt.

todas as ilegalidades externas correspondem, necessariamente, à violação de direitos e interesses protegidos.

Uma última questão a propósito da definição de ilicitude do n.º 1 do artigo 9.º do RREE prende-se com a ausência de uma menção ao Direito da União Europeia enquanto parâmetro de atuação administrativa. Vários Autores têm estranhado a completa insensibilidade desta lei ao Direito da União Europeia¹², exceto na redação do n.º 2 do artigo 7.º introduzida pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho. A remissão para os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário resulta da necessidade de dar execução a uma sentença do TJUE através do qual este Tribunal condenou o Estado português por violação da Directiva “Recursos”¹³ (Acórdão de 14 de outubro de 2004, proferido no Processo n.º C-275/03¹⁴).

Na minha opinião, a referência expressa ao Direito da União Europeia é dispensável se tivermos em atenção que essas normas fazem parte integrante da ordem jurídica nacional e, portanto, do bloco de legalidade que serve de parâmetro à atuação administrativa para efeito de verificação de uma ilegalidade e conseqüente ilicitude¹⁵.

Sendo assim, a alteração introduzida no n.º 2 do artigo 7.º pode afigurar-se até contraproducente, por permitir uma interpretação “*a contrario sensu*”, segundo a qual nos restantes casos as regras de Direito da União Europeia não são aplicáveis¹⁶.

¹² V. CARLA AMADO GOMES, “O livro das ilusões. A responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário, apesar da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro”, in *Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, Lisboa, 2010, págs. 206 e seguintes, embora concluindo que o recurso ao reenvio prejudicial e ao conjunto do ordenamento jurídico permite colmatar essa falha, e MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, “Influência do Direito da União Europeia nos regimes da responsabilidade pública”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 88, 2011, pág. 11.

¹³ Directiva n.º 89/665, do Conselho, de 21 de dezembro de 1989.

¹⁴ In <http://www.europa.eu.int>.

¹⁵ Neste sentido, v. VIEIRA DE ANDRADE, *A Responsabilidade...*, cit., pág. 365.

¹⁶ Como realça HELOÍSA OLIVEIRA, “Jurisprudência comunitária e regime jurídico da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas – influência, omissão e desconformidade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, volume IV, Coimbra, 2010, pág. 626.

2. O conceito de culpa no regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas. Presunções de culpa, responsabilidade objetiva e relações internas entre entidades públicas

A culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes está definida, por sua vez, no n.º 1 do artigo 10.º do RREE, determinando este preceito que a mesma deve ser aferida à luz da *“diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor”*. A adoção de um critério de culpa específico da responsabilidade pelo exercício da função administrativa, que não se limita a remeter para a *“diligência do bom pai de família”* a que se refere o n.º 2 do artigo 487.º do Código Civil (adiante designado CC), afigura-se uma solução correta, permitindo que a densificação do conceito se opere a partir de outras disposições de direito administrativo, por exemplo, as relativas aos deveres dos funcionários e agentes da Administração Pública.

O n.º 2 do artigo 10º estabelece uma presunção de culpa leve quando haja ilicitude na prática de atos jurídicos¹⁷. Trata-se de uma presunção *“juris tantum”*, que se traduz numa inversão do ónus da prova, nos termos do n.º 1 do artigo 487.º e do n.º 1 do artigo 344.º do CC. Como tal, pode ser duplamente ilidida: pode demonstrar-se que há culpa grave ou dolo, ou que não houve nenhuma culpa devido, por exemplo, à ambiguidade do quadro legal aplicável, à proliferação de legislação extravagante, à existência de divergência jurisprudencial e doutrinária sobre a questão, ou, simplesmente, à necessidade de cumprir um comando normativo inconstitucional¹⁸.

¹⁷ Como havia sido preconizado antes da reforma, por exemplo, por MARGARIDA CORTEZ, “Contributo para uma reforma da lei da responsabilidade civil da Administração”, in *Responsabilidade civil extracontratual do Estado. Trabalhos preparatórios da reforma*, obra coletiva, Coimbra, 2002, pág. 261. CARLA AMADO GOMES, “A responsabilidade civil extracontratual da Administração por facto ilícito. Reflexões avulsas sobre o novo regime da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro”, in *Textos dispersos sobre Direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, Lisboa, 2010, págs. 60 e 61, crítica esta imputabilidade genérica por faltas leves, que pode levar à paralisia da Administração Pública por medo do erro, preconizando que nestes casos só haveria indemnização se o dano provocado fosse especial e anormal, o que não seria, segundo a Autora, inconstitucional à luz do artigo 22.º da CRP, na medida em que este preceito tem de ser compatibilizado com outros valores, designadamente, com o próprio funcionamento da máquina administrativa, que actua para o interesse da comunidade.

¹⁸ V. VIEIRA DE ANDRADE, *A Responsabilidade...*, cit., pág. 367 e CARLOS CADILHA, *Regime ...*, cit., pág. 167. Quanto às causas de exclusão de culpa na responsabilidade da Administração, v.

Sem prejuízo de esta solução legislativa configurar uma clara objetivização da responsabilidade administrativa¹⁹ – o que é, na minha opinião, uma decorrência da especial natureza da responsabilidade pública –, não deixa de merecer alguns reparos.

Efetivamente, quando está em causa a prática de um ato jurídico ilícito, designadamente um ato administrativo ilegal, tem de se considerar irrelevante que o titular do órgão, o funcionário ou o agente autor do ato estivesse ou não convencido da validade do mesmo, sob pena de se pôr em causa a garantia de reparação de danos que o artigo 22.º da CRP pretende assegurar.

Ora, afastar a obrigação de indemnizar por falta de culpa afeta negativamente essa garantia e, em última análise, o próprio princípio da legalidade. A total sujeição da Administração Pública ao bloco de legalidade tem também uma dimensão garantística que fundamenta a função reparadora do instituto da responsabilidade.

Por isso, como já defendi antes²⁰, parece-me que deveria ser consagrada ou uma presunção inilidível de culpa leve decorrente da prática de atos jurídicos ilícitos – sem prejuízo da possibilidade de se demonstrar a existência de culpa grave ou dolo -, ou mesmo prescindir-se completamente da culpa nestes casos, admitindo que se trata de responsabilidade objetiva e não subjetiva. No primeiro caso, poderia haver direito de regresso sobre os titulares dos órgãos, funcionários ou agentes se se comprovasse que atuaram com culpa grave ou dolo.

Por outro lado, a circunstância de a responsabilidade externa da Administração, perante o particular, ser objetiva ou resultar de uma presunção inilidível não afasta a possibilidade de, no plano *interno*, o órgão administrativo

PAULO OTERO, "Causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, volume II, Coimbra, 2010, págs. 976 e seguintes.

¹⁹ VIEIRA DE ANDRADE, "Panorama geral do Direito da responsabilidade "civil", in *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*, Madrid, 1999, págs. 44 e 45, salientava, já em 1999, que na responsabilidade da Administração ocorre uma desvalorização da culpa como censura ético-comportamental, subordinando-a à ideia de ilicitude.

²⁰ V. ALEXANDRA LEITÃO, "Duas questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (f)atos ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa: da responsabilidade civil à responsabilidade pública. Ilícitude e presunção de culpa", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coimbra, 2012, pág. 57.

poder demonstrar que a ilegalidade (ilicitude) do ato que praticou se deveu a factos imputáveis a outra entidade pública. Nesses casos, o órgão que praticou o ato lesivo teria que indemnizar o particular, mas teria direito a ser compensado pela entidade que, pela sua atuação a *montante*, deu azo à situação.

Por outras palavras: se um órgão da Administração tiver praticado um ato inválido em virtude da existência de um quadro legal ambíguo, complexo ou lacunar, pode invocar essa circunstância não para deixar de ressarcir o particular pelos danos sofridos, mas para, por sua vez, exercer uma espécie de direito de regresso junto dos(s) órgão(s) legislativo(s).

A solução não é, no fundo, muito diferente da relação que existe entre a Administração e o seu funcionário ou agente quando estes atuam com dolo ou negligência grave.

Outra hipótese seria considerar ilidida a presunção do artigo 10.º, n.º 2, o que afastaria o dever de indemnizar por parte do órgão administrativo, e remeter o particular lesado para a responsabilidade por ato da função legislativa.

No entanto, esta solução pode acarretar uma desproteção inaceitável dos particulares.

É que os pressupostos da responsabilidade por ato da função legislativa são muito mais restritivos, implicando, desde logo, que a norma legal já tenha sido declarada inconstitucional ou objeto de desaplicação com esse fundamento, nos termos do artigo 15.º, n.º 2, do RREE.

Mais: o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República já considerou, em Parecer homologado e publicado no *Diário da República*²¹, que a figura da imunidade dos Deputados implica, necessariamente, a irresponsabilidade da Assembleia da República pela aprovação de um diploma legal e que, por isso, relativamente aos danos causados pelo exercício da função legislativa, a responsabilidade é *exclusiva* do Estado ou das regiões autónomas.

²¹ II série, n.º 46, de 7 de março de 2011.

Isto significa que se o particular lesado demandar uma entidade administrativa pela prática de atos administrativos ilícitos e a presunção de culpa for ilidida no sentido de afastar a responsabilidade dessa entidade, tão pouco será o órgão legislativo a responder em termos de responsabilidade civil extracontratual.

Efetivamente, sendo ilidida a presunção de culpa, não existiria responsabilidade pelo exercício da função administrativa e, por sua vez, o Estado legislador poderia não ser responsável por faltarem os pressupostos específicos daquele tipo de responsabilidade. E esse é o resultado que não parece admissível à luz do artigo 22.º da Constituição e dos princípios gerais do Direito, designadamente, o da proteção dos direitos dos particulares.

Ora, é preciso ter presente que o direito ao ressarcimento por danos causados por ações ou omissões da Administração Pública é um direito fundamental, o que significa que as limitações ou exclusões da responsabilidade são restrições a um direito fundamental e estão, por isso, sujeitas a um regime particularmente restritivo e exigente (GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA)²².

Também JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS acentuam o carácter restritivo das normas que limitem ou restrinjam o direito ao ressarcimento dos particulares lesados por atuações dos entes público, e, embora refiram que “[O] legislador pode, pois, densificar os pressupostos da obrigação de indemnizar e o regime da responsabilidade, cabendo-lhe designadamente delimitar o conceito de ilicitude relevante e esclarecer em que medida uma ideia de culpa – entendida, evidentemente, numa aceção normativa e não psicológica – constitui pressuposto da responsabilidade”²³, não deixam de salientar a natureza normativa e não psicológica de uma ideia de culpa relevante.

No caso, por exemplo, de ser duvidoso o quadro legal aplicável, o que está em causa é ainda a ilicitude do ato administrativo e os tribunais decidirão se é

²² Como salientam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4ª ed., Coimbra, 2007, págs. 437 e 438, embora sem referir a questão da responsabilidade objetiva ou subjetiva.

²³ V. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra, 2010, pág. 480.

ilegal ou não. E, sendo o ato ilegal, a possibilidade de afastar a culpa e, conseqüentemente, o dever de indemnizar, acaba por desproteger o lesado, ao arrepio do disposto no artigo 22.º da CRP.

Está sempre em causa, no mínimo, um funcionamento anormal generalizado dos poderes públicos, que contribui, em termos de concausalidade, para a produção de um dano na esfera jurídica do particular, pelo que se impõe, em primeira linha, o ressarcimento deste, sem prejuízo dos eventuais “acertos de contas” internos a que haja lugar entre entidades públicas.

Ora, a indemnização só pode ser devida a título de responsabilidade por ato ilícito, porquanto a indemnização pelo sacrifício afigura-se impossível de aplicar nestas situações, por duas razões: primeiro, porque há um ato ilícito; segundo, porque essa figura pressupõe que o lesado tenha sofrido um dano especial e anormal (artigo 16.º do RREE).

Além disso, a responsabilidade objetiva em caso de ato jurídico ilegal e ilícito é uma solução mais próxima do Direito da União Europeia, podendo colocar-se a questão de saber se o estabelecimento de uma responsabilidade subjetiva, ainda que com presunção de culpa leve, não viola mesmo o Direito da União Europeia. Há doutrina que considera que sim²⁴, e outros Autores que entendem que a presunção basta para aligeirar o ónus que recai sobre o lesado para efetivar a responsabilidade da Administração²⁵.

De facto, é duvidoso que a possibilidade de a presunção ser ilidida não viole o conceito de “*violação suficientemente caracterizada*” que a jurisprudência do TJUE tem vindo a afirmar, designadamente a partir do Acórdão “*Brasserie du Pêcheur*”²⁶ e, no caso da responsabilidade por danos ocorridos no procedimento de formação de contratos públicos, é evidente

²⁴ MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, “A Proposta de Lei n.º 56/X em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: Notas breves à luz do Direito da União Europeia, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Volume II, obra coletiva, Coimbra, 2006, pág. 247 e, mais recentemente, *Influência do Direito da União Europeia nos regimes da responsabilidade pública*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 88, 2011, págs. 11 e 12.

²⁵ V. HELOÍSA OLIVEIRA, *op. cit.*, págs 623 e 623.

²⁶ Acórdão de 5 de Março de 1996, proferido nos Processos apensos n.ºs C-46/93 e C-48/93, in <http://eur-lex.europa.eu>.

que a responsabilidade tem de ser objetiva, atendendo ao regime consagrado na Diretiva “Recursos”²⁷.

No Acórdão “*Hedley Lomas*”²⁸, o TJUE remeteu para o direito nacional a definição dos termos em que a responsabilidade se efetiva, desde que estes não sejam menos favoráveis do que aqueles que são aplicáveis a reclamações semelhantes de natureza interna e, independentemente disso, não tornem impossível na prática ou excessivamente difícil a obtenção da reparação (princípio da efetividade)²⁹.

O enquadramento jurídico-comunitário não é, contudo, o único argumento. Concorrem para este entendimento outros fatores.

Em primeiro lugar, verifica-se uma objetivização da responsabilidade da Administração Pública como decorrência lógica da procedimentalização da formação da vontade das entidades administrativas³⁰.

Por outro lado, a consagração da figura do funcionamento anormal do serviço, que prescinde da culpa, nos termos dos n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º do RREE³¹, releva a incoerência que decorre de uma solução que admite que o lesado seja menos protegido quando o autor do dano é um sujeito identificável do que quando resulta do funcionamento anormal do serviço.

²⁷ V. MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, “O Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas e o Direito da União Europeia”, Coimbra, 2009, pág. 54.

²⁸ Acórdão do TJUE de 23 de Maio de 1996, proferido no Processo n.º C-5/94, in <http://eur-lex.europa.eu>

²⁹ Sobre este princípio, v. ALEXANDRA LEITÃO, O princípio da efetividade do Direito Comunitário: Comentário ao Acórdão do TJUE “*Recheio-Cash & Carry, SA*”, de 17 de Junho de 2004, Processo C-30/02, in *20 Anos de Jurisprudência da União sobre casos portugueses. O que fica do diálogo entre os juízes portugueses e o Tribunal de Justiça da União Europeia*, obra coletiva, Lisboa, 2011, págs. 233 e seguintes. Cabe, assim, aos Estados proporcionar a “*infraestrutura normativa*” (a expressão é de SÉRVULO CORREIA, “Efetividade e limitações do sistema português de aplicação impositiva do Direito da Concorrência através de meios processuais administrativos e civis”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, volume II, Coimbra, 2008, pág. 1777) de natureza procedimental, processual e substantiva, para que as situações subjetivas constituídas à luz do direito comunitário recebam uma tutela eficaz e adequada.

³⁰ Incluindo no conceito de “entidade administrativa” também os privados que exercem a função administrativa, que estão igualmente adstritos a vinculações jurídico-públicas de natureza procedimental.

³¹ O disposto neste preceito é qualificado como ilicitude e não como culpa (artigo 9.º, n.º 2, do RREE). Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, “A Responsabilidade...”, *cit.*, pág. 363 considera mais adequada a expressão “funcionamento anormal do serviço” em detrimento de “culpa do serviço”, na medida em que nestes casos não existe verdadeiramente culpa, tratando-se, quando muito, de um conceito impróprio de “culpa anónima”.

Finalmente – e acima de tudo – a objetivização da responsabilidade da Administração decorre do estrito respeito pelo princípio da legalidade, uma vez que, como salienta PEDRO MACHETE “se o facto lesivo [praticado pela AP] também é ilícito, isso significa necessariamente que os serviços administrativos não funcionaram como deviam (...) Daí ser compreensível que no caso da Administração – caracterizada por uma função específica e regendo-se por uma legalidade própria – a questão da culpa tenda a esbater-se ou a objetivar-se”³². Por isso, o Autor defende uma presunção inilidível de culpa leve³³.

Como referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a localização constitucional do instituto da responsabilidade das entidades públicas, no artigo 22.º da CRP, significa que ele “não transporta apenas uma lógica indemnizatória-ressarcitória decalcada da responsabilidade do direito civil. A responsabilidade conexas-se, desde logo, com outros princípios jurídico-constitucionalmente estruturantes, como o princípio do Estado de Direito, o princípio da constitucionalidade e o princípio da legalidade”³⁴.

Os conceitos de ilicitude e de culpa, tal como estão consagrados no RREE, estão, contudo, ainda um pouco “presos” aos conceitos civilistas, sendo que as considerações aqui tecidas visam lançar a discussão sobre estes dois aspetos num momento em que já passaram três anos sobre a entrada em vigor da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, e justifica-se, por isso, repensar algumas das soluções aí consagradas.

[voltar ao início do texto](#)

³² V. PEDRO MACHETE, “A responsabilidade da Administração por facto ilícito e as novas regras de repartição do ónus da prova, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, 2008, pág. 34.

³³ Cfr. PEDRO MACHETE, *op. cit.*, pág. 38.

³⁴ V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pág. 425.

[Voltar ao índice](#)

Concurso de imputações por actos de diferentes funções do Estado

Miguel Assis Raimundo

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Advogado

1. O pretexto da interrogação: alguns casos difíceis **2.** Diferenciação de regimes de acordo com o critério da separação de funções **3.** Ausência de critério geral explícito de relacionamento entre os diversos regimes **4.** A ocorrência de casos nos quais as actividades de diversas funções concorrem para o resultado danoso **5.** O problema de articulação **6.** A insuficiência de uma perspectiva “demasiado separada” da separação de poderes **7.** O movimento de relativização da separação de poderes 7.1. Em geral 7.2. No direito da responsabilidade 7.2.1. Na responsabilidade por violação do direito comunitário 7.2.2. Na responsabilidade por violação de direitos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem 7.2.3. Na responsabilidade por facto lícito do RREE **8.** O enriquecimento dogmático do direito da responsabilidade civil 8.1. Desenvolvimento do tema da multicausalidade 8.2. Responsabilidade contratual e extracontratual **9.** A configuração e o regime do concurso de responsabilidades por actos de diferentes funções 9.1. A dimensão substantiva 9.2. A dimensão processual 9.2.1. Em geral 9.2.2. Competência em razão da hierarquia 9.2.3. Concurso envolvendo outras jurisdições

“Não há venenos, apenas doses venenosas.”

Paracelso

1. O pretexto da interrogação: alguns casos difíceis

Imaginemos – ou se calhar, não precisamos de imaginar – os seguintes casos:

Caso I:

Num procedimento pré-contratual, um concorrente vencido impugna contenciosamente a decisão de adjudicação.

A entidade adjudicante não celebra o contrato com o adjudicatário, por entender que a impugnação contenciosa da adjudicação tem efeito suspensivo automático desse acto.

Sobre essa questão, há forte ambiguidade quanto ao enquadramento jurídico da questão: há atraso na transposição de directiva europeia sobre a matéria; as normas nacionais (do CPTA) não são claras sobre o efeito suspensivo neste caso; os tribunais superiores dividem-se sobre as várias dimensões da questão (quer sobre a existência de efeito directo das disposições pertinentes da directiva, quer sobre a interpretação a dar às normas nacionais).

Por fim, o tribunal administrativo profere decisão na qual declara improcedente a impugnação e considera que a mesma não suspendia o dever de celebrar o contrato; profere contudo essa decisão muito para lá dos prazos previstos na lei para o efeito (mas dentro do habitual em tais casos), o que leva a que entretanto passe o prazo de execução do contrato previsto nas peças procedimentais.

Caso II:

Uma entidade administrativa, convencida de que certo terreno é do domínio público marítimo, inicia lá uma obra;

Um particular propõe, num tribunal administrativo, providência cautelar de embargo de obra nova, mas o tribunal julga-se incompetente por considerar que está em causa uma questão de propriedade, da competência dos tribunais comuns; estes, porém, julgam-se também incompetentes, por entenderem que está em causa o exercício de um poder de direito público (o poder de realizar obras públicas);

A competência é deferida pelo Tribunal de Conflitos à jurisdição administrativa, que vem a entender que a obra é ilegal, por o terreno ser privado, já que a linha de preia-mar (utilizada pela lei, neste caso, como critério da dominialidade) retrocedeu desde a última demarcação do domínio público face ao prédio particular em questão.

Caso III

Um agente de órgão policial falsifica grosseiramente indícios para permitir a imputação de um crime a um determinado sujeito;

O magistrado do Ministério Público responsável pelo processo deveria ter-se apercebido de tal falsificação, que era evidente para qualquer leigo, mas ainda assim deduz acusação;

O tribunal que julga o pedido de prisão preventiva, bem como o tribunal de julgamento, também não se apercebem da referida falsificação de prova e, respectivamente, deferem a prisão preventiva e condenam o arguido, condenação que vem a ser revertida pelo tribunal de recurso, precisamente com fundamento na inexistência das “provas” existentes.

Os casos referidos têm, obviamente, múltiplos aspectos de interesse do ponto de vista jurídico. Aqui, no entanto, interessa-nos apenas explorar um deles: o problema do regime jurídico aplicável ao ressarcimento de danos sofridos pelos particulares afectados por esta sucessão de acontecimentos. Se, como veremos, há regimes diferentes consoante as funções do Estado que causam o dano, como é que os mesmos se articulam, nos planos jurídicos relevantes – o plano substantivo e o plano processual – perante situações de facto nas quais ocorra uma ligação causal entre o(s) dano(s) e as actividades danosas provenientes de diversas funções do Estado?

O isolamento deste problema como tal parte, claro, de pressupostos e pré-compreensões. Porque estes podem ser erróneos, é fundamental enunciá-los, já que outros podem, no limite, denunciar esse carácter erróneo, desse modo refutando que aqui exista, sequer, um problema – e há poucas coisas piores e mais improdutivas do que um falso problema.

2. Diferenciação de regimes de acordo com o critério da separação de funções

O primeiro pressuposto de que se parte é o de que o sistema de responsabilidade civil pública por danos causados aos particulares se organiza, hoje, de acordo com uma separação de regimes correspondentes

às diferentes funções do Estado – administrativa, político-legislativa ou legislativa, e jurisdicional.

A essa separação de regimes de acordo com um critério funcional está associada uma consequência, que é a da *diferença* dos mesmos regimes entre si, em aspectos fundamentais, que vão desde os pressupostos da obrigação de indemnizar até ao *quantum* dos danos a indemnizar, passando pela diferente configuração das relações entre devedores e do direito de regresso.

Este pressuposto (ou conjunto de pressupostos interrelacionados) parece-nos difícil de refutar, à luz do direito vigente, neste caso, do Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado (RREE)¹.

3. Ausência de critério geral explícito de relacionamento entre os diversos regimes

Também difícil de refutar nos parece ser o segundo pressuposto: o de que o direito vigente, à primeira vista, não parece oferecer qualquer critério explícito de natureza geral que *relacione entre si* os diversos regimes de responsabilidade das diversas funções do Estado, isto é, que permita compreender como é que tais regimes funcionam em conjunto (se é que funcionam).

Isso não quer dizer que não existam elementos sistemáticos relevantes a partir dos quais se pode procurar construir esse critério, como se verá.

4. A ocorrência de casos nos quais as actividades de diversas funções concorrem para o resultado danoso

O terceiro pressuposto já não resulta, como os anteriores, de uma consideração abstracta do regime da responsabilidade civil pública, mas sim da atenção aos elementos específicos dos exemplos acima apresentados.

Esse pressuposto é o de que em muitas situações, considerada globalmente a relação jurídica em questão, é difícil isolar uma das funções do Estado como única “responsável” pelos danos sofridos pelo particular.

¹ Aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, com as alterações resultantes da Lei 31/2008, de 17 de Julho.

Quer dizer: o ponto de partida implícito da separação de regimes de responsabilidade de acordo com a função do Estado (*lato sensu*) que origine os danos – o de que essa separação em concreto não só é possível, como é fácil – fica em cheque em casos como aqueles que acima se enunciou, nos quais o dano não parece poder com facilidade ser separado de uma actuação *conjunta* de diversos agentes públicos (em sentido amplo).

O que está em causa em tais situações são, antes, processos causais complexos, facilmente apreensíveis e muito expressivos, se se adoptar uma perspectiva sintética, todavia difíceis ou impossíveis de compreender de um ponto de vista estritamente analítico.

Explicando melhor o que queremos dizer: o nosso ponto de vista é o de que numa perspectiva de senso comum, ninguém que analise os casos hipotéticos acima descritos poderá deixar de considerar que “o Estado” agiu mal, e agiu mal de diversas maneiras; e que foi essa acção errada “do Estado”, essa incapacidade “do Estado” para dar resposta às necessidades diferentes, mas *complementares*, que um particular tem para fazer valer eficazmente os seus direitos (a necessidade de um legislador que legisle com qualidade e completude; de uma administração que actue bem e depressa; e de um tribunal que julgue bem e em tempo útil), que levou a que o particular tivesse sofrido os danos. Mais: em muitos casos pode afirmar-se que, pelo menos de acordo com as regras da experiência comum, foi não tanto a acção isolada, mas sobretudo a *combinação* de diversas acções, reveladoras de um mau funcionamento “geral” dos agentes “públicos” intervenientes, que levou à desprotecção dos direitos do lesado.

Na verdade, aquilo que porventura o legislador do RREE terá imaginado como hipóteses, mais do que separadas, verdadeiramente *alternativas* – um determinado dano é produzido *ou* pela função administrativa, *ou* pela função político-legislativa, *ou* pela função jurisdicional – está, aparentemente, confundido, nos casos que acima foram referidos.

5. O problema de articulação

Assim, para nós, o confronto do direito vigente com as hipóteses factuais acima descritas revela aquilo a que poderemos chamar um *problema de articulação*. Há, com efeito, em nosso entender, casos (situações de facto)

cuja solução jurídica adequada *reclama* o tal critério de articulação entre regimes de responsabilidade que o legislador não apresenta de forma explícita.

É escusado sublinhar que ao dizer que a articulação se coloca como problema, se toma desde já posição (susceptível de crítica) no sentido de que, como princípio, é *desejável* que haja uma articulação, isto é, se rejeita que seja dogmaticamente adequado tratar de forma completamente autónoma e não relacionada a (eventual) responsabilidade de cada uma das “funções”², em casos como aqueles que acima elencámos.

Na realidade, pensamos que o tratamento autónomo das questões relativas às diferentes funções do Estado poderia levar, em certos casos, a fenómenos de distorção da factualidade subjacente e à desprotecção, parcial ou total, dos interesses do lesado, o que se prende com a já mencionada dificuldade de decomposição analítica dos elementos do processo causal.

Pior: considerada a situação de facto de acordo com critérios estritos de diferenciação de funções do Estado, onde cada função seja concebida como um “universo alheio” em relação à(s) outra(s), a actuação das diferentes funções do Estado pode porventura até ser invocada pelos diferentes intervenientes (públicos) para afastar ou atenuar a sua responsabilidade.

Assim, por exemplo, numa situação como a do Caso I acima enunciado, em eventual acção por demora na administração da justiça e/ou erro judiciário, ou por omissão ou ambiguidade legislativa, poderia dizer-se que a actuação da administração é que foi determinante para a causação do dano, por exemplo porque a administração deveria ter identificado a solução juridicamente mais adequada, independentemente de eventuais ambiguidades ou divergências interpretativas sobre o direito aplicável. Mas em acção por responsabilidade por exercício da função administrativa, inversamente, poderia a administração defender-se dizendo que havia ambiguidade e dúvidas sérias sobre o direito vigente e que, como tal, a sua conduta, que seguiu uma das interpretações que à data dos factos eram

² As aspas justificam-se porquanto obviamente não se imputa responsabilidade a “funções”, mas a pessoas (ou a patrimónios). Quando responde o poder legislativo ou o poder jurisdicional, quem responde é sempre a mesma pessoa/património (o Estado). Contudo, pelas razões referidas no texto, é justificável, para efeitos de estudo, utilizar a facilidade de expressão que se traduz na ideia de “função responsável”.

aceites na doutrina e na jurisprudência, não merece qualquer censura – linha de defesa esta que tem sido considerada pela nossa doutrina como permitindo o afastamento da presunção de culpa que acompanha os actos ilegais³. Ou então – hipótese mais plausível nos tempos que correm – a mesma Administração, através do Governo, poderia afirmar não ter meios financeiros para agir, devido à actuação do Parlamento, que havia rejeitado a proposta governamental de aprovação de uma dotação orçamental suficiente⁴.

Além disso, como já se disse, são perfeitamente concebíveis situações nas quais, consideradas isoladamente, as intervenções activas ou omissivas das diversas funções do Estado não teriam, porventura, “força” suficiente para estabelecer um nexo causal susceptível de constituir o Estado em responsabilidade, mas que consideradas em conjunto, o são (casos designados na doutrina como de “concurso necessário” de causas⁵ ou “causalidade cumulativa”⁶, e na jurisprudência tratados habitualmente, com ou sem autonomia, sob as designações de “concurso real de causas”⁷ ou “concurso de causas adequadas”⁸).

A reflexão e experiência mais recentes têm-nos levado a pensar, em particular, nos efeitos *potenciadores de danos* que podem ser assacados a leis

³ Neste sentido, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova Lei sobre Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entes Públicos”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, **ano 137.º**, (3946-3951), 2007-2008, pp. 360 ss., 367; CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas anotado*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, 202, que escreve: “[e] não será sequer difícil conceber algumas circunstâncias desculpabilizantes da ilegalidade: sistema legislativo imperfeito; proliferação de legislação extravagante; prolixidade das disposições legais aplicáveis; divergência na jurisprudência sobre a mesma questão jurídica; inflexão do entendimento jurisprudencial após a prolação do acto administrativo impugnado”. A mesma interpretação do regime é feita, *de jure condito*, por ALEXANDRA LEITÃO, “Duas questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (f)actos ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa: da responsabilidade civil à responsabilidade pública. Ilícitude e presunção de culpa”, in AA/VV, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. IV - Direito Administrativo e Justiça Administrativa, Lisboa, 2012, pp. 43 ss., 56, embora a autora teça em seguida fortes críticas a esse regime (e coloque em causa a sua conformidade com o direito europeu, no que diz respeito à responsabilidade por violação do mesmo).

⁴ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da responsabilidade civil...* cit., 165; afirmando-se crítica da posição deste Autor, ANA PEREIRA DE SOUSA, “A culpa do serviço no exercício da função administrativa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, **ano 72**, (I), 2012, pp. 335 ss., 355, que, no entanto, nos parece chegar a uma posição muito semelhante.

⁵ É a terminologia de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. II - *Direito das Obrigações* - tomo III - *Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 2010, 739 e de boa parte da doutrina nacional.

⁶ Na expressão de ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, Coimbra: Almedina, 2007, 102.

⁷ Por exemplo, RPT 16-12-2009 (Henrique Antunes), proc. 2866/07.4TBMAI.P1.

⁸ Por exemplo, RPT 26-06-2012 (Márcia Portela), proc. 506/07.0TBSJM.P1.

que actualmente são tanto mais abundantes em número como em obscuridade. Os juristas nacionais, que já a muito custo acompanhavam o Diário da República, nunca pensaram em assistir, por exemplo, a uma declaração de rectificação que rectifica... outra declaração de rectificação; mas isso é hoje prática corrente entre nós⁹.

Tais situações poderiam ser tratadas apenas como *fait divers*; e na maior parte dos casos, supomos que as suas consequências são inócuas. Porém, elas são como que um anúncio (algo anedótico) das inúmeras e reais "patologias normativas" do "direito pós-moderno"¹⁰, um direito no qual se verifica uma verdadeira "explosão normativa"¹¹ a qual, combinada com as crescentes ambiguidade e tecnicidade das normas¹², opera uma erosão de consequências dramáticas na capacidade que mesmo os profissionais têm de responder a uma pergunta tão simples como: que norma está em vigor¹³? É óbvio que a incerteza é inerente ao exercício do juízo jurídico, mas também é verdade que é possível formular normas com mais ou menos clareza e perfeição; esta incerteza — em particular, a que decorre da perfeição das normas — é, por isso, susceptível de alguma medida de controlo¹⁴.

Ora, uma das consequências imediatas de um panorama de grande incerteza acerca dos comportamentos devidos (incerteza que também afecta os servidores públicos) é a de que ele pode consubstanciar causa *cumulativa* do dano, pois um tal panorama pode ser importante para, juntamente com outras causas, fazer pender para um resultado danoso aquilo que, até aí, era simplesmente um desempenho imperfeito, mas por si só insuficiente para causar os danos, ou para os causar na extensão em que eles ocorreram¹⁵.

⁹ Entre tantos exemplos, v. as Declarações de Rectificação n.ºs 15/2009; 66/2009; 2/2010; 10/2010; 1427 a 1431/2010; 1783/2010; e muitas outras...

¹⁰ JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, "Direito pós-moderno, patologias normativas e protecção da confiança", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, **7**, (n.º especial), 2010, pp. 383-409,

¹¹ J. FREITAS DA ROCHA, "Direito pós-moderno...", cit., 389 ss..

¹² J. FREITAS DA ROCHA, "Direito pós-moderno...", cit., 393 ss..

¹³ J. FREITAS DA ROCHA, "Direito pós-moderno...", cit., 391.

¹⁴ MARK A. GEISTFELD, "Legal Ambiguity, Liability Insurance, and Tort Reform", *DePaul Law Review*, **60**, 2011, pp. 539 ss, 540 (disponível em ssrn.com).

¹⁵ Uma causa cumulativa por vezes não só opera, com outra, o resultado danoso, como pode dar origem a danos proporcionalmente muito superiores à sua própria contribuição para o processo causal; assim, A. PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade e imputação...* cit., 103.

Na verdade, estes casos não nos parecem tão diferentes assim dos exemplos de escola utilizados para exemplificar a causalidade cumulativa (ou, em outra terminologia, necessária), nos quais um agente deita veneno em quantidade insuficiente para matar, mas outros dois agentes deitam a mesma quantidade, sendo que o conjunto acaba por ser fatal. O que queremos aqui salientar é que, por vezes, os agentes que deitam, cada um, o veneno em doses homeopáticas, são o administrador, o legislador e o julgador. É verdade que cada um deita um veneno diferente, mas todos eles são venenos, e pode ser a sua acção conjugada que os torna fatais.

São as considerações antecedentes que autorizam a asserção de que, em casos como os acima enunciados, aquilo que ocorre é o mau funcionamento global do "sector público"; uma espécie de *faute de service* que, ao contrário do que é típico dessa figura¹⁶, não seria apenas imputável a diversos órgãos ou serviços da administração pública, ao contrário do que pressupõe o direito positivo (veja-se a colocação sistemática do art. 7º/3 e 4 do RREE no âmbito da responsabilidade por actos da função *administrativa*), mas sim a diversos órgãos ou pessoas colectivas, *independentemente da função que exercem* (administrativa, legislativa ou jurisdicional)¹⁷.

Na verdade, a *faute de service* (administrativa) não é propriamente um júízo subjectivo de censura, mas a avaliação do que sucedeu por confronto com um padrão objectivo, em que o que é censurado é o eventual "afastamento dos standards de actuação e rendimento dos serviços"¹⁸. Estes standards são medidos, não em atenção à mediania concreta daquele serviço ou de serviços equivalentes (que pode ser muito má), mas de acordo com o programa normativo que se extrai das normas que norteiam a actuação do serviço¹⁹. Dessa forma não nos parece difícil, nem descabido, aplicar a mesma ideia, para lá dos serviços administrativos, abrangendo os

¹⁶ Sobre a culpa do serviço, JEAN RIVERO/JEAN WALINE, *Droit administratif*, 19ª ed., Paris: Dalloz, 2002, 278 ss; TIAGO VIANA BARRA, "A responsabilidade civil administrativa do Estado", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 71, (I), 2011, pp. 111 ss., 165 ss; A. PEREIRA DE SOUSA, "A culpa do serviço...", cit.,

¹⁷ Claro que uma questão inteiramente legítima é a de saber se uma tal ideia (que no fundo trata toda a actuação pública, para este efeito, como interligada entre si) pode sequer ser equacionada. Procuramos abordar essa dificuldade no texto.

¹⁸ MARGARIDA CORTEZ, "Contributo para uma reforma da lei da responsabilidade civil da Administração", in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado. Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 257 ss., 260-261.

¹⁹ A. PEREIRA DE SOUSA, "A culpa do serviço...", cit., 353.

demais sectores de actuação pública, dos quais seguramente também se pode dizer que têm *padrões objectivos de bom funcionamento* – que não parecem estar a ser cumpridos, por exemplo, quando se torna necessário publicar declarações de rectificação que rectificam declarações de rectificação...

Em todas as situações que temos vindo a abordar, seria eventualmente possível demandar cada órgão/função autonomamente, quer isso significasse demandar apenas um órgão ou função (no pressuposto, normal na prática, de que a demanda possa ter mais sucesso em relação a esse/a) ou demandar todos (cada um numa acção diferente).

Porém, a nosso ver, isso seria sempre empobrecedor, do ponto de vista da apreensão global do litígio²⁰, e conseqüentemente, arriscado, do ponto de vista do interesse do lesado numa tutela ressarcitória completa.

Por outro lado, mesmo que a demanda separada de todas as funções pudesse conseguir o resultado de nenhum dos agentes do dano ficar fora de responsabilidades, isso deixaria por resolver o problema *substantivo*: o da relação das diversas responsabilidades entre si, o que, no limite, sempre poderia colocar questões do ponto de vista da uniformidade das decisões que viessem a ser proferidas em tais acções^{21/22}.

²⁰ Já noutra lugar tivemos oportunidade de referir que as relações jurídicas devem ser apreciadas jurisdicionalmente de acordo com a perspectiva que permita a sua compreensão global, o que torna imediatamente suspeitos, do ponto de vista da tutela jurisdicional efectiva, quaisquer mecanismos (substantivos ou processuais) que tenham por efeito fragmentar essa apreciação. Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos. Contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2007, 157 ss.. Chamando a atenção para a necessidade de uma leitura das normas sobre separação de jurisdições subordinada ao imperativo da tutela jurisdicional efectiva, MAFALDA CARMONA, *O Acto Administrativo Conformador de Relações de Vizinhaça*, Coimbra: Almedina, 2011, 288, 389 (mas reconhecendo, a pp. 388, a fatalidade dos conflitos de jurisdição, a qual, como afirma a pp. 392, estaria relacionada com o facto de ainda não estar plenamente ultrapassada a concepção que vê público e privado como mundos diferentes).

²¹ Sublinhando a possibilidade de divergência de decisões a propósito das situações de concurso de responsabilidade subjectiva da Administração com factos de terceiro, J. RIVERO/J. WALINE, *Droit administratif*, cit., 276. Identificando dificuldades idênticas, no seu campo de investigação (o julgamento de questões de responsabilidade de privados e da Administração por violação de actos conformadores de relações de vizinhaça), em termos quase totalmente transponíveis para o nosso tema, veja-se Mafalda CARMONA, *O Acto Administrativo...* cit., 389-392.

²² Colocando-se ainda um problema adicional, nos casos em que as diferentes acções devessem ser propostas em jurisdições diferentes (o que, como se verá adiante, aconteceria no caso III que acima enunciámos). Nesse caso, provavelmente aconteceria aquilo que aconteceu no Acórdão do STA de 10-04-2002 (Pamplona de Oliveira), proc. 47556 (a propósito de uma situação onde vinha invocada a responsabilidade solidária entre a entidade pública e um privado): o tribunal administrativo, invocando a concausalidade e a conseqüente prejudicialidade da acção no tribunal comum, sobrestou na sua decisão até que fosse resolvida a acção no tribunal judicial. Isto significa que o particular terá de esperar o tempo da duração de dois processos judiciais para ver o seu direito atendido. É certo que a questão do acórdão

6. A insuficiência de uma perspectiva “demasiado separada” da separação de poderes

Desde já antecipamos uma crítica: esta simplificação decorrente do senso comum – “colocar no mesmo saco” administração, tribunais e até legislador – seria posta em causa, a diversos níveis, pelo rigor dos conceitos e até pelo próprio direito positivo, que expressamente distingue esferas de responsabilidade de acordo com funções. O conhecimento, como se sabe, é por vezes contra-intuitivo, e conduz ao desfazer das impressões do senso comum. Não seria este um bom exemplo disso? Será sequer legítimo pensar nos casos que acima elencámos como casos que convocam uma ideia geral de “mau funcionamento do sector público”?

Porém, a isso pode desde logo responder-se que a questão que nos ocupa é precisamente a de saber se, em casos como aqueles que enunciámos, o rigor dos conceitos, se levado no sentido da *incomunicabilidade* ou incapacidade de relação dos conceitos entre si, não acaba por resultar na perda da apreensão de algo que precisamente deveria relevar, do ponto de vista jurídico, como um todo, e que só como um todo ganha dimensão e relevância.

Não podemos esquecer duas coisas acerca da separação de poderes (que está na base da separação de regimes de responsabilidade do RREE): primeiro, a separação de poderes é uma metáfora. Segundo, é uma metáfora que visa *limitar* o poder; evitar que pela sua concentração, ele se torne arbitrário.

Francesco Galgano ilustrou recentemente a relevância da primeira prevenção: a utilização de metáforas no discurso jurídico, se tem um enorme poder de convencimento, torna-se um problema, quando se quer levar a metáfora à letra, “forçando” soluções que já não decorrem do intuito primeiro que presidiu à construção da metáfora, mas sim da própria consideração desta como um fim em si mesma²³. A “insídia” da metáfora, que ocorre na

seria hoje atendida pelo art. 10º/7 do CPTA, mas é duvidoso se o mesmo regime vigora para a situação de concurso de responsabilidades da competência da jurisdição administrativa com responsabilidades da competência de outras jurisdições.

²³ FRANCESCO GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna: Il Mulino, 2010, *passim*, analisando várias metáforas clássicas do direito (como a pessoa colectiva ou o negócio jurídico).

linguagem corrente mas também na linguagem jurídica, é, portanto, a de querer transformar numa *identidade* aquilo que é apenas uma *semelhança*²⁴.

Ora, a separação de poderes é uma metáfora que nos diz que, para certos fins (e sublinhamos: para certos fins), o Estado deve ser considerado de modo fragmentado. Como tal, é uma metáfora que apela à separação, à divisão, “dentro” do Estado. Porém, há que ter cautela: não se pode cair no erro – na insídia – de, a partir desta metáfora da separação, eliminar um outro aspecto da realidade: é que se *para certos fins*, convém separar as águas, para outros, convém uni-las²⁵. E aqui é importante recordar que a separação de poderes serve, essencialmente, um propósito de limitar o poder em favor da tutela dos direitos das pessoas, sendo contraditório com esse propósito um resultado, que seria a todos os títulos irónico, de uma construção que visa proteger as pessoas acabar por servir para as desproteger.

Podemos ilustrar com um exemplo a necessidade de nos mantermos vigilantes quanto às consequências perniciosas da linguagem para a compreensão da realidade.

Se olharmos à Constituição portuguesa e afirmarmos, por exemplo, que só a *função administrativa* está sujeita aos princípios enunciados no seu artigo 266º, como a letra da Constituição parece inculcar (pois em parte alguma da Constituição se encontra, para as demais funções, preceito correspondente ao art. 266º), incorremos num erro, cuja origem estará em levar excessivamente à letra a metáfora da separação de poderes. É evidente, e a doutrina nacional tem-no afirmado, que também as outras funções do Estado, incluindo a função legislativa, estão sujeitas a tais princípios²⁶.

Ou seja, encontramos aqui, neste exemplo – que não é de todo único, como teremos oportunidade de referir na sequência deste trabalho – um contexto no qual a metáfora da separação *não vale*, sob pena de se afirmar um Estado esquizofrénico, que aqui, como legislador, não teria de respeitar a boa-fé, mas mais adiante, como administrador, já teria de o fazer. Pelo contrário: se para certos efeitos (competenciais, orgânicos, formais), vale a

²⁴ F. GALGANO, *Le insidie...* cit., 19.

²⁵ Como, de resto, a Constituição dá a entender, quando se refere ao princípio da separação e *interdependência* dos poderes – cf. art. 111º.

²⁶ PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, Vol. I - *Identidade constitucional*, Coimbra: Almedina, 2010, 90 ss.; e com enfoque, sobretudo, na boa fé e tutela da confiança, JORGE MIRANDA, “Função legislativa e tutela da confiança: o caso dos notários”, *O Direito*, ano 139.º, (5), 2007, pp. 1135-1159, 1153-1154.

separação, para os efeitos da sujeição dos órgãos do Estado a certos princípios jurídicos essenciais do Estado de Direito, vale a unidade.

7. O movimento de relativização da separação de poderes

Diríamos mesmo, na sequência desta última ideia, que da dogmática actual do direito público ressalta, precisamente, em muitos domínios, uma ideia de relativização da separação de poderes, quer em geral, quer no próprio domínio do direito da responsabilidade. Com efeito, já numa aproximação à responsabilidade civil pública, são cada vez mais os sinais que apontam para uma possibilidade de considerar de forma unitária fenómenos de responsabilidade decorrentes, não da actuação de uma única função do Estado, mas de várias.

7.1. Em geral

Na verdade, a separação de poderes assenta numa preocupação com os meios de acção do Estado, enquanto a moderna dogmática do direito público (como direito das políticas públicas) valoriza cada vez mais os resultados da acção pública²⁷. Por outras palavras, mais importante do que (ou pelo menos tão importante como) saber quem executa as políticas públicas, é saber se elas são executadas. O conceito de política pública apela precisamente à ideia de pluralidade de actores e de funções²⁸, tendo os arranjos institucionais um papel secundário.

Esta relativização da separação de poderes pode também verificar-se na atribuição de amplíssimos poderes, que porventura já não são apenas administrativos, a múltiplas entidades independentes, as quais actuam, por exemplo, como verdadeiras definidoras das políticas públicas do sector que regulam, e já não como seguidoras de um programa pré-definido pela lei.

²⁷ MARIA DA GLÓRIA F. P. D. GARCIA, *Direito das políticas públicas*, Coimbra: Almedina, 2009; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, "Novos horizontes para o direito administrativo: pelo controle das políticas públicas. A próxima missão", in AUGUSTO DE ATHAYDE/JOÃO CAUPERS/MARIA DA GLÓRIA F. P. D. GARCIA, *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 649 ss..

²⁸ M. D. G. F. P. D. GARCIA, *Direito das políticas públicas*, cit., *passim*.

7.2. No direito da responsabilidade

7.2.1. Na responsabilidade por violação do direito comunitário

Por outro lado, uma perspectiva que toma unitariamente as funções do Estado é também a adoptada num sector importante do direito da responsabilidade pública: a responsabilidade por violação de direito da União Europeia.

Aí, com efeito, não só a jurisprudência europeia parte de uma noção – a de violação do direito europeu – que pode ser preenchida pela actuação de qualquer das funções do Estado membro²⁹, como expressamente rejeita que os Estados invoquem a repartição interna de competências entre as diferentes entidades públicas para se eximir ao cumprimento de obrigações emergentes do direito comunitário³⁰.

Assim, pelo menos à luz do direito europeu, é realmente indiferente qual a função do Estado que opera a violação³¹. Isto torna, aliás, no mínimo problemática a conformidade do regime do RREE com o direito europeu neste campo, sendo provavelmente necessário fazer interpretação conforme ou mesmo correctiva do regime nacional, deferindo aos critérios europeus a determinação da responsabilidade³². Com efeito, ao estabelecer pressupostos mais exigentes para a responsabilidade do que os do direito europeu, o que se torna particularmente visível nos casos da função jurisdicional, com a exigência de prévia revogação da decisão danosa (art. 13º/2 RREE), e legislativa, cuja indemnizabilidade depende da existência de dano anormal (art. 15º/1 RREE), o legislador nacional restringe a plena efectividade do princípio da responsabilização por violação do direito comunitário³³.

²⁹ Com análise de diversos casos decididos pelo TJUE nos quais estavam em causa acções ou omissões do legislador, dos tribunais nacionais ou dos órgãos administrativos, 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 sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, Lisboa: AAFDL, 2010, pp. 185 ss., particularmente 192 ss..

³⁰ Acórdão Konle, referenciado em Carla AMADO GOMES, "O Livro das Ilusões...", cit., 197.

³¹ Carla AMADO GOMES, "O Livro das Ilusões...", cit., 205.

³² Assim, Carla AMADO GOMES, "O Livro das Ilusões...", cit., 206 e ss..

³³ Carla AMADO GOMES, "O Livro das Ilusões...", cit., 209 ss.. Sobre o tema veja-se igualmente MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o Direito da União Europeia*, Coimbra: Almedina, 2009, e em relação à responsabilidade pela função administrativa, Alexandra LEITÃO, "Duas questões...", cit., 57-58.

7.2.2. Na responsabilidade por violação de direitos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Postura semelhante adopta o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ao analisar as situações de violação de direitos conferidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem não como violações perpetradas por esta ou aquela função, antes analisando se, *do ponto de vista do resultado*, as “autoridades públicas” cumprem as suas obrigações (positivas ou negativas) de protecção de direitos fundamentais³⁴.

7.2.3. Na responsabilidade por facto lícito do RREE

O último dos sinais que aqui consideraremos é dado por uma modalidade de responsabilidade civil extracontratual consagrada no RREE que prescinde de uma referência a esta ou àquela função do Estado: falamos, claro, da responsabilidade pelo sacrifício, a que se refere o art. 16º daquele Regime.

Ao dispor que “[o] Estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado”, cria-se um dever de indemnizar que “não se circunscreve ao exercício de uma específica função estadual”³⁵ que imponha o encargo ou cause o dano. Tal conclusão também resulta da colocação sistemática do art. 16º: ao contrário dos capítulos anteriores do RREE, aquele no qual se integra este preceito não se reconduz a uma específica função³⁶.

Tal dever de indemnizar apresenta-se, assim, como “uma cláusula de salvaguarda do direito fundamental do cidadão à reparação dos danos resultantes da acção do Estado e demais entidades públicas, para abranger o

³⁴ Para um caso recente e muito elucidativo, veja-se TEDH 15-01-2013 (procs. reunidos 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10), *Eweida c. Reino Unido*, disponível em www.echr.coe.int. É nítido que a abordagem do Tribunal é uma abordagem de resultado e não de meios: tanto aprecia, num caso, se uma empresa pública violou directamente a liberdade religiosa, como, nos outros casos, quando a violação dessa liberdade é imputada a entidades privadas, aprecia se o legislador e os tribunais atingiram, nas suas missões respectivas (legislar e julgar), o equilíbrio correcto entre a liberdade religiosa e outros direitos e interesses em jogo. É uma abordagem totalmente indiferente à função do Estado desempenhada.

³⁵ MARIA DA GLÓRIA F. P. D. GARCIA, “A responsabilidade civil do Estado e das Regiões Autónomas pelo exercício da função político-legislativa e a responsabilidade do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa”, *Revista do CEJ*, (13), 2010, pp. 305 ss., 316.

³⁶ Carlos Alberto Fernandes CADILHA, *Regime da responsabilidade civil...* cit., 361-362.

«resto» de actuações não abrangidas pelas específicas modalidades de responsabilidade civil, e que mereçam ainda protecção jurídica"³⁷. A lei apenas faz referência, como fundamento do dever de indemnizar, a motivos de interesse público, os quais facilmente podem verificar-se em actos ou actuações administrativas, políticas ou legislativas³⁸. Por outro lado, a lei não opera qualquer distinção no regime (por exemplo, no *quantum* indemnizatório) que seja tributária da separação de funções. Consequentemente: mais um regime de responsabilidade que é indiferente a tal separação.

8. O enriquecimento dogmático do direito da responsabilidade civil

Mas não é só o movimento de relativização da separação de poderes que pode ser apontado como facilitador de uma consideração compreensiva dos processos danosos que envolvam mais do que uma função do Estado. É também a revisão do(s) próprio(s) direito(s) da(s) responsabilidade(s), em particular do direito da responsabilidade civil.

Consideramos particularmente relevantes, aqui, dois tópicos: o primeiro diz respeito à evolução das concepções relativas ao nexo de causalidade, de modo a abarcar, com construções cada vez mais aperfeiçoadas, o fenómeno designado *multicausalidade*; o segundo, trabalhado sobretudo no direito privado da responsabilidade civil, concerne à evolução das relações entre responsabilidade contratual e extracontratual. Vejamos os dois tópicos em sequência.

8.1. Desenvolvimento do tema da multicausalidade

O primeiro movimento identificado é visível sobretudo nas teorias da imputação (penal e civil) defendidas a propósito dos novos sectores da sociedade do risco (ambiente, segurança de produtos, saúde pública). No tratamento de tais sectores, a doutrina sublinha que, em casos de causalidades múltiplas e complexas, das quais, por vezes, pouco se sabe³⁹,

³⁷ M. D. G. F. P. D. GARCIA, "A responsabilidade civil...", cit., 316.

³⁸ M. D. G. F. P. D. GARCIA, "A responsabilidade civil...", cit., 316-317 e 321; Carlos Alberto Fernandes CADILHA, *Regime da responsabilidade civil...* cit., 361-362.

³⁹ Entre tantos, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito - Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra: Almedina, 2002, 70; Ana PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade e imputação...* cit., 14 ss;

mais importante do que saber qual dos agentes intervenientes em concreto causou o dano e em que medida, é saber se o lesado sofreu um dano que o ordenamento jurídico considera injustificado e em caso positivo, se fica indemne desse dano.

É isso que explica que a doutrina mais recente sublinhe que o critério da causalidade, o critério do nexo entre facto e dano, não é tanto um critério naturalístico como um critério normativo ou jurídico; e que não há, em rigor, um critério de causalidade único, porque não há uma única, mas muitas, normas jurídicas cuja violação pode provocar danos.

O critério da causalidade resulta, em última análise, da interpretação da norma que prevê a indemnização e em particular da compreensão do respectivo fim ou escopo, e também das funções desempenhadas pelo instituto da responsabilidade (civil, penal, outra), elementos que orientam a decisão do aplicador do direito sobre se, num dado caso caso, deve dizer-se que há um nexo *suficientemente relevante do ponto de vista jurídico* entre o facto e o dano⁴⁰.

Estes desenvolvimentos são um claro avanço no tratamento da figura do nexo de causalidade e no cumprimento dos fins do instituto da responsabilidade civil. O tratamento jurídico dos processos causais nos dias que correm pede soluções capazes de abarcar realidades factuais que produzem danos de formas complexas, por vezes indefinidas, muitas vezes massificadas. Se assim não acontecer, inevitavelmente, a complexidade dos processos causais resultará em não ressarcimento dos danos, pelo efeito da diluição da responsabilidade que a multicausalidade potencia. É por isso de salientar positivamente que estes desenvolvimentos comecem a fazer a sua

MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O método do caso*, Coimbra: Almedina, 2011 (2ª reimpr. da ed. de 2006), 101; Carla AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, Lisboa: AAFDL, 2012, 194.

⁴⁰ Neste sentido, de prisma e com posições e terminologias diferentes, mas, neste ponto, em consonância, por exemplo, MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade civil da Administração por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado*, BFDUC, *Studia Iuridica* - 52, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 116; JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, tomo I - *Questões fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 322 ss. (maxime 322-323, 332-333, 339 ss.); Ana PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade e imputação...* cit., 51 ss. (com uma posição bastante radical, porquanto afirma prescindir da causalidade naturalística como base de imputação no caso de dano ambiental e ecológico, substituindo-a pela criação ou aumento de risco proibido); LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I - *Introdução. Da constituição das obrigações*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, 349-350; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado, II-III*, cit., 537 ss. (maxime 548-550), 738; Manuel A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil...* cit., 100-102 (embora notando que em alguns casos a teoria do fim de protecção da norma perde relevância).

entrada decidida na jurisprudência, que recorre com cada vez mais frequência aos conceitos e mecanismos relativos à multicausalidade trabalhados pela doutrina, defendendo que nessas situações de concurso de causas, deve funcionar o regime de solidariedade entre todos os que contribuem para o dano, com base no art. 497º do CC⁴¹, regra que é adequadamente estendida a casos que literalmente não cobriria⁴².

O tópico é crescentemente relevante, também, no contexto do direito da responsabilidade civil pública, a ponto de ganhar consagração legal em alguns ordenamentos⁴³. Mesmo que na doutrina e sobretudo na jurisprudência administrativa se note, ainda, formalmente, um grande apego às formulações clássicas em sede de causalidade, também aqui se tem sublinhado a possibilidade de concurso de responsabilidades por actuação conjunta de diversas entidades administrativas⁴⁴, ou de entidades administrativas e de privados⁴⁵. A profusão de actos a praticar em co-autoria⁴⁶, que vai crescendo numa administração cada vez mais em rede⁴⁷, bem como a criação de

⁴¹ Vejam-se as seguintes decisões dos tribunais judiciais superiores: do Supremo Tribunal de Justiça: STJ 13-12-2005 (Faria Antunes), proc. 5A3519, STJ 20-06-2006, CJ/STJ, Tomo II, p. 119 e STJ 16-09-2008 (Sebastião Póvoas), proc. 8A2433. Da Relação do Porto, RPt 10-02-2000 (Alves Velho), proc. 9931517, RPt 17-09-2009 (Amaral Ferreira), proc. 4651/04.6TBVFR.P1, RPt 16-12-2009 (Henrique Antunes), proc. 2866/07.4TBMAI.P1 e RPt 26-06-2012 (Márcia Portela), proc. 506/07.0TBSJM.P1. Da Relação de Lisboa, RLx 17-09-2009 (Ezagüy Martins), proc. 6160/05-2 e RLx 09-02-2010 (Ana Resende), proc. 48/06.1TBVFC.L1-7. Da Relação de Coimbra, RCb 03-02-2009 (Gonçalves Ferreira), proc. 2637/06.5TBCBR.C1.

⁴² Com efeito, literal e sistematicamente, a regra do art. 497º do CC só se aplicaria à responsabilidade aquiliana, mas a jurisprudência já o aplicou em casos de concorrência de diversas responsabilidades contratuais, em situações a que chama de "solidariedade atípica" – cf. STJ 16-09-2008 (Sebastião Póvoas), proc. 8A2433.

⁴³ No direito espanhol, o art. 140º da Ley n.º 30/1992, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, é inteiramente dedicado à "responsabilidade concorrente das Administrações Públicas".

⁴⁴ J. RIVERO/J. WALINE, *Droit administratif*, cit., 275; C. A. F. CADILHA, *Regime da responsabilidade civil...* cit., 221; ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos: o acesso à justiça administrativa*, Centro de Direito Biomédico - 7, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 61-64.

⁴⁵ Cf., para diferentes hipóteses, Rui MACHETE, "A Acção para efectivação da responsabilidade civil extracontratual", in AA/VV, *A Reforma do Contencioso Administrativo*, vol. I, *O Debate Universitário*, Ministério da Justiça, 2000, pp. 140 e ss., 146-147; C. A. F. CADILHA, *Regime da responsabilidade civil...* cit., 208; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, "Responsabilidade de entidades privadas submetidas ao regime da responsabilidade pública", *Cadernos de Justiça Administrativa*, (88), 2011, pp. 23 ss., 33; Mafalda CARMONA, *O Acto Administrativo...* cit., 355 e ss..

⁴⁶ Identificando essa como uma situação de responsabilidade conjunta, Carla AMADO GOMES, "A responsabilidade pessoal e institucional...", cit., 177.

⁴⁷ Por exemplo, quando várias entidades adjudicantes se juntem para celebrar um contrato público, a decisão de contratar, a decisão de escolha do procedimento, a decisão de qualificação e a decisão de adjudicação são tomadas em conjunto – art. 39º/3 do CCP. Sobre a decisão de contratar e a decisão de escolha do procedimento, designadamente para a afirmação da sua potencial lesividade, v. o que escrevemos em MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013, 771 ss..

procedimentos administrativos complexos, típica de alguns direitos administrativos especiais, como o direito do ambiente, o direito do urbanismo ou o direito do património cultural, aumenta claramente o campo de aplicação da responsabilidade concorrente.

Em reconhecimento desta mesma realidade, o art. 10º/4 do RREE estabelece que em caso de pluralidade de responsáveis, é aplicável o disposto no art. 497º do Código Civil, ou seja, a regra da solidariedade, acompanhada de direito de regresso entre os responsáveis; regra esta que acaba também por ser aplicável à responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional, por força da remissão do art. 12º do RREE.

O RREE apresenta, aliás, um elenco significativo de casos nos quais relaciona diferentes causas entre si, de formas que não podem deixar de merecer atenção para o nosso tema: assim, (i) a culpa do lesado releva para (mas não afasta necessariamente) a aferição da responsabilidade, nos termos do art. 4º do RREE⁴⁸; (ii) o facto de terceiro releva (mas de forma a ponderar em concreto e com consagração expressa da responsabilidade solidária da Administração com o terceiro) na responsabilidade pela função administrativa⁴⁹.

8.2. Responsabilidade contratual e extracontratual

Um outro movimento perceptível na revisão da responsabilidade, cuja relevância para o nosso tema poderá parecer remota, mas que ficará mais clara adiante, é o da evolução das relações entre responsabilidade contratual e extracontratual, no direito privado da responsabilidade, no sentido de uma colocação em causa da divisão estanque entre ambas.

Essa divisão é colocada em causa, em primeiro lugar, pelo reconhecimento de que uma mesma conduta pode preencher os pressupostos de aplicação das normas sobre responsabilidade contratual e extracontratual, isto é, que uma mesma conduta pode simultaneamente violar um dever contratual e um

⁴⁸ Sobre o ponto, Carla AMADO GOMES e Miguel ASSIS RAIMUNDO, "Tópicamente...", cit., 253 ss..

⁴⁹ Literalmente, a solução apenas valeria na responsabilidade pelo risco (art. 11º/2 RREE), mas a doutrina, a nosso ver bem, estende a solução à responsabilidade por facto ilícito: assim, PAULO OTERO, "Causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por facto ilícito", in AA/VV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, pp. 965 ss., 984, nota 73.

dever geral de respeito, no que se apresenta como um concurso real⁵⁰. Tal como no caso que nos ocupa, os regimes são diferentes (no que diz respeito à presunção de culpa, que existe na responsabilidade contratual mas não na extracontratual; e no prazo de prescrição, que é de 20 anos naquela e de três anos nesta; existem outras diferenças) e não existe norma de articulação. Perante esta questão controvertida, doutrina e jurisprudência têm oscilado entre (i) permitir ao lesado a escolha simples entre um dos regimes; (ii) permitir ao lesado a composição de um regime aproveitando as normas que lhe sejam mais favoráveis em cada regime; (iii) aplicar um critério normativo externo de resolução do concurso (consumpção)⁵¹.

Em segundo lugar, a doutrina e a jurisprudência foram autonomizando figuras que de algum modo se apresentam como resistentes a uma integração plena num dos termos da distinção. Surge, assim, a chamada “terceira via” como resposta à necessidade de construção de regimes para figuras de fronteira entre formas de responsabilidade, não autonomizadas na lei ou escassamente reguladas⁵². Em tais casos, na ausência de indicação da lei, a doutrina compõe um regime, aproveitando elementos dos regimes existentes (contratual e aquiliano) baseado na que considera a melhor composição dos interesses em jogo.

Por fim, é de notar que a doutrina vem admitindo a possibilidade de preenchimento, em relação a um dano, das previsões de diferentes regimes de responsabilidade, resultando na imputação a diferentes sujeitos, por diferentes títulos (por exemplo, um por culpa e outro pelo risco) por uma mesma causalidade, no que já foi designado um concurso heterogêneo⁵³.

⁵⁰ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado, II-III*, cit., 398.

⁵¹ Sobre a questão, STJ 22-09-2011 (Bettencourt de Faria), proc. 674/2001.P L.S1; RÉv 20-10-2011, CJ, ano 36, tomo 4, n.º 233 (agosto-outubro 2011), p. 251-254; RCb 16-12-2009 (Jorge Arcanjo), proc. 5/05.5TBOHP.C1; RPt 21-03-2006 (Cura Mariano), proc. 299/06. Na doutrina, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, Coimbra: Almedina, 1988; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado, II-III*, cit., 387 ss.

⁵² Autonomizando a culpa *in contrahendo*, a culpa *post pactum finitum*, o contrato com eficácia de protecção para terceiros e a relação corrente de negócios, Luís M. T. D. MENEZES LEITÃO, *Obrigações...*, I, cit., 354 ss.. No entanto, bastante restritivo quanto à admissibilidade e relevância da terceira via, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado, II-III*, cit., 400 ss..

⁵³ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado, II-III*, cit., 737.

9. A configuração e o regime do concurso de responsabilidades por actos de diferentes funções

9.1. A dimensão substantiva

As considerações precedentes permitem fundamentar a necessidade e a possibilidade de considerar a existência de concurso de responsabilidades decorrentes de actos de diferentes funções do Estado. Mas não avançam ainda na tarefa de encontrar um regime para tais casos. Isto é, se até agora se fundamentou a legitimidade de tomar em consideração de modo global processos causais nos quais participem as diferentes funções do Estado, ainda não se encontrou os critérios normativos de articulação entre regimes que, como dissemos acima, o legislador não enunciou de forma explícita.

Pensamos que o critério de articulação essencial passa por uma extensão da regra de solidariedade passiva do art. 10º/4 do RREE a todos os casos de concurso de responsabilidade. Como se disse, essa regra, actualmente, já vale quer para a responsabilidade administrativa por facto lícito, quer, por força da remissão do art. 12º do RREE, para a responsabilidade por má administração da justiça, sendo apenas uma questão de a estender a todas as outras hipóteses de multicausalidade onde intervenham diversas funções do Estado. Esta extensão não enfrenta dificuldades de maior atendendo ao tratamento que, como vimos, o art. 497º do CC (para o qual remete o art. 10º/4 do RREE) tem tido no direito privado da responsabilidade civil, sendo estendido a contextos nos quais seria *prima facie* duvidosa a sua aplicação.

Seria igualmente de considerar a possibilidade de atenuação do rigor dos pressupostos legais da responsabilidade pelas funções jurisdicional e legislativa (em particular, a questão do dano anormal). Com efeito, como se viu, não é solução estranha na doutrina e na jurisprudência a atribuição, ao lesado, da possibilidade de escolha e mesmo de composição de um regime de responsabilidade que lhe seja mais favorável. Essa solução parece-nos valorativamente adequada, pelo menos em alguns casos: se um particular é afectado por diversos factos, todos imputáveis a órgãos do Estado ou entidades públicas, isso cria um quadro de *especial detrimento da posição do lesado e de especial censurabilidade da actuação conjugada dos agentes*

públicos do dano, que justifica plenamente um nivelamento, por baixo, da exigência dos requisitos para conseguir a responsabilização⁵⁴.

Por outro lado, pensamos que há adaptações a fazer, também, em resultado da especial propensão destes casos para a fragmentação e dispersão em termos de vias de reacção do particular. Assim, por exemplo, não sendo possível, pelos motivos que analisaremos em seguida, a análise da integralidade do processo danoso na mesma acção (ou não tendo essa via sido escolhida pelo autor), pelo menos, o prazo de prescrição de *toda(s) a(s) responsabilidade(s)* não deveria decorrer enquanto não houver decisão(ões) final(ais) sobre todas as questões que são relevantes para aquele processo danoso⁵⁵.

9.2. A dimensão processual

9.2.1. Em geral

A articulação processual das eventuais responsabilidades emergentes de diversas funções do Estado não apresenta, em princípio, dificuldades em termos de jurisdição competente, meio processual aplicável e possibilidade de cumulação de pedidos na mesma acção.

As acções de responsabilidade civil extracontratual nas quais sejam demandadas pessoas colectivas públicas são julgadas nos tribunais administrativos⁵⁶. A cumulação de pedidos é amplamente admitida na

⁵⁴ Assim, por exemplo, poderia ser considerada a co-responsabilidade da função legislativa com a função administrativa, por ter criado um regime legal de difícil aplicação, sem que se exigisse a *inconstitucionalidade* desse regime e sem que se exigisse o carácter anormal do dano, pois esse requisito seria consumido pela circunstância de o particular não ter sido só atingido pela lei imperfeita, mas também pela actuação da função administrativa. De facto, como se diz no texto, esta solução é valorativamente adequada, pois não é descabido dizer que a exigência do dano anormal tem como pressuposto implícito que seja *apenas* a função legislativa a contribuir para o dano. Nos casos em que há outros agentes do sector público a contribuir para o dano, esse pressuposto de grande exigência perde razão de ser, porque o particular lesado tem outras razões de queixa, que como que *substituem* e *consomem* o carácter anormal do dano. Estas considerações são facilitadas, sobretudo, pelo apelo à criação de risco proibido como fundamento da imputação (v. *supra*). É que nesses casos, o risco proibido não é criado *apenas* por uma função do Estado, mas por mais do que uma, e é essa acumulação de risco proibido com uma origem unitária (o Estado) o que justifica que se torne mais fácil a imputação.

⁵⁵ Ou seja, tratar-se-ia aqui apenas da extensão, a todas as funções, do mecanismo, que já vigora para as relações entre acto administrativo e responsabilidade civil, segundo a qual a impugnação do acto demonstra a intenção de vir a exigir a responsabilidade civil (art. 41º/3 CPTA). Mais uma vez, tal extensão mostra-se valorativamente adequada, pelos mesmos motivos indicados na nota anterior.

⁵⁶ Sobre a unificação do contencioso da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas operada pelo ETAF de 2004, seja-nos permitido remeter para Miguel ASSIS RAIMUNDO, As

jurisdição administrativa. Tratando-se de uma pretensão que tem na base a responsabilidade civil, a acção administrativa comum é o meio processual aplicável, quer a causa de pedir seja a actuação de órgãos da função administrativa, quer seja a actuação de órgãos de outras funções; se, porém, o pedido de responsabilidade civil for cumulado com um pedido relacionado com a prática ou omissão de um acto administrativo (designadamente, um pedido de impugnação), é a acção administrativa especial a aplicável, por força da sua *vis atractiva*⁵⁷.

Assim, na generalidade dos casos, não parece haver obstáculo, quer de jurisdição competente, quer de meio processual aplicável, à demanda baseada em actuações de diferentes funções do Estado. Por hipótese, se estiver em causa actividade danosa proveniente da actuação de uma direcção-geral (função administrativa) e de erro judiciário de um tribunal administrativo (função jurisdicional), demandado será o Estado, ao qual pertencem todos os órgãos em questão, neste caso acompanhado do ministério ao qual pertença a direcção-geral (art. 10º/2, 4 e 5 do CPTA); e o meio será sempre a acção administrativa comum, a não ser que haja uma pretensão conexa com actos ou normas administrativas, caso em que o meio processual será a acção especial (na qual, como se disse, podem ser cumulados pedidos de responsabilidade civil).

Não obstante, há que atender a alguns casos residuais que podem suscitar dúvidas e/ou desarmonias.

9.2.2. Competência em razão da hierarquia

A competência para o julgamento de acções de responsabilidade civil pertence aos tribunais administrativos de círculo, nos termos do art. 44º/1 ETAF.

Porém, o Supremo Tribunal Administrativo é o tribunal competente em razão da hierarquia para o julgamento dos "processos em matéria administrativa relativos a acções ou omissões" de uma série de órgãos cimeiros da estrutura do Estado (cf. art. 24º/1/a) ETAF), colocando-se a questão de saber se nessa

empresas públicas... cit., 311 ss. e referências aí citadas.

⁵⁷ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, "A efectivação da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas", in AA/VV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. III - *Direito Privado, Direito Público e Vária*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 587 ss., 597, com referências.

referência entram as acções de responsabilidade civil decorrentes de tais "acções ou omissões".

A este propósito, a jurisprudência tem perfilhado uma interpretação de acordo com a qual o art. 24º/1 do ETAF apenas teria querido submeter ao julgamento do Supremo a questão primária da legalidade ou ilegalidade dos actos e omissões dos órgãos aí referidos, ou mais precisamente, apenas teria querido submeter a esse julgamento os pedidos típicos da acção administrativa especial, mantendo-se na competência dos tribunais administrativos de círculo o julgamento das eventuais acções de responsabilidade daí decorrentes⁵⁸.

Essa interpretação é discutível, e aliás, *de jure condito*, parece-nos mesmo insustentável na classe de casos mais relevante que pode ocorrer: a de cumulação de um pedido típico de acção administrativa especial relativo à actuação de um dos órgãos do art. 24º/1/a) do ETAF com um pedido indemnizatório. A cumulação de tais pedidos é expressamente prevista no art. 4º/2/f) do CPTA, e não fica prejudicada pela circunstância de serem *prima facie* diferentes os tribunais competentes em primeira instância⁵⁹. A prova de que assim reside em que o legislador previu e resolveu expressamente tais casos: de acordo com a estatuição inequívoca do art. 21º/1 do CPTA, em caso de cumulação de pedidos para os quais sejam competentes tribunais diferentes em razão da hierarquia, é competente para o julgamento de todos os pedidos o tribunal superior; no caso que nos ocupa, o Supremo. A posição em crítica não atende a este dispositivo legal, e parece que sem fazer interpretação abrogante do mesmo, ela é insustentável.

Assim, em nosso entender, em abstracto, o tribunal competente para julgar, em primeira instância, uma acção de responsabilidade civil na qual se invoque, como causa de pedir, a actuação (administrativa) de algum dos órgãos do art. 24º/1/a) do ETAF e a actuação (administrativa, legislativa ou jurisdicional) de algum outro órgão ou entidade deveria ser o Supremo Tribunal

⁵⁸ STA 30-11-2011 (Madeira dos Santos), proc. 1021/11; STA (Pleno) 11-05-2005 (António Samagaio) e também 30-11-2004 (Alberto Augusto Oliveira), ambos proferidos no âmbito do proc. 616/04.

⁵⁹ Sob pena de uma posição processual diminuída face aos órgãos cimeiros do Estado, o que é inaceitável. Com efeito, não é próprio de um Estado de Direito que o particular, só porque foi objecto de um acto em matéria administrativa praticado pelo Presidente da República, fique em posição processual mais diminuída do que se tivesse sido objecto de um acto de um presidente de câmara.

Administrativo, embora tenhamos dúvidas acerca da adequação prática da solução⁶⁰.

9.2.3. Concurso envolvendo outras jurisdições

Outro caso que pode suscitar desarmonias do ponto de vista da articulação processual prende-se com uma situação de eventual concurso entre pretensões de responsabilidade emergentes, por um lado, de erro judiciário imputável a outras jurisdições que não a administrativa, e, por outro lado, de quaisquer acções para as quais seja competente a jurisdição administrativa (como sucederia no Caso III acima descrito).

Com efeito, como se sabe, a lei opera a exclusão da jurisdição administrativa das acções de responsabilidade e respectivas acções de regresso que decorram de erro judiciário cometido por tribunais de outras ordens jurisdicionais (art. 4º/3/a) ETAF⁶¹, o que sucede, por exemplo, com os erros judiciários dos tribunais judiciais em sede criminal.

Assim, parece que numa situação como a do Caso III acima descrito, de *jure condito*, o lesado nunca conseguiria uma apreciação processualmente unitária da sucessão de actos e omissões dolosos e negligentes dos vários actores públicos. Com efeito, o lesado tem, se bem vemos, duas vias possíveis; nenhuma delas permitindo uma acção compreensiva.

Uma primeira via seria optar entre demandar, nos tribunais administrativos, o Estado, pela actuação negligente da polícia criminal e do Ministério Público, ou demandar o mesmo Estado, nos tribunais judiciais, por erro judiciário do tribunal de instrução criminal e do tribunal de julgamento.

Se o lesado não prescindisse de demandar todos aqueles que, em seu entender, haviam contribuído para a lesão, teria uma segunda via, que seria a de repartir a sua actividade processual, propondo *ambas* as acções acima referidas. Contudo, para assim fazer – além do custo de litigância acrescido pela dispersão de acções – teria de avançar com uma qualquer fórmula de repartição de responsabilidades (por exemplo: se considerasse que o total dos danos por si sofridos ascende a 130.000€, pediria uma indemnização de

⁶⁰ Ou seja, partilhamos as dúvidas de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, vol. I, e *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais Anotados*, Coimbra: Almedina, 2004, 83; e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, 126, nota 254.

⁶¹ Miguel ASSIS RAIMUNDO, "A efectivação da responsabilidade civil...", cit., 593-595.

100.000€ nos tribunais administrativos, por considerar que a causa principal do dano tinha sido a falsificação de prova imputável à polícia, e uma indemnização de 30.000€ nos tribunais judiciais, por considerar de menor gravidade que os juízes tivessem deixado passar a falsificação).

Esta necessidade de avançar com uma fórmula de repartição de responsabilidades parece-nos essencial para que, designadamente, não se invoque que o lesado procura o duplo ressarcimento do mesmo prejuízo (o que constituiria enriquecimento sem causa).

Porém, ela apresenta dificuldades praticamente insuperáveis, designadamente do ponto de vista da prova: numa situação como a do Caso III, como conseguirá um juiz quantificar, por exemplo, a parcela dos danos de imagem do lesado imputável à polícia criminal (órgão da função administrativa) e a imputável a erro judiciário (função jurisdicional)? E o que sucederá se, por exemplo, algum dos tribunais ou os dois discordarem da repartição de responsabilidades entre funções proposta pelo autor? Afigura-se-nos perfeitamente concebível que isso redunde em decisões contraditórias nas diferentes jurisdições, e independentemente disso, afigura-se-nos certo que a acção será sempre *mal julgada*, porque em nenhuma das acções o tribunal tem jurisdição sobre *todos* os (eventuais) lesantes, o que obviamente significa que nenhum dos tribunais tem *autoridade* para dizer, com segurança, que parcela de responsabilidade cabe a um deles, pois dizer isso implica dizer, também, que parcela de responsabilidade cabe ao(s) outro(s).

Para situações desta última natureza, pensamos que a solução só pode ser uma: a permissão da demanda unitária, numa das jurisdições *prima facie* competentes. Tal solução tem sido defendida ou com base na ideia de alternatividade entre jurisdições competentes⁶², ou com base numa "ultrapassagem" das regras de separação das jurisdições em alguns casos, de que constitui exemplo (praticamente singular) o litisconsórcio necessário – tese já defendida ousadamente na jurisprudência⁶³.

⁶² Cf. MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, "Conflitos de princípios na repartição da competência material dos tribunais: os casos aut-aut e et-et", *O Direito*, ano 142º, (III), 2010, pp. 593 ss..

⁶³ Enunciando esta possibilidade, embora no caso concreto, recusando que a mesma seja aplicável num caso de solidariedade passiva, por entender que aí se está perante litisconsórcio meramente *voluntário*, veja-se TCAS 22-03-2007 (Teresa de Sousa), proc. 1237/05.

A perda de chance na responsabilidade extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas públicas

Vera Eiró

Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Professora convidada na FDUNL e na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa Advogada na Linklaters LLP

1. Apresentação do tema; **1.1.** O que é a «perda de chance» e de onde veio?; **1.1.1.** França; **1.1.2.** Itália; **1.2.** Os juízes administrativos e a *perda de chance*; **1.2.1.** A perda de chance e inexecução de sentença; **1.2.1.1.** Acórdão do STA, de 29 de novembro de 2005; **1.2.1.2.** Acórdão do STA de 30 de Setembro de 2009; **1.2.2.** A «perda de chance» e os procedimentos concursais. A alegada aplicação da «perda de chance» em resposta a exigências comunitárias; **1.3.** Qual o lugar da «perda de chance» no RRCEEPCP?

1. Apresentação do tema

O tema que nos traz aqui hoje é a perda de chance na responsabilidade extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas públicas. Trata-se de um tema pouco discutido e trabalhado entre nós mas que se apresenta de uma atualidade inegável, sobretudo se atendermos a algumas decisões recentes tomadas pelos tribunais administrativos.

O tema é amplo e não cabe numa exposição de 20 minutos como aquela que devo fazer. Por isso mesmo, urge escolher as vertentes a abordar de forma a que se garanta, simultaneamente, o interesse dos meus interlocutores, todos vós que tiveram a amabilidade e a gentileza de comparecer a esta conferência e, naturalmente, algum sentido útil para as minhas palavras.

É neste contexto que proponho o seguinte caminho para a minha exposição de hoje:

- 1.1** Em primeiro lugar, enquadrar a «perda de chance» no *instrumentarium* jurídico.

- 1.2 Em segundo lugar, dar-vos nota da mais recente jurisprudência neste domínio apresentando, simultaneamente, as minhas dúvidas e inquietações sobre o rumo atual das decisões dos nossos magistrados.
- 1.3 Em terceiro e último lugar, perceber qual o lugar da «perda de chance» na aplicação do Regime da Responsabilidade do Estado e das Pessoas Coletivas Públicas.

Comecemos

1. O que é a «perda de chance» e de onde veio?

Em primeiro lugar, gostava de deixar claro que o princípio da «perda de chance» foi recebido pela doutrina portuguesa através da sua designação mais usual naqueles que são os ordenamentos em que a sua utilização é menos recente (França e Itália). A designação portuguesa lexicalmente mais correta, conforme foi já apontado entre nós, seria a de perda de oportunidade, ao invés do galicismo *chance*. Não obstante, e para que possam mais facilmente compreender as minhas palavras mantereirei a designação que tradicionalmente vem sendo adotada entre nós.

Para perceber bem a figura da «perda de chance» importa ter presente alguns traços essenciais do instituto da responsabilidade civil tal como este é regulado no nosso ordenamento jurídico. Desde logo, deve sublinhar-se que sem dano não se pode falar de responsabilidade civil. O dano e o nexos de causalidade são, assim, condições inevitáveis da responsabilidade civil: a “existência de um dano é condição essencial da responsabilidade civil”¹ e é o “dano do lesado que está no centro do instituto”².

Deve ainda lembrar-se que a condição do nexos de causalidade, também no Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e das demais Pessoas Coletivas Públicas (o “**RRCEEPCP**”) por força da remissão operada pelo n.º 3 do artigo 3.º daquele regime, circunscreve a indemnização

¹ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, 2008, p. 536 e a extensa doutrina civilista que o autor cita na nota 1555. Nas palavras de Sinde Monteiro, “o dano constitui um pressuposto do nascimento desta relação jurídica [a obrigação de indemnizar], cuja finalidade principal reside justamente na sua reparação”, JORGE SINDE MONTEIRO, “Rudimentos da responsabilidade civil”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2005, p. 377 (parêntesis nossos).

² Cfr. FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, 2003, p. 35.

aos danos necessariamente causados pelo facto ilícito quando estes, em abstrato, figuram como consequência adequada do facto em causa.

Mais concretamente, a doutrina e a jurisprudência portuguesas tendem a considerar que a regra de causalidade vigente entre nós – e consagrada no artigo 563.º do Código Civil (o “CC”) – corresponde à formulação negativa da teoria da causalidade adequada, segundo a qual o facto que atuou como causa do prejuízo não será considerado causa deste se, atendendo à sua natureza, se revelar de todo em todo indiferente para a produção do prejuízo.

Pois bem, a «teoria da perda de chance» (nas suas diversas formulações) é a resposta dada, nalguns ordenamentos jurídicos e fundada essencialmente no labor da doutrina e da jurisprudência, aos casos em que, por força de um especial contexto da prática do ato lesivo, não é possível afirmar que os danos verificados não teriam ocorrido não fora a ilegalidade praticada. A teoria da perda de chance, pensando agora nas suas diversas formulações, permite portanto ultrapassar a lógica do *tudo ou nada* associada à responsabilidade civil³ e abre a porta à atribuição de uma indemnização mesmo quando não fique provado que o comportamento do lesante foi a causa adequada do resultado final.

Numa palavra, a «perda de chance» permite atribuir uma indemnização mesmo naqueles casos em que não é possível demonstrar a certeza do dano.

Mas vejamos mais em detalhe a forma como, noutros ordenamentos jurídicos, esta teoria vem sendo trabalhada e aplicada. As limitações de tempo impõem que faça um tratamento necessariamente sucinto desta temática. Deixo-vos portanto apenas alguns dados essenciais.

Os ordenamentos jurídicos onde mais se tem trabalhado a teoria da perda de chance são os ordenamentos francês e italiano⁴.

³ A lógica do *tudo ou nada* traduz-se no seguinte: ou bem que o lesado consegue demonstrar o nexo de causalidade entre o facto lesivo e os danos que sofreu (sendo ressarcido da integralidade dos danos sofridos, correspondendo esta situação a **tudo**) ou, não conseguindo demonstrar o nexo de causalidade, não é ressarcido (nem mesmo parcialmente, correspondendo esta situação a **nada**).

⁴ Sobre a perda de chance no direito comparado veja-se, entre nós e a título de exemplo, RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do Interesse Positivo e Perda de Chance na Contratação Pública*, 2011, *passim*; RUI CARDONA FERREIRA, *A perda de chance – Análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática*, in *O Direito*, ano 144, 2012, pp. 31 e ss; e o nosso *Obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes. Fundamento e pressupostos*, 2013 (no prelo).

1.1.1. França

No ordenamento jurídico francês, e de acordo com a jurisprudência francesa maioritária, a perda de chance é antevista como um dano autónomo, ontologicamente independente do designado dano final. Este enquadramento não é, porém, isento de crítica, havendo diversos autores que sustentam que, mais do que concretizar a indemnização por um especial dano, a perda de chance importa uma certa configuração do nexo de causalidade que, por força do contexto da prática do ato lesivo, se afigura especialmente aligeirada e menos exigente.

Segundo a doutrina dominante, o ressarcimento da perda de chance depende de algumas condições cujo preenchimento se relaciona, em primeiro lugar, com a determinação prévia da probabilidade de concretização da chance e, em segundo lugar, da determinação da situação final do lesado na eventualidade da sua efetiva concretização. Uma vez apurado o resultado destas duas operações, deve contabilizar-se o produto entre o valor da probabilidade e o valor do dano final.

No que respeita à contratação pública, a jurisprudência francesa entende, de forma praticamente unânime, que o ressarcimento dos danos causados pela prática de atos procedimentais contrários às regras de formação dos contratos públicos depende do preenchimento de três condições: a ilegalidade do ato, a produção de um dano e o nexo de causalidade; pela mão da aplicação da teoria da perda de chance, a segunda e a terceira condições são, por via de regra, apuradas num só momento. Neste contexto, apresentam-se três resultados possíveis: se o particular demonstrar que, não fora a ilegalidade cometida, teria tido uma chance séria de ser o adjudicatário do contrato, então ele será ressarcido dos lucros cessantes associados à execução do contrato – o que designamos como interesse contratual positivo; se o particular demonstrar que, não fora a ilegalidade cometida, não seria desprovido de qualquer chance de obter a adjudicação de contrato, então ele será ressarcido dos custos em que incorreu com a proposta; se o particular não conseguir demonstrar nenhuma das duas premissas anteriores, então, pura e simplesmente, não será ressarcido⁵.

⁵ O primeiro caso em que este princípio indemnizatório ficou estabelecido foi o Acórdão do Conseil d'État de 1970-05-13, proc. n.º 74601, "Monti". Por força da análise da jurisprudência que se seguiu a este acórdão, alguma doutrina entende ser necessário realizar uma distinção entre

Em França, os custos da proposta correspondem ao montante da indemnização que o lesado auferirá quando demonstre que as suas chances de ser o adjudicatário do contrato não seriam nulas. Neste caso, um operador económico não é considerado desprovido de qualquer chance de adjudicação se apresentar uma proposta que respeita as exigências do caderno de encargos⁶. O lucro cessante que resultaria da execução do contrato que é objeto do concurso é indemnizado na íntegra) nos casos em que o operador económico demonstre que a ilegalidade cometida lhe retirou uma hipótese séria de ser o adjudicatário do contrato.

Em jeito de balanço final, diga-se apenas que o cenário que se descreveu é usualmente reconhecido como traduzindo uma solução justa para o litígio.

A dificuldade da aplicação do princípio da perda de chance em França – e considerando agora tão-só a aplicação à contratação pública – resulta, portanto, da necessidade de o operador económico lesado demonstrar a chance séria de adjudicação. Neste ponto em particular, os tribunais franceses analisam as características do operador económico, as garantias por ele fornecidas quanto à integral execução do contrato, as circunstâncias que determinaram a sua exclusão, o número de concorrentes e as diferenças de preços das diferentes propostas apresentadas⁷.

A demonstração da chance séria de adjudicação depende também da efetiva adjudicação do contrato a um terceiro. O operador económico lesado terá ainda uma chance séria quando a proposta selecionada deveria

os casos em que existe uma *chance séria* de adjudicação e uma *chance muito séria* de adjudicação. Esta distinção seria relevante em sede de cômputo da indemnização – assim, S. TROCOL, "Note sous CAA Douai, 21 Mai, 2002, Stá. Jean Behotas", in *AJDA*, 2003, p. 232. Todavia, esta distinção não tem merecido relevância na jurisprudência mais recente do Conseil d'État. Com efeito, o tribunal tem atribuído indemnizações que incluem os lucros cessantes associados à execução do contrato que é objecto do procedimento quando o operador económico lesado demonstra que, não fora a ilegalidade cometida, teria tido uma *chance séria* de ser o adjudicatário do contrato. Deve notar-se ainda que a indemnização é, nestes casos, *generosa*, porquanto os tribunais têm entendido que o lucro cessante deve ser indemnizado, não obstante fique demonstrado que o lesado celebrou e executou contratos alternativos que não teria celebrado nem executado se tivesse sido o adjudicatário do contrato. Nestes casos, o operador económico é pago duas vezes pelo trabalho que realizou apenas uma vez. Cfr. FRANÇOIS LICHÈRE, "Damages for Violation of the EC Public Procurement Rules in France", in *Public Procurement Law Review*, 4, 2006, p. 177.

⁶ Neste sentido, com dados jurisprudenciais relevantes, FRÉDÉRIC DIEU, "L'indemnisation d'une chance sérieuse de remporter un marché", in *AJDA*, 62, 16, 2006, p. 879.

⁷ Mesmo quando o critério da adjudicação é o da proposta economicamente mais favorável, se o lesado apresentar o preço mais baixo, existe uma espécie de presunção no sentido da adjudicação do contrato. Não obstante, esta *presunção* é elidível. Veja-se, neste sentido, FRANÇOIS LICHÈRE, "Damages for Violation of the EC Public Procurement Rules in France", in *Public Procurement Law Review*, 4, 2006, p. 174.

ter sido excluída e quando a proposta apresentada pelo lesado se apresentava como a única proposta que preenchia os requisitos da adjudicação.

A jurisprudência francesa admite, portanto, a ressarcibilidade da chance séria da adjudicação. O ressarcimento devido depende, porém, do grau de concretização possível do resultado final querido – no caso, a adjudicação do contrato.

1.1.2. Itália

No ordenamento jurídico italiano, a configuração dogmática da perda de chance é, conforme foi já sublinhado, caótica⁸. Ainda assim pode dizer-se, com alguma certeza, – considerando, em especial, as decisões dos tribunais – que a orientação dominante é a que reconduz a perda de chance à indemnização de um dano patrimonial autónomo⁹.

No que respeita a questões de contratação pública – de ilícitos que se subsumem à violação de regras de natureza procedimental e incluídas em procedimentos concursais – a jurisprudência italiana dominante é a de que a perda de chance se reconduz a um dano autónomo, cuja indemnizabilidade depende de uma densidade suficiente que justifique a respetiva tutela¹⁰.

Neste enquadramento, a jurisprudência dominante entende que, quando o autor não consiga demonstrar que, não fora a ilegalidade praticada, teria sido ele o adjudicatário do contrato mas, ainda assim, consiga demonstrar uma “concreta possibilidade de sucesso”¹¹, terá direito a uma indemnização calculada, por regra, ponderando conjuntamente o valor do contrato e o número de participantes que demonstraram esta “definitiva probabilidade de vitória” de adjudicação do contrato.

⁸ Rui CARDONA FERREIRA escreve, a este respeito, que o tratamento doutrinário e jurisprudencial da *perda de chance* em Itália se revela um “cenário de alguma forma caótico e difícil de enquadrar racionalmente” – *Indemnização do Interesse Positivo e Perda de Chance na Contratação Pública (em especial, na contratação pública)*, 2011, p. 199.

⁹ Veja-se, neste sentido, os acórdãos marco na matéria: Acórdão da Corte di Cassazione de 19 de novembro de 1983, n.º 6906 e de 19 de dezembro de 1985, n.º 6506.

¹⁰ Assim, Acórdão da Corte di Cassazione de 2009-01-29, proc. n.º 1850. A *densidade suficiente* implica, por via de regra, uma probabilidade de sucesso superior a 50% ou que a probabilidade de não verificação do evento final favorável seja inferior a 50%. Assim, Acórdão da Corte di Cassazione de 1985-12-19, proc. n.º 6506 e Acórdão do Consiglio di Stato de 2003-04-15, proc. n.º 1945.

¹¹ Assim, Acórdão do Consiglio di Stato de 2007-10-23, proc. n.º 5592, em que se refere a necessidade de, para indemnizar a designada *perda de chance*, ser demonstrada uma “concreta possibilità di successo”.

Trata-se, portanto, de indemnizar a perda de chance de obter o contrato; o valor da indemnização não é calculado, nestes casos, em função dos custos da proposta ou do procedimento, mas sim do valor do contrato ou, mais precisamente, do preço proposto pelo operador económico. Nestes casos, prescinde-se, em última análise, do pressuposto chave da responsabilidade civil: o nexo de causalidade.

A figura da «perda de chance» não é usada exclusivamente nos ordenamentos jurídicos francês e italiano. No Reino Unido, na Alemanha, em Espanha e, claro, em Portugal (para não me alongar pois a enunciação não esgota, naturalmente, os ordenamentos onde o tema vem sendo trabalhado) doutrina e jurisprudência recorrem por diversas vezes a esta figura, de contornos indeterminados e flexíveis, e que apresenta – sempre e justificada por argumentos de índole pragmática e funcional – esta inevitável capacidade de abalar as fundações da responsabilidade civil (o dano e o nexo de causalidade) como um sismo, de magnitude elevada.

1.2. Os juízes administrativos e a *perda de chance*

A figura da *perda de chance* apresenta inegáveis vantagens para a *solução do caso concreto*. Com efeito, uma das suas maiores potencialidades é, precisamente, a de poder proporcionar – pelo menos aos olhos de alguns – uma solução justa que não seria alcançável através da aplicação rigorosa dos tradicionais pressupostos da responsabilidade civil¹.

A *perda de chance* serve, portanto, para resolver problemas e, por isso mesmo, não causará espanto detetar, na nossa jurisprudência administrativa, diversas decisões que aplicam uma *figura* (nem sempre de contornos bem delimitados) a que os tribunais designam de *perda de chance*.

Com efeito, são já vários os acórdãos dos tribunais administrativos superiores em que, de uma forma ou de outra, é abordada a figura da «perda de chance» (ou figuras próximas que, considerando o conceito complexo e inseguro da «perda de chance», nela se podem integrar). Na impossibilidade de abordar todas as decisões em detalhe, deixarei apenas uma descrição

¹ Deve notar-se que há quem sustente que a aplicação de um princípio da perda de chance não se afigura contrária às condições e pressupostos da responsabilidade civil. Veja-se, neste sentido e para além dos demais, Cfr. RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do Interesse Positivo e Perda de Chance na Contratação Pública*, 2011, *passim*.

impressionista das principais linhas que delas decorrem. Para tanto, optei por *sistematizar* as decisões em dois diferentes grupos: o primeiro, que se ocupa sobretudo da problemática da determinação da indemnização por inexecução de sentença; o segundo, que se ocupa do tema da indemnização em ambiente concursal.

1.2.1. A perda de chance e inexecução de sentença

Por estranho que possa parecer, o tema da «perda da chance» assumiu algum lugar de destaque na jurisprudência administrativa não tanto a propósito da aplicação do instituto da responsabilidade civil, mas sobretudo a propósito da aplicação das normas de processo administrativo que atribuem aos autores uma indemnização em caso de causa legítima de inexecução de sentença.

Neste contexto, o primeiro grupo de decisões relevantes para estudar a «perda de chance» no Direito Administrativo prende-se com a aplicação dos artigos do CPTA relevantes para o regime da inexecução legítima da sentença (seja no processo declarativo seja no processo executivo).

A propósito da aplicação destes normativos, gostava de chamar a vossa atenção para dois acórdãos que me parecem marcar decisivamente a jurisprudência dos nossos tribunais administrativos superiores sobre esta temática.

1.2.1.1. Acórdão do STA, de 29 de novembro de 2005

O primeiro, é o Acórdão do STA de 29 de Novembro de 2005 onde o tribunal, pela primeira vez, afirma com clareza que a «perda da execução de sentença» de uma decisão anulatória de um ato de adjudicação de um concurso público consubstancia um dano autónomo.

O dano, seguindo o juízo do tribunal, é real mas de difícil liquidação. E, portanto, o seu cálculo só pode ser efetuado através da aplicação dos critérios referidos no n.º 3 do artigo 566.º do CC – a equidade.

O tribunal afasta desde logo a possibilidade de serem indemnizados, diretamente, os gastos que o autor teve na preparação do concurso. Pois, esclarece o tribunal, *“é precisamente porque esteve no concurso (para cuja presença teve gastos), e obteve a anulação do ato, que se coloca o*

problema da indemnização em discussão" e, na aplicação do juízo equitativo, o tribunal pondera o circunstancialismo do caso. Mais concretamente, o tribunal pondera:

"a) O número de concorrentes que chegaram à fase final de apreciação, por isso, todos com a possibilidade abstractamente considerada de terem podido vencer;

b) O pouco relevo do posicionamento obtido na graduação que precedeu o acto anulado, exactamente porque, tendo havido anulação do acto por razões formais, a execução, a ter sido possível, tanto poderia ter conduzido à subida da requerente na classificação como à descida;

c) O valor da proposta apresentada pela requerente, mais que o valor da proposta vencedora e do que o valor da obra. Em função desse valor, uma estimativa de benefício na ordem de 17,68%;

d) O tempo decorrido".

Considerando todos aqueles elementos conjugadamente, e voltando a sublinhar que não se está, *in casu*, a proceder a qualquer decisão sobre lucros cessantes em razão do ato anulado, nem à determinação de danos emergentes do mesmo ato, mas, simplesmente, a uma fixação, através de um juízo que se entende equitativo, da indemnização devida pela não execução de sentença, nos termos do artigo 178.º, n.º 1, do CPTA, o tribunal considerou equilibrado computar aquela indemnização no valor de €11.700,00 euros.

1.2.1.2. Acórdão do STA de 30 de Setembro de 2009

A segunda decisão seleccionada é um aresto datado de setembro de 2009 onde o STA veio, novamente, sublinhar a ideia que havia já firmado em 2005 e que é a seguinte:

*"o afastamento ilegal de um concurso, com perda de uma oportunidade de nele poder obter um resultado favorável, com repercussão remuneratória, é um bem cuja perda é indemnizável e que não podendo ser efectuada com exactidão a quantificação desta perda, é de fixar a indemnização através de um juízo de equidade, em sintonia com o preceituado no n.º 3 do artigo 566.º do C. Civil"*².

² Cfr. Acórdão do STA de 2009-09-30, proc. n.º 634/09 e, no mesmo sentido, Acórdão do STA de 2009-02-25, proc. n.º 047472A.

A este decisão seguiram-se outras³, no mesmo sentido e, neste grupo de arestos, a «perda de chance» ou melhor a «perda de oportunidade» é antevista pelo STA como um dano autónomo, que não é um dano provocado pelo ato inicialmente ilícito sendo sim um dano que resulta da inexecução legítima da sentença, cuja liquidação é feita recorrendo a uma ponderação à luz de um juízo de equidade.

Ponderando em conjunto as decisões citadas verifica-se que os nossos tribunais administrativos vêm aplicando uma figura próxima à da «perda de chance» fora dos quadros dogmáticos da responsabilidade civil (mais concretamente da responsabilidade civil pré-contratual), aproximando-o do regime da «expropriação» e dizendo claramente que não se trata, nestes casos, de indemnizar o interesse contratual negativo ou positivo. Trata-se, segundo a leitura dos juízes administrativos, de atribuir ao autor uma indemnização pela «perda de oportunidade» de obter um resultado favorável no procedimento (por via de regra, um concurso) cujo valor deverá ser determinado segundo a equidade.

O *quantum* indemnizatório não corresponde, nestes casos, apenas aos custos da proposta ou do procedimento. Com efeito, e para cálculo da indemnização, pode considerar-se relevante – à luz desta nova forma de ver a «perda de chance», pelo menos – as despesas incorridas para participação no concurso, o valor dos lucros cessantes, o número de concorrentes admitidos a concurso, o tempo entretanto decorrido.

A análise destas decisões indicia ainda que os nossos juízes, confrontados com o caso concreto e com a ausência de respaldo normativo certo e seguro para atribuírem indemnizações em casos de *dano incerto*, decidem quase que empiricamente⁴, fundados na necessidade de aplicar a equidade enquanto justiça do caso concreto.

Deve porém notar-se que, mesmo aceitando a figura da «expropriação da sentença», os nossos juízes administrativos não afastam a possibilidade de, quando fique demonstrada a certeza da adjudicação, a indemnização devida (ou a *justa indemnização*) ser, no fundo, equivalente ao designado

³ Veja-se, mais recentemente, o Acórdão do TCA Norte de 13 de janeiro de 2012, P. 0073/05.0 e o Acórdão do STA de 20 de novembro de 2012 que seguiu de perto a decisão de 30 de setembro de 2009 citada no texto e com voto de vencido do Conselheiro Rosendo Dias José.

⁴ Usando por vezes expressões como “não nos parece mal atribuir uma indemnização (...)” .

interesse contratual positivo porque, no dito do TCA Norte, a perda da sentença – quando demonstrada a certeza da adjudicação – equivale à expropriação do direito à execução do contrato e não a uma mera chance ou perda de oportunidade⁵.

1.2.2.A «perda de chance» e os procedimentos concursais. A alegada aplicação da «perda de chance» em resposta a exigências comunitárias

A jurisdição administrativa lançou ainda mão da figura da «perda de chance» para resolver outro tipo de casos, agora já mais diretamente relacionados com a temática da responsabilidade civil.

Neste contexto, torna-se relevante identificar e analisar um acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte no qual, à primeira vista, se ensaiou a aplicação de um princípio de «perda de chance» enquadrado na responsabilidade civil e, mais particularmente, que resultaria da aplicação do RRCEEPCP. Trata-se do acórdão do TCA Norte de 4 de novembro de 2011, tirado numa ação administrativa comum proposta na sequência da anulação de um ato de adjudicação de um contrato de fornecimento.

Um aspeto interessante deste acórdão é, desde logo, a circunstância de o autor não ter peticionado, em sede de execução de sentença, o pagamento de uma indemnização por causa legítima de inexecução. Considerando que o contrato, à data da anulação do ato, já havia sido integralmente executado, o autor poderia ter optado pela via da execução do julgado anulatório para receber a indemnização que referimos no ponto anterior.

Ao invés, o autor entendeu propor ação administrativa comum onde peticiona um indemnização não dos danos que sofreu por força da inexecução do julgado anulatório mas sim dos danos que sofreu por força do ato inicialmente ilícito (a saber, a sua exclusão ilegal do procedimento).

Apesar de o tribunal central lançar mão das regras de direito da União para resolver este problema (de forma pioneira entre nós e merecedora de aplauso, diga-se) denota-se bem em toda a decisão a dificuldade em trabalhar em particular o regime das Diretivas Recursos⁶ de forma a atingir os resultados queridos pelo legislador europeu.

⁵ Veja-se, neste sentido, o Acórdão do TCA Norte de 9 de novembro de 2012.

Não é esta a sede para tratar de forma desenvolvida a decisão mas, apenas em jeito de referência, não posso deixar de mencionar que, neste aresto, o TCA entendeu que a regra do artigo 2/7 da diretiva 92/13/CE consubstancia, no fundo, uma regra sobre o nexo de causalidade vigente na contratação pública comunitária – o qual se bastaria, para garantir o designado interesse contratual positivo – com a mera hipótese real da adjudicação.

Apesar de o tribunal não usar a expressão «perda de chance» ou «perda de oportunidade», a verdade é que considera que, em contratação pública, as Diretivas Recursos impõem uma nova forma de ponderar o nexo de causalidade que se basta com a existência de uma possibilidade real de ser atribuído o contrato ao autor.

Esta especial forma de ponderar o nexo facilita o caminho, no entendimento do tribunal, para o lesado ser indemnizado no designado interesse contratual positivo.

No caso, o tribunal entendeu ser relevante a circunstância de o ato ilícito se identificar com a adjudicação ilegal e, portanto, a posição do autor no procedimento estava claramente definida: sendo o segundo classificado (e não podendo a entidade adjudicante revogar a decisão de contratar) ele teria uma possibilidade real de ser o adjudicatário do contrato.

O tribunal entendeu ainda que o autor tinha o direito a ser indemnizado pela quantia peticionada e referente ao benefício económico que lhe adviria da adjudicação e execução do contrato.

Esta jurisprudência ainda não está consolidada, tendo o TCA Sul, em acórdão de 28 de junho de 2012, decidido em sentido contrário. A saber, no sentido de que as Diretivas Recursos – mais concretamente a diretiva 89/665/CE não estabelece qualquer princípio relativo à forma de ponderar o dano e o nexo de causalidade e que, portanto, deve prevalecer o entendimento de que nos casos de violação de regra procedimental incluída no procedimento de formação de um contrato público se aplica um regime paralelo ao do que resulta da aplicação do artigo 227.º do CC o qual, no entendimento do tribunal, impõe que a indemnização se destine tão só a

⁶A saber, a Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro, e a diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro (na sua versão alterada).

cobrir o designado interesse contratual negativo e, mais concretamente, os custos da proposta e do procedimento.

A parte essencial do julgamento do tribunal é a seguinte:

“Embora a recorrente defenda o primado e aplicação do direito comunitário, a verdade é que a citada Directiva 86/665/CEE, de 21.12.1989, no mencionado artigo 2º/C, não concretiza qual deva ser o entendimento jurisprudencial em relação à natureza e extensão dos danos indemnizáveis, em face de cada extensão.

Na verdade, nesta matéria, a norma referida apenas reconhece aos lesados, genericamente, o direito à indemnização aos lesados por uma violação.

Acresce, nos casos de responsabilidade civil por violação das regras de um concurso para a celebração de um contrato se verifica uma situação paralela aos casos de ruptura de negociações prevista no artigo 227º nº1 do Código Civil, sob a epígrafe “Culpa na formação dos contratos”, designadamente quanto às despesas de participação no concurso (cfr. por todos, Paulo de Mota Pinto, “Interesse Contratual Positivo”, vol.II, Coimbra Editora, 2008, p.1125 e ss e 1350 e ss).

E, como também refere o Digno Magistrado do Ministério Público (fls. 4 do Parecer), “ ao anular-se todo o procedimento e ordenar-se a repetição do processo, sanando-se os vícios encontrados, não estamos noutra fase que não a pré-contratual e, por conseguinte, a responsabilidade civil emergente de actos praticados nesta fase deverá ser regida pelas regras aplicáveis neste quadro. Nestes termos, não sendo o caso absolutamente idêntico, impõe-se à evidência a doutrina do Acórdão do STA supra citado, indemnizáveis neste âmbito, em que nos situamos, da responsabilidade pré-contratual”.

Pode ainda dizer-se, no caso concreto, quanto ao pedido formulado pela recorrente, que não vem alegado pela mesma, que tenha ficado impossibilitada de concorrer a outros fornecimentos públicos, e que daí tenha ocorrido a não obtenção de lucro, não estando, portanto, verificado o nexo de causalidade entre a ilicitude cometida e os danos invocados.

Finalmente, quanto ao pretendido reenvio prejudicial nos termos do artigo 234º do TJCE, o mesmo improcede por manifesta inexistência de qualquer dúvida sobre a aplicação de uma norma comunitária.

1.3. Qual o lugar da «perda de chance» no RRCEEPCP?

Chegou agora o momento de perceber – ou pelo menos tentar identificar – o lugar da «perda de chance» no novo RRCEEPCP. Fazendo um balanço da jurisprudência que elenquei, pode desde já avançar-se que, em bom rigor, os casos citados não aplicam um tradicional princípio da «perda de chance» conforme desenvolvido nos ordenamentos jurídicos francês e italiano.

Não obstante, não podemos deixar de reconhecer o património genético comum entre as decisões dos tribunais e a designada «perda de chance». Com efeito, as decisões identificadas traduzem situações que são resolvidas pelos nossos tribunais à luz de uma especial motivação funcional: a de garantir algum tipo de tutela indemnizatória a casos em que é certo o ilícito mas não é certo o nexo e, como tal, não é certo o dano.

São, todavia, casos em que não está propriamente em causa a aplicação do instituto da responsabilidade civil ou a aplicação de um princípio de «perda de chance» que atribui um valor autónomo à «chance», valor este que é calculado em função da probabilidade de ocorrência do dano final.

Com efeito, no primeiro grupo de casos identificados, o tribunal atribui uma indemnização por causa legítima de inexecução de sentença – que se aproxima aos casos de indemnização por facto expropriativo. Nestas situações, o tribunal deve, portanto, atribuir ao autor da ação uma indemnização justa e não se trata aqui, portanto, de aplicar o disposto no n.º 3 do artigo 566.º do CC.

Não obstante o enquadramento dogmático adequado ser distinto daquele usualmente reclamado pela figura da «perda de chance» – o da responsabilidade civil – a verdade é que o resultado final (em termos de contabilização do montante de indemnização a arbitrar) pode não ser diferente do resultado a que se chegaria se fosse aplicado um princípio da «perda de chance». Com efeito, os critérios de justiça a que o juiz deve lançar mão para cálculo do montante de *justa indemnização* não são muito distantes dos critérios de equidade que a aplicação do n.º 3 do artigo 566.º do CC reclama.

Sublinhando a este propósito o que vem já sendo de há muito referido na nossa doutrina, sobretudo na doutrina civilista, julgar segundo a equidade não se confunde com o arbítrio. A equidade passa, portanto, por alcançar uma solução justa para o litígio e, em meu entender, existem alguns critérios de

justiça que, neste domínio, o julgador poderá utilizar e que, numa palavra, permitirão que o tribunal não venha a arbitrar indemnizações meramente simbólicas. Neste contexto, o tribunal poderá basear-se nos custos em que o autor incorreu para participar no procedimento e para propor a ação (no caso em que o ilícito seja a violação de regra contida nas diretivas de contratação pública, este quantum indemnizatório afigura-se um quantum mínimo à luz do regime das Diretivas Recursos) e poderá ainda tomar-se em consideração a probabilidade de ocorrência do dano final (mas não deve fundar-se apenas nisso porque esta probabilidade é sobretudo relevante em sede de responsabilidade civil), pode ainda atender-se ao tempo entretanto decorrido ou mesmo ao lucro máximo espectável com a execução do contrato (enquanto limite máximo de indemnização a arbitrar).

No segundo caso a que fiz referência o tribunal entendeu que as Diretivas Recursos impõem uma nova forma de antever o nexo de causalidade, o qual se bastará com a possibilidade real de ser o adjudicatário do contrato.

É certo que, em contratação pública, o princípio da perda de chance é potencialmente útil para resolver os casos – muito comuns e frequentes – em que existe a probabilidade ou a chance de, na ausência da decisão ilegal da entidade adjudicante, o operador económico preterido vir a ser o adjudicatário do contrato, mas em que essa chance ou probabilidade não apresenta um grau de certeza suficiente para a não adjudicação ser considerada um efetivo dano à luz das tradicionais regras de nexo de causalidade. Este perfeito *habitat* para a aplicação da teoria da perda de chance alia-se à redação das Diretivas Recursos (mais concretamente da diretiva 92/13/CEE) onde se faz referência à «possibilidade real» de vencimento do concurso.

Sucedem que este normativo não se limita a referir que o nexo de causalidade se basta, em contratação pública, pela existência de uma probabilidade real de ser o adjudicatário do contrato. A letra da norma acrescenta ainda que para o lesado ser ressarcido dos custos da proposta e do procedimento, terá apenas que demonstrar que teria uma hipótese real de ser o adjudicatário do contrato não fora a violação da norma cometida. A ser uma regra inovadora no que respeita o nexo, esta norma terá de ser considerada também uma regra inovadora a respeito do dano – limitado aos

custos da proposta e do procedimento. Não me parece, portanto, que a decisão do TCA Norte que referi aponte no sentido acertado quando sustenta que a regra referida permite ultrapassar as dificuldades de prova da adjudicação. Conforme já sustentei noutra parte, tenho para mim que a regra mencionada e, por maioria de razão, a norma ínsita no n.º 2 do artigo 7.º do RRCEEPCP, faz depender uma especial indemnização – nos custos da proposta e do procedimento – da prova desta possibilidade real. Por outras palavras, o legislador comunitário não impõe o ressarcimento do interesse contratual positivo quando fique apenas demonstrada a possibilidade real de ter obtido o contrato⁷.

Quero com isto dizer que os grupos de casos que deixei identificados são, sem dúvida, casos dignos de marca e que importa analisar e enquadrar mas não considero que estas decisões sejam a amostra perfeita daquele que é (ou será) o lugar da *perda de chance* no RRCEEPCP.

Da minha perspectiva, o princípio da «perda de chance» aplicável na responsabilidade civil pode ser realmente relevante, considerando o âmbito de aplicação objetivo e subjetivo do RRCEEPCP, nalgumas situações que não foram, até hoje, decididas pelos tribunais administrativos superiores (pelo menos tanto quanto é do meu conhecimento e considerando as decisões que foram já publicadas) como sejam a responsabilidade civil por violação de regra pré-contratual, quando o lesado pretenda ser ressarcido de todo o dano sofrido – e não apenas dos custos da proposta e do procedimento; a responsabilidade pela violação de regra relativa aos procedimentos concursais para acesso a emprego público ou progressão na carreira, mais uma vez quando o lesado pretenda ser ressarcido de todo o dano sofrido.

Aproveito para acrescentar que, nestes domínios, o direito público não fornece muitos mais dados para além dos que já resultam do direito civil. Quer isto dizer que, ao contrário dos casos de «expropriação de sentença» e de aplicação das Diretivas Recursos, que claramente reclamam um regime próprio de direito público, a problemática da aplicação da «perda de chance» no RRCEEPCP mantém-se a mesma que é discutida entre os civilistas. Por isso, e apesar da publicação e entrada em vigor do RRCEEPCP, a magna

⁷ Sobre este tema veja-se o nosso *A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes. Fundamento e pressupostos*, no prelo.

questão permanece: será que o ordenamento jurídico português permite a aplicação de um princípio de «perda de chance»?

Não tendo já tempo suficiente para detalhar e responder a esta questão, resta-me deixar-vos algumas pistas sobre o que já tem sido defendido entre nós a propósito desta matéria. Considerando em particular a posição que vem sido assumida pela nossa doutrina, deve desde já dizer-se que a resposta dada a esta questão tem sido maioritariamente negativa.

Veja-se, a título de exemplo, a posição já manifestada por Júlio Vieira Gomes no sentido de que

“a doutrina da perda de chance não representa uma mera revisão do conceito de dano e uma ampliação deste, mas constitui antes uma rutura, mais ou menos “camuflada”, com a conceção clássica da causalidade. E mesmo que porventura se deva, de jure condendo, questionar sobre a suficiência da teoria da causalidade adequada, não se pode esquecer que a mesma foi consagrada entre nós no artigo 563.º do Código Civil. Não se nos afigura adequado introduzir, entre nós, de maneira tão dissimulada, um reconhecimento da causalidade probabilística”⁸.

Este foi também o sentido da opinião manifestada por Paulo Mota Pinto na sua dissertação de doutoramento⁹. Mais recentemente, e a propósito do RRCEEPCP, o Conselheiro Cadilha adianta igualmente que não existe “qualquer referência no direito positivo português à indemnização por perda de chance”.

É certo que alguma doutrina parece aceitar que os pressupostos da responsabilidade civil se moldem ou adaptem à figura da perda de chance (seja considerando que da mesma resulta a elevação da chance a um dano autónomo, seja propugnado que a mesma se adequa ao critério de causalidade com respaldo no nosso atual enquadramento legislativo)¹⁰. E que

⁸Júlio VIEIRA GOMES, Sobre o dano da perda de chance in *Direito e Justiça*, vol. XIX, 2005 (mas 2007), tomo II (9-47), p. 38.

⁹ Paulo MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, II, Coimbra, 2009, p. 1106.

¹⁰ Veja-se, entre os primeiros, António CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O método do caso*, Almedina, 2ª Reimpressão, 2011, pp. 104-105; Rute TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, 2008, pp. 179 e ss, max. 383-386 e 446. Entre os segundos, Rui CARDONA, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial na contratação pública)*, Coimbra, 2011, p. 360 e 320 (note-se que, em estudo mais recente, o autor parece mitigar a posição anteriormente assumida e não rejeita a possibilidade de a aplicação da perda de chance enquanto ponderação donexo causal ser mais do que a identificação de um destino a que se tenha chegado no nosso ordenamento, e

a jurisprudência dos nossos tribunais comuns já se inclinou no sentido de que, em resposta a alguns problemas que resolvidos à luz do instituto da responsabilidade civil afiguram-se de solução injusta, o princípio da “perda de chance” ou “perda de oportunidade” “cabe claramente, dentro dos princípios orientadores do nosso ordenamento jurídico-civil”¹¹.

Todavia, e da minha parte, parece-me claro que a letra do RRCEPCP não permite alcançar conclusão diferente daquela que vem sendo sustentada pela maioria da doutrina civilista e daquela que parece resultar da tendência maioritária da nossa jurisprudência nos tribunais comuns¹².

Não posso, porém, olvidar que a matéria da responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas públicas é tradicionalmente campo fértil para algum ativismo judicial. Pense-se no que sucedeu, ainda no âmbito da aplicação do velho DL 48051, a propósito do pressuposto da culpa e do desenvolvimento, através do labor jurisprudencial, da designada *culpa do serviço* (pensado para os casos em que não se revelava viável demonstrar a existência de um comportamento culposamente individualmente determinado) ou até no desenvolvimento, também de origem jurisprudencial, de uma verdadeira presunção de culpa aplicável em geral aos casos de responsabilidade civil extracontratual do Estado.

Não me parece, pois, que será de afastar por completo a possibilidade de os nossos juízes virem a desenvolver a aplicação de um princípio de «perda de chance à portuguesa» aplicável aos casos em que não seja viável preencher cabalmente as exigências do nexo de causalidade, considerando-se, nalgumas situações, suficiente a existência de uma probabilidade razoável.

Este ativismo judicial pode, porém, tornar-se perigoso e ariscado.

configure a proposta de um caminho que se pode vir a percorrer — *A perda de chance – Análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática*, in *O Direito*, ano 144, 2012, pp. 56 e 57).

¹¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de junho de 2012, P. 4765/10. Também parecendo aceitar este princípio orientador, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de setembro de 2012, P. 275/09.0

¹² A jurisprudência civilista não tem apresentado uma visão unânime sobre o tema. Atualmente parece prevalecer a posição que encontrou vencimento no Acórdão do STJ de 29 de abril de 2010, segundo a qual “(...) a mera perda de chance irreleva para efeitos indemnizatórios por, só por si, não se enquadrar no princípio da causalidade adequada, e a indemnização não ter, como regra, função punitiva”. Também no sentido de que a mera perda de chance não tem a virtualidade para fundamentar uma pretensão indemnizatória, Acórdão do STJ de 26 de outubro de 2010, P. 1410/04.0. Dando conta da divergência na jurisprudência civilista sobre o tema veja-se *Cfr. Rui CARDONA, A perda de chance..., cit., p. 30.*

Os perigos que antevêjo relacionam-se sobretudo com um excessivo esbatimento das condições do nexo de causalidade e do dano, ao ponto de o instituto da responsabilidade civil «deixar de ser quem é» e o sismo de que falei há pouco apresentar-se de magnitude superior a 8 na escala de *Richter*.

Termino a minha exposição com uma nota. É sempre um gosto vir a esta casa. Sinto como um enorme privilégio poder ter estado aqui hoje a partilhar algumas das minhas conclusões sobre este tema. Agradeço portanto aos professores responsáveis pela organização desta conferência (nas pessoas da Prof^a. Doutora Carla Amado Gomes e do Prof. Doutor Miguel Assis Raimundo) pelo convite que me foi formulado e pela oportunidade que me têm dado – por tantas e tão variadas vezes – para discutir estes e outros temas de Direito Administrativo.

Agradeço ainda a todos vós, pela presença e, sobretudo, pelo interesse no tema.

[voltar ao início do texto](#)

[Voltar ao índice](#)

O EXERCÍCIO OBRIGATÓRIO DO DIREITO DE REGRESSO¹

Diana Ettner

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa
Advogada

I. O tema: apresentação e enquadramento; **II.** O significado das alterações introduzidas pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro; **III.** Âmbito pessoal; **IV.** A obrigação de indemnizar do agente público e o direito de regresso do Estado; **IV.1.** O conteúdo da obrigação de regresso; **IV.2.** O exercício do direito de regresso pelo funcionário contra o Estado; **V.** A efetivação judicial do direito de regresso; **VI.** Reflexões finais

I. O tema: apresentação e enquadramento

1. Sob o título “*Exercício obrigatório do direito de regresso*”, o tema a tratar nesta intervenção destina-se a analisar e debater o significado de duas das alterações mais significativas introduzidas pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprova o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e das Demais Entidades Públicas (RRCEE), no regime da responsabilidade civil extracontratual dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos por danos decorrentes de ações ou omissões adotadas no exercício da função administrativa e por causa desse exercício. São elas, (i) o alargamento da responsabilidade solidária do Estado aos casos de culpa grave e (ii) a consagração da obrigatoriedade do exercício do direito de regresso pelo Estado sobre os titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes.

¹ A presente intervenção tem por base a dissertação de Mestrado apresentada em Janeiro de 2012 na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, intitulada “*A responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos por danos decorrentes do exercício da função administrativa*”, aqui se enunciando apenas algumas das suas ideias principais, de forma necessariamente breve e sumária.

Para a abordagem desta matéria, tomamos como ponto de partida a afirmação de VIEIRA DE ANDRADE, segundo a qual uma das matérias mais relevantes e controvertidas para a caracterização dos regimes de responsabilidade “é a da repartição da responsabilidade entre o Estado (ou outras instituições públicas) e as pessoas através das quais actua nas situações concretas da vida”².

Com efeito, a forma como em cada momento é resolvida a questão da repartição de responsabilidade entre as entidades públicas e os seus agentes por danos causados a terceiros no exercício de funções públicas, assume uma importância fundamental no estudo do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado, quer determinando o *sentido da evolução* desse instituto, quer conformando a *função* do mesmo dentro do quadro constitucional e legal em que está inserido.

2. No que respeita ao *sentido da evolução* do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado pelo exercício da função administrativa, o que constatamos é que as linhas fundamentais dessa evolução no direito europeu e, também, no direito português, correspondem, justamente, a desenvolvimentos do esquema de repartição de responsabilidade entre o Estado e os seus agentes quando estejam em causa danos causados no exercício de funções públicas.

Neste sentido, identificamos três fases essenciais nessa evolução que, não sendo estanques entre si, coexistem e concretizam diferentes funções prosseguidas hoje por aquele instituto.

– Desde logo, uma primeira fase em que a *responsabilidade subjetiva do funcionário releva para efeitos de determinar a responsabilidade do Estado*. Correspondendo verdadeiramente ao surgimento de regimes de responsabilidade do Estado (em Portugal, na segunda metade do séc. XIX, com o Código Civil de 1867), a responsabilidade dos agentes públicos individualmente considerados que atuam ao serviço do Estado serve, acima de tudo, como forma de imputar a responsabilidade à pessoa coletiva

² VIEIRA DE ANDRADE, *A Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 137, n.º 3951, Julho-Agosto 2008, p. 362.

pública e não tanto como fundadora de um dever de indemnizar próprio daqueles.

– Depois, uma segunda fase em que *a responsabilidade do Estado passa também a fundar-se em circunstâncias objetivas*, para a determinação das quais irreleva a responsabilidade do titular do órgão, funcionário ou agente individualmente considerado. Está em causa o surgimento das teorias da responsabilidade pelo risco e por atos lícitos, no âmbito das quais as entidades públicas passam a responder, também, com base na responsabilidade dita administrativa.

– Por fim, uma terceira fase em que *a responsabilidade subjetiva do funcionário releva não apenas para determinar a responsabilidade da entidade pública, mas também para fundar um princípio de responsabilidade civil pessoal do agente público*. Trata-se de uma etapa mais recente, ditada por novas e diferentes preocupações e destinada a garantir a responsabilização pessoal dos funcionários, entendida esta como a repercussão na sua esfera patrimonial das consequências das atuações que, praticadas de forma mais censurável no exercício de funções públicas, provocaram danos a particulares. É da autonomização desta terceira fase no direito português que cuidará a nossa intervenção.

3. No que respeita à *função* desempenhada pelo instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado dentro do quadro constitucional e legal em que se insere, o que cabe assinalar é que a solução adotada por cada sistema jurídico quanto à repartição de responsabilidade entre o Estado e o agente público fornece a pista essencial para caracterizar essa função, de tal modo que daí pode resultar uma função mais garantística do pagamento de indemnizações aos particulares lesados – como é exemplo o sistema espanhol – ou mais responsabilizadora da atuação dos servidores públicos em nome da promoção da eficiência administrativa.

É precisamente o reforço da feição mais penalizadora das atuações ilícitas e culposas dos servidores públicos que se verifica na evolução do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, para o RRCEE de 2007, e que nos leva a dizer que o regime assume hoje uma função clara de promoção da

eficiência administrativa através do reforço da diligência e cuidado dos servidores públicos, cuja concretização serve de base a este tema.

II. O significado das alterações introduzidas pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro

4. Como referimos no enquadramento do nosso tema, o mesmo tem por base as duas inovações maiores introduzidas pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, no regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado pelo exercício da função administrativa regulado no RRCEE, que são, como já foi identificado, a extensão da regra da responsabilidade solidária do Estado aos casos de atuações ilícitas dos titulares de órgãos, funcionários e agentes praticadas com culpa grave, consagrada no art. 8.º do RRCEE, e a previsão expressa da obrigatoriedade do exercício do direito de regresso pela entidade pública contra aqueles, estabelecida no art. 6.º do RRCEE.

Assim formuladas, correspondem ambas a concretizações de regras constitucionais que decorrem da articulação entre o disposto no art. 22.º e nos n.ºs 1 e 4 do art. 271.º da CRP: o princípio da responsabilidade solidária do Estado com o titular de órgão, funcionário e agente e a regra do direito de regresso do Estado contra o funcionário público.

No que respeita à respetiva consagração no RRCEE, aquilo que pretendemos demonstrar é que, em ambos os casos, as novas regras vêm acentuar e contribuir para a autonomização de um princípio de responsabilidade civil pessoal dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos.

5. Quanto ao *alargamento da responsabilidade solidária do Estado aos casos de culpa grave*, esta constatação, porventura óbvia, decorre da circunstância de, por esta via, reforçar-se a dimensão da regra da solidariedade que visa reforçar a eficiência e eficácia do aparelho administrativo, através do alargamento das situações em que a lei permite ao lesado demandar diretamente o agente público causador do dano.

Com efeito, da articulação entre o disposto no art. 22.º e no n.º 1 do art. 271.º da CRP, entendemos serem dois os fundamentos maiores da

consagração constitucional da regra da responsabilidade solidária: em primeiro lugar, a salvaguarda do direito ao efetivo ressarcimento dos particulares lesados; em segundo lugar, a promoção da eficiência administrativa.

Quanto à salvaguarda do direito ao efetivo ressarcimento dos lesados, decorre do efeito de extensão à pessoa coletiva pública da responsabilidade pela atuação ilícita e culposa do agente público que subjaz à aplicação do regime da solidariedade, do qual deriva que a entidade pública pode ser demandada por uma atuação ilícita e culposa de um funcionário seu, sozinha ou conjuntamente com este e que, nessa medida, o lesado pode optar por acionar um ou outro, ou ambos, consoante o que se lhe afigurar mais vantajoso.

No que respeita à promoção da eficiência administrativa, valor decorrente do princípio da prossecução do interesse público, consagrado no n.º 1 do art. 266.º da CRP, manifesta-se sob duas ideias fundamentais.

Desde logo – e por contraposição a um regime de responsabilidade exclusiva do Estado –, uma ideia de estímulo à diligência dos servidores públicos. Nesta dimensão, decorrendo do regime da solidariedade a atribuição da responsabilidade por factos ilícitos não só ao Estado, como também à pessoa física causadora do dano, daí resulta uma sempre possível individualização externa³ do funcionário causador do dano, com uma clara função pedagógico-educativa e de incentivo a uma atuação correta e diligente daquele.

Depois – agora por contraposição a um regime de responsabilidade exclusiva do agente público – uma ideia de criação de condições para a existência de um corpo de servidores públicos eficiente e produtivo, que evite o perfil do “*administrador timorato*” ou “*formalista-burocrata*”⁴. Com efeito, se em lugar da regra da responsabilidade solidária do Estado estivesse consagrada a responsabilidade exclusiva do agente público por atos ilícitos praticados no exercício da função administrativa, daí poderia decorrer que, na sua atuação ao serviço do Estado, este assumisse uma contenção na sua

³ E não apenas interna, dentro do serviço público, para efeitos de responsabilização disciplinar.

⁴ Expressões de VIEIRA DE ANDRADE (*Panorama Geral do Direito da Responsabilidade “Civil” da Administração Pública em Portugal*), in *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*, III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, Marcial Pons, 1999, p. 44).

capacidade de iniciativa ou de decisão, de modo a reter em margens de risco suportáveis a possibilidade de uma responsabilização futura. Não sendo esta uma conduta desejável para uma Administração Pública que se pretende eficiente e produtiva, a consagração da regra da solidariedade visa justamente acautelar esse resultado.

Nesta medida, entendemos que a dimensão da regra da solidariedade que sai reforçada com a alteração introduzida no RRCEE é aquela que visa conferir maior eficácia e diligência do aparelho administrativo. Isto na medida em que, enquanto garantia do direito ao efetivo ressarcimento dos particulares lesados, a nova regra do RRCEE apenas em certa medida confere uma maior proteção ao particular lesado do que a que já era concedida pelo DL 48051, ao abrigo do qual, em casos de atos ilícitos praticados com culpa grave pelo funcionário, seria o Estado a responder exclusivamente perante o lesado (sem prejuízo do direito de regresso que poderia exercer posteriormente), o que já conferia ao particular a possibilidade de demandar o património teoricamente menos sujeito a risco de insolvência.

6. No que se refere à consagração da *obligatoriedade do exercício de direito de regresso*, o mesmo tipo de raciocínio pode ser levado a cabo, para o que cabe antecipar uma posição de princípio quanto a este ponto, que é a de que, em nosso entender, a *obligatoriedade do exercício do direito de regresso* neste âmbito decorre, desde logo, do n.º 4 do art. 271.º da CRP.

Com efeito, aderindo-se neste ponto ao entendimento de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS sobre a questão⁵, a posição defendida assenta na ideia de que o princípio da responsabilidade dos funcionários e agentes públicos é um princípio autónomo, consagrado no n.º 1 do art. 271.º da CRP, que como tal cabe ser efetivado.

Ora, se assim é, então admitir que o direito de regresso possa não ter um carácter obrigatório, equivaleria a admitir que a responsabilidade dos titulares de órgãos, funcionários e agentes pudesse não ser efetivada, contrariando o princípio geral contido no n.º 1 do art. 271.º da CRP, nos casos em que fosse o Estado a suportar o valor da indemnização. É que se a responsabilidade do

⁵ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 648.

Estado é sempre solidária com os funcionários públicos, nos termos do art. 22.º CRP, a única forma de a efetivar nos casos em que seja o Estado a suportar esse pagamento, é através do direito de regresso, razão pela qual este terá de ser encarado como de exercício obrigatório.

Deste modo, é o direito de regresso previsto no n.º 4 do art. 271.º da CRP, que garante a efetivação, no quadro de um regime de responsabilidade solidária do Estado com os seus agentes, do princípio da responsabilidade dos servidores públicos consagrado no n.º 1 daquele mesmo preceito, de onde resulta que o mesmo tenha necessariamente de ser de exercício obrigatório.

Assim sendo, a consagração legal da obrigatoriedade do exercício do direito de regresso no RRCEE, releva na medida em que indiscutivelmente eleva à categoria de dever a efetivação da responsabilidade do titular de órgão, funcionário e agente pelos atos ilícitos e culposos praticados, garantindo, pela necessidade de acionar mecanismos legais destinados a suprir o seu não exercício, a concretização do princípio da responsabilidade pessoal dos funcionários públicos.

7. Portanto, as novas regras quanto à repartição da responsabilidade entre o Estado e os seus funcionários introduzidas no RRCEE vieram significar, mais do que o reforço da proteção dos cidadãos lesados quanto à garantia do pagamento das suas indemnizações, a evolução no sentido de um sistema que visa tornar mais efetiva a responsabilidade dos agentes individuais que exercem funções ao serviço do Estado quando causam danos a cidadãos, em nome de uma Administração Pública mais eficiente e diligente, bem como de uma mais justa e equitativa distribuição dos encargos públicos, nos casos de danos causados de forma especialmente censurável pelos servidores públicos.

Sendo este o princípio, não é possível ficar alheio às suas possíveis consequências. Com efeito, como reconhece CARLA AMADO GOMES⁶, a nova solução do RRCEE pode provocar “*uma certa convulsão no âmbito da estrutura administrativa*”, seja por força da maior exposição a que os servidores públicos passam a estar sujeitos, seja em face da consagração expressa da obrigatoriedade do direito de regresso.

⁶ *A responsabilidade pessoal e institucional do dirigente da Administração Pública no quadro da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, in Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas, AAFDL, Lisboa, 2010, p. 181-182.*

Ora, é justamente numa tentativa de encontrar um sistema equilibrado, justo e eficiente de responsabilidade civil pública que este tema prossegue, procurando defender uma concretização deste princípio da responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que, na sua aplicação, seja capaz de integrar os diversos interesses em presença.

Para procedermos a este exercício, analisaremos três pontos diferenciados:

- Em primeiro lugar, com um intuito, acima de tudo, de clarificação, veremos quem são, hoje, os “*funcionários e agentes*” abrangidos por estas novas determinações legais;
- Em segundo lugar, procuramos analisar qual deve ser o conteúdo da obrigação de regresso dos titulares de órgão, funcionários e agentes;
- Em terceiro lugar, colocaremos algumas questões a propósito da efetivação judicial da responsabilidade dos titulares de órgãos, funcionários e agentes.

III. Âmbito pessoal

8. Neste ponto, são duas as questões que colocamos: a primeira, a de saber quem são à luz das alterações legais recentemente introduzidas em matéria de vínculos e remunerações na Administração Pública, os “*titulares de órgãos, funcionários e agentes*”; a segunda, a de concretizar a medida da extensão do respetivo regime aos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais e auxiliares de pessoas colectivas de direito privado, determinada pelo n.º 5 do artigo 1.º do RRCEE.

9. Quanto à primeira das questões colocadas, o tema assume relevância em face da entrada em vigor da nova legislação aplicável aos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, aprovada pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro (“LVCR”), que revogou o anterior Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro. Com efeito, pondo de lado os *titulares de órgãos*, relativamente a cuja caracterização o novo regime não tem qualquer implicação, a distinção entre *funcionários e agentes públicos*, que para todos os efeitos é aquela que, nesta matéria, é acolhida na Constituição e no RRCEE e que tinha plena

equivalência no regime legal definido pelo Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, deixou de valer no âmbito da LVCR.

Assim, atualmente a LVCR não alude às categorias de funcionário e agente administrativo, antes passando a consagrar como modalidades da constituição da relação jurídica de emprego público, nos termos do seu artigo 9.º, a nomeação, o contrato de trabalho em funções públicas e, em casos delimitados, a comissão de serviço, pelo que impõe-se um esforço de adequação entre os dois regimes e a formulação de uma proposta quanto ao entendimento da questão.

A proposta que fazemos, que difere da que já foi apresentada por CARLOS CADILHA⁷, assenta nas seguintes ideias essenciais:

– Em primeiro lugar, parece-nos que a utilização da expressão “*titulares de órgãos, funcionários e agentes*” como uma fórmula genérica, empregue na Constituição e em diversos preceitos do RRCEE, tem a potencialidade de reportar-se às situações mais comuns de relação funcional com o Estado, pelo que, transpondo este argumento para o domínio de aplicação da LVCR, isto significa que as categorias de *funcionário* e *agente* devem corresponder às modalidades mais frequentes de constituição de relações jurídicas de emprego público ao abrigo daquele regime jurídico, que são a nomeação e o contrato de trabalho para o exercício de funções públicas;

– Em segundo lugar, tendo agora por base as características subjacentes às noções de funcionário e agente administrativo, explicitadas no Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 28/1999⁸, a verdade é que as mesmas continuam a encontrar-se no âmbito das modalidades de relação jurídica de emprego público estabelecidas na LVCR.

Nesta perspetiva, todos os elementos imputados à noção de *funcionário* são detetados nas situações de relação jurídica de emprego público constituídas por tempo indeterminado, ou seja, por nomeação definitiva ou por contrato por tempo indeterminado: a *permanência*, reportada agora à integração em carreira, nos termos do artigo 40.º da LVCR; a *profissionalidade*, patente, por exemplo, no regime de garantias de

⁷ *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra Editora, 2008, pág. 44.

⁸ Publicado na 2.ª série do Diário da República, n.º 28, de 2 de Fevereiro de 2001, pp. 2304 e ss.

imparcialidade consagrado nos artigos 25.º a 30.º da LVCR; a *subordinação a um regime específico de direito público*, revelado por um conjunto de direitos e deveres predefinidos estatutariamente.

Quanto à noção de *agente*, parece-nos poder ser reconduzida às situações de nomeação provisória, contrato a termo resolutivo, certo ou incerto e comissão de serviço, atenta a ausência, nestes três casos, da característica da permanência.

No que respeita aos "*demais trabalhadores ao serviço das entidades abrangidas*", aí poderão caber as situações em que é admissível a celebração de contratos individuais de trabalho.

10. Passando agora para a segunda questão colocada neste ponto, relacionada com o n.º 5 do art. 1.º do RRCEE, está em causa um preceito que estende a aplicação do regime da responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa à responsabilidade civil de pessoas coletivas de direito privado e respetivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares, por ações ou omissões que adotem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições de direito administrativo, relativamente ao qual cabe colocar a questão de saber se fica abrangida por essa extensão a regra da obrigatoriedade do exercício do direito de regresso.

Dando resposta negativa a esta questão, VIERA DE ANDRADE defende que a obrigatoriedade do exercício do direito de regresso não vale para as pessoas coletivas privadas⁹, pelo menos para as que não sejam entidades administrativas. Também GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA realçam que é questionável o alargamento do âmbito subjetivo dos titulares de direito de regresso a entidades privadas que não revistam a natureza de entidades administrativas¹⁰.

Reconhecendo os argumentos usados em abono da posição contrária, manifestamo-nos, nesta matéria, em favor da posição que defende que o regime da obrigatoriedade do exercício do direito de regresso deve aplicar-se

⁹ Cfr., quanto aos argumentos utilizados pelo Autor, *A Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 137, n.º 3951, Julho-Agosto 2008, p. 365.

¹⁰ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 855.

às pessoas coletivas de direito privado¹¹ quando adotem ações ou omissões no exercício de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo, o que sustentamos com base nas razões que passamos a expor.

Em primeiro lugar, é apenas uma parte da atividade destas entidades privadas que está sujeita à aplicação desta regra, justamente aquela em que se manifesta o exercício de poderes públicos ou a aplicação de princípios e normas de direito administrativo, pelo que não estará em causa uma restrição desproporcionada da autonomia e gestão patrimonial dos particulares. Estamos perante o exercício de funções suscetíveis de afetar os particulares da mesma forma que atuações das entidades públicas com a mesma natureza¹² e, nessa medida, merecedoras do mesmo tipo de tratamento ao nível do regime de responsabilidade.

Em segundo lugar, é o próprio RRCEE que determina esta equiparação de regimes quanto às ações ou omissões adotadas por pessoas colectivas de direito privado e seus trabalhadores no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo, sem estabelecer qualquer distinção quanto às regras que devem valer para efeitos dessa equiparação.

Refere-se ainda o ponto de vista de CARLA AMADO GOMES e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO a este propósito, quando justificam a extensão da regra do exercício obrigatório do direito de regresso às entidades privadas com base, entre outros, em argumentos de ordem financeira, na medida em que, estando em causa o exercício, por uma entidade privada, da função administrativa, a mesma receberá dinheiros públicos ou de origem pública, que justificarão a aplicação daquela regra à situação em apreço¹³.

¹¹ Igualmente neste sentido, CARLA AMADO GOMES, em razão da idêntica valência do argumento que aponta para o incremento da diligência e cuidado que advém da consagração do direito de regresso obrigatório (*A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração por Facto Ilícito*, in *Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, AAFDL, Lisboa, 2010, p. 55).

¹² Neste sentido, vale a ideia de que um dos princípios constitucionais em que se ancora o princípio da responsabilidade subjetiva dos funcionários ou agentes do Estado é o da proteção fundamental do cidadão (GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição....*, II, p. 852).

¹³ *Topicamente – e a quatro mãos... - sobre o novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, in *Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, AAFDL, Lisboa, 2010, p. 263.

IV. A obrigação de indemnizar do agente público e o direito de regresso do Estado

11. Como anunciado, a questão seguinte a tratar respeita a determinar o conteúdo da obrigação de indemnizar do agente público, quando exercido o direito de regresso do Estado contra ele. Associada a esta questão e diretamente ligada à resposta que lhe dermos, abordaremos o problema de saber se pode haver direito de regresso do agente público contra o Estado.

Vejamos cada um destes problemas separadamente.

IV.1. O conteúdo da obrigação de regresso

12. Considerando o tema da nossa intervenção, a questão que se coloca respeita a saber se o direito de regresso do Estado contra o funcionário deve corresponder a um reembolso integral do montante pago pela entidade pública ao lesado ou se, de outro modo, Estado e servidor público devem repartir entre si o montante da indemnização.

Sobre o problema da repartição da dívida em casos de solidariedade passiva, estabelece o art. 516.º do Código Civil (CC) que, na falta de disposição em contrário presume-se que os co-devedores participam em partes iguais na dívida; o afastamento desta presunção deve decorrer da específica relação jurídica existente entre os obrigados, da qual pode resultar que essas partes não sejam iguais ou até que apenas um deles deva suportar a integralidade da obrigação. No que especificamente concerne ao direito de regresso no caso de responsabilidade civil com pluralidade de responsáveis, o n.º 2 do artigo 497.º do CC (responsabilidade por factos ilícitos) e o n.º 2 do artigo 507.º do CC (responsabilidade pelo risco) estipulam regras específicas, no primeiro caso estabelecendo que o direito de regresso existe na medida das culpas de cada um dos responsáveis, que se presumem iguais e no segundo determinando que, não havendo culpa de nenhum dos responsáveis, a obrigação de indemnização reparte-se¹⁴, devendo apenas os culpados responder, no caso contrário.

¹⁴ Referindo-se a uma situação muito específica, o n.º 2 do artigo 507.º do CC estabelece que a obrigação de indemnização se reparte "de acordo com o interesse de cada um na utilização do veículo".

Assim, a questão de saber de que modo se reparte a obrigação de indemnizar entre o Estado e os titulares de órgãos, funcionários e agentes, no âmbito da responsabilidade pelo exercício da função administrativa, tem três respostas teoricamente possíveis: a primeira, a de caber ao Estado a integralidade do pagamento da indemnização devida; a segunda, a de responder o funcionário pela totalidade dessa obrigação; a terceira, a de ambos os responsáveis responderem pelo montante em causa.

13. Antecipando desde já a nossa resposta quanto a esta questão, entendemos que a melhor solução passa por defender que ao funcionário não cabe, necessariamente e em todas as situações, responder pela totalidade da indemnização devida ao lesado¹⁵, o que passamos já a justificar.

Em primeiro lugar, porque quanto a nós, esse é o entendimento mais consentâneo com a natureza de princípio de responsabilidade *subjetiva* dos funcionários ou agentes do Estado que o art. 271.º da CRP desempenha, de forma autónoma face ao princípio da responsabilidade direta do Estado consagrado no artigo 22.º da CRP.

Em segundo lugar, porque a defesa de uma posição favorável à responsabilidade do funcionário pela totalidade da obrigação de indemnizar, nos casos em que este responde conjuntamente com o Estado, não se afigura adequada a resolver, do ponto de vista dos valores constitucionais subjacentes, o confronto entre a regra da responsabilidade solidária, resultante do art. 22.º da CRP, e o princípio da prossecução do interesse público, consagrado no art. 266.º da CRP. Com efeito, como é assente na doutrina e jurisprudência, designadamente em resultado da discussão travada durante longo tempo em torno da admissibilidade da restrição da responsabilidade dos funcionários públicos em casos de culpa leve, a consagração do princípio solidariedade que resulta do art. 22.º da CRP não se impõe de forma absoluta ou acima de qualquer outro valor constitucionalmente consagrado.

Na realidade, em conformidade com o regime associado à natureza de direito fundamental análogo a um direito, liberdade e garantia do art. 22.º da CRP, é justamente tendo em consideração a necessidade de conjugação

¹⁵ Entendimento diverso é sufragado, designadamente, por Carlos CADILHA (*Regime...*, p. 139).

desse princípio com outros valores constitucionalmente tutelados¹⁶ que é genericamente admitida a legitimidade da restrição do conteúdo da responsabilidade solidária, num sentido, até, de desresponsabilização total dos funcionários públicos em casos de actuações menos censuráveis.

Apesar de datados e circunscritos, os pressupostos deste debate devem ser chamados a aplicar-se na situação em apreço, no âmbito da qual as preocupações em confronto não deixam de partilhar da mesma natureza. Com efeito, as mesmas razões que fundamentam a legitimidade da solução que isenta de responsabilidade o agente público quanto a atuações causadas com culpa leve, devem impor-se quando se trata de definir o conteúdo da obrigação de indemnizar que cabe ao funcionário nos termos da articulação entre o art. 22.º e o art. 271.º da CRP.

Não estando em causa, *in casu*, afastar a responsabilidade dos funcionários, do que se trata, contudo, é de defender que a medida da indemnização devida ao lesado, que lhes caiba suportar, deve ser determinada no quadro da necessária conjugação entre os fundamentos que estão na base da consagração do princípio da solidariedade e as preocupações decorrentes do princípio da prossecução da eficácia e eficiência do interesse público, concretizados à luz dos valores subjacentes ao princípio da proporcionalidade

E neste plano, afigura-se que uma solução que afirme, em todos os casos, a responsabilidade dos funcionários pela totalidade da indemnização, não responde à necessidade de articulação daqueles princípios, na medida em que desconsidera as circunstâncias específicas da atuação do funcionário público. Concretizando esta ideia, afigura-se, pois, que um entendimento em favor da responsabilidade integral do funcionário pelo dano causado, é apenas defensável por quem tome por relevante um único fundamento para a regra da solidariedade – a garantia do pagamento da indemnização –, já não para quem, como nós, associe a esse outro fundamento, de igual relevância – a promoção da eficiência do aparelho administrativo.

¹⁶ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 215. Também GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA referem que a responsabilidade se conecta com “*outros princípios jurídico-constitucionalmente estruturantes*”, como o princípio do Estado-de-direito, o princípio da constitucionalidade e legalidade e da ação do Estado e o princípio da igualdade (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 425).

De resto, acrescente-se ainda que a analogia com a regra do n.º 2 do artigo 507.º do CC para determinar a atribuição da quota-parte de responsabilidade a cada um dos obrigados solidários por atuações cometidas no exercício da função administrativa, sempre poderia ser questionada, na medida em que tal preceito corresponde a um aspeto do regime civilístico da responsabilidade solidária que disciplina as relações internas entre os co-obrigados nos casos em que a situação de responsabilidade que recai sobre várias pessoas se funda no risco, sendo que, neste caso, pelo menos a responsabilidade do agente público será exclusivamente subjetiva.

14. Aqui chegados, cabe então perguntar como se determina a quota-parte da indemnização que deve ser reclamada pelo Estado dos seus agentes públicos em sede de ação de regresso.

Neste ponto, entendemos que não existe uma proporção única, passível de ser aplicada como regra em todos os casos em que se verifique uma situação de responsabilidade conjunta do Estado e do funcionário por danos causados em resultado da prática de factos ilícitos no exercício da função administrativa. Essa proporção deve ser aferida caso a caso, ao abrigo de uma ideia de equidade e em função das circunstâncias que geraram a situação de responsabilidade civil.

Cite-se, a este propósito, a solução espanhola, que não só prevê no *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (RJAPPAC) um procedimento administrativo específico para efetivar o direito de regresso contra o funcionário, como estabelece expressamente no n.º 2 do artigo 145.º, que sejam ponderados diversos critérios para determinar o montante a reembolsar pelo funcionário.

Dito isto, resta-nos avançar alguns critérios que a ponderação do montante da obrigação de indemnizar dos funcionários deve levar em conta, seja através da sua expressa consagração legal, seja no quadro da concretização de uma ideia de equidade¹⁷:

¹⁷ Também MARGARIDA CORTEZ se pronunciou sobre este tema, num sentido semelhante ao que vimos defendendo. Com efeito, após defender a tese da obrigatoriedade do exercício do direito de regresso, escreve a Autora que "*discricionariedade existirá apenas quanto à determinação do valor a reclamar, que deverá resultar de uma ponderação de vários factores, a saber: o resultado danoso produzido, a existência ou não de intencionalidade, a responsabilidade profissional do agente ao serviço da Administração e a sua relação com a produção do resultado danoso*" (*Contributo para uma reforma da lei da responsabilidade civil*

–Em primeiro lugar, o *grau de censurabilidade* da atuação ilícita e danosa do funcionário, num critério que se traduz em atribuir relevância ao grau de culpa com que actuou o agente causador de dano, valorando diferentemente o dolo ou a culpa grave. Saliente-se que, no quadro da legislação geral aplicável à responsabilidade civil por factos ilícitos, o art. 494.º do Código Civil manda atender, na determinação da indemnização devida, a circunstâncias específicas relacionadas com a situação da pessoa individual causadora do dano, como o grau de culpa da atuação ilícita, habilitando, em casos de mera culpa, à sua fixação com recurso à equidade.

–Em segundo lugar, o *conteúdo funcional do cargo desempenhado pelo titular de órgão, funcionário ou agente causador do dano*. Com efeito, das funções legalmente atribuídas ao funcionário causador do dano pode decorrer uma maior ou menor extensão da sua responsabilidade pessoal, seja em vista do tipo de interesses que lhe caiba assegurar, seja em vista dos danos potencialmente causáveis pelo tipo de actividade que prossegue ou pelos meios que tem ao seu dispor para a executar.

–Em terceiro lugar, a *eventual contribuição de outras pessoas para a actuação danosa*. Neste campo, assume relevância determinar, por exemplo, em que medida uma determinada atuação resulta da falha de toda uma unidade orgânica pela qual apenas um funcionário concreto responde¹⁸.

–Em quarto lugar, a *conduta profissional do funcionário causador do dano*, designadamente ponderando-se o número de anos ao serviço da Administração, o seu desempenho e eventuais situações de reincidência.

–Em quinto lugar, o *valor do dano causado a situação económica do agente responsável*. Estando em causa o exercício da função administrativa do Estado, que exige a tomada de decisões relativamente a interesses de avultado valor económico, é razoável que se pondere, na determinação da parte da responsabilidade pela qual o funcionário deve responder, a medida em que esse valor é passível de ser coberto pelo

da Administração, in Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado – Trabalhos preparatórios da reforma, Ministério da Justiça, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 260).

¹⁸ Esta situação distingue-se da designada falta de serviço, no âmbito da qual não é possível imputar a nenhum funcionário em concreto a responsabilidade pela atuação danosa.

património de uma pessoa individual que atua ao serviço da pessoa colectiva pública.

15. A ultimar este ponto, deixa-se uma referência final indispensável a um acontecimento que espelha bem a importância e centralidade deste tema para a configuração de um regime justo, equilibrado e eficiente de responsabilidade civil extracontratual do Estado pelo exercício da função administrativa. Trata-se do veto presidencial à Proposta de Lei n.º 56/X, relativamente ao qual esta problemática fundamentou uma das mais fortes objeções colocadas pelo Presidente da República ao referido diploma.

Com efeito, pode ler-se na declaração presidencial, referindo-se aos atos praticados no exercício da função administrativa com dolo ou culpa grave, que *“os actos em causa podem corresponder a vultuosos interesses violados, sem que o funcionário ou dirigente possa, de alguma forma, eximir-se à sua participação na decisão, sob pena de violar os seus deveres, sendo que não há qualquer controlo sobre a proporcionalidade entre os interesses que o funcionário representa – os interesses do Estado – e a sua capacidade financeira para ressarcir os particulares lesados.”*

Ora, é justamente a defesa acesa da aplicação do princípio da proporcionalidade a esta matéria que está na base da argumentação que defendemos, aplicação essa que não nos parece carecer, contudo, de expressa determinação legal para a sua efetivação, na medida em que corresponde à concretização de imperativos constitucionais do nosso sistema de responsabilidade, que devem prevalecer também nesta sede.

IV.2. O exercício do direito de regresso pelo funcionário contra o Estado

16. Diretamente relacionada com a questão de saber se o funcionário deve, em todos os casos, reembolsar integralmente a indemnização paga pelo Estado ou se são admissíveis critérios nessa equação, está a questão de saber se o funcionário pode exercer direito de regresso contra a Administração. É que se se entender que ao funcionário não cabe necessariamente responder pelo todo da indemnização, deve daí decorrer que, nos casos em que tenha

suportado uma indemnização num montante superior ao devido, cabe ser reembolsado.

Uma vez mais, a doutrina assume posicionamentos diversos quanto a este tema.

Assim, sem ligar expressamente aqueles dois problemas, entende PAULO OTERO que pode existir direito de regresso tanto da Administração contra os agentes público como destes em relação à entidade pública¹⁹. Discordando deste entendimento, escreve PAULO VEIGA E MOURA que tal posição “além de não autorizada constitucionalmente nem prevista legalmente, esquece que o fundamento da solidariedade da responsabilidade dos actos ilícitos e culposos praticados pelos funcionários e agentes não é a protecção destes, mas sim a salvaguarda do direito ao efectivo ressarcimento dos lesados e a promoção da eficácia do aparelho administrativo”²⁰. Neste sentido, entende o Autor, referindo-se ao direito de regresso consagrado no n.º 4 do artigo 271.º da CRP, que “literalmente ali se consagra a existência desse direito”.²¹

Temos para nós que a melhor posição é aquela que admite o direito de regresso nos dois sentidos, como passamos a explicar.

17. Com PAULO VEIGA E MOURA, concordamos que, entre os fundamentos da solidariedade da responsabilidade dos atos ilícitos e culposos praticados pelos funcionários e agentes, estão a salvaguarda do direito ao efectivo ressarcimento dos lesados e a promoção da eficácia do aparelho administrativo.

Mais. Com PAULO VEIGA E MOURA concordamos que se no artigo 22.º da CRP se afirmara a solidariedade da responsabilidade entre o Estado e os funcionários, nenhuma razão justificaria a necessidade de se prever o regresso por parte de quem ressarciu o lesado, uma vez que esse direito é co-natural à responsabilidade, nos termos dos artigos 497.º e 524.º do CC²².

¹⁹ Cf. *Responsabilidade Civil ...*, p. 501. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS aderem a esta posição de PAULO OTERO (*A Constituição...*, Tomo III, p. 648)

²⁰ *A Privatização...*, p. 191.

²¹ *A Privatização...*, p. 190.

²² Também GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA sustentam que “Ao estatuir, no ar. 22.º, uma responsabilidade solidária do Estado e dos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, pressupõe-se, nos termos gerais das obrigações solidárias, a possibilidade de direito de regresso (art. 271.º-4) do Estado e demais entidades públicas” (*Constituição...*, Volume I, p. 435).

Onde já não concordamos com aquele Autor é quando justifica a previsão autónoma do direito de regresso do Estado contra o funcionário, que consta do n.º 4 do artigo 271.º da CRP, com a opção do legislador por um sistema em que apenas há direito de regresso nesse caso.

É que, embora a letra do preceito constitucional apenas se refira ao direito de regresso a exercer pelo Estado, não nos parece que o faça no sentido de atribuir esse direito apenas à pessoa coletiva pública, de tal modo que, não fora esta norma, esse direito não lhe assistiria. Pelo contrário, o n.º 4 do artigo 271.º da CRP parece partir do reconhecimento da existência do direito de regresso como "*co-natural à responsabilidade solidária*" para, a partir daí, dirigir um comando ao legislador no sentido de o regular, de molde a garantir que o princípio da responsabilidade dos funcionários que decorre do n.º 1 do artigo 271.º da CRP é cumprido.

Ou seja, na nossa perspetiva, não é o n.º 4 do artigo 271.º da CRP a fundar o direito de regresso do Estado contra os titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes mas sim o próprio regime de solidariedade, que rege a responsabilidade conjunta daqueles dois entes por atuações praticadas no exercício das suas funções administrativas, nos termos do disposto no art. 22.º e no n.º 1 do art. 271.º da CRP, e que tem como um dos traços do respetivo regime, o direito de regresso em favor do co-devedor que satisfaça integralmente a prestação devida. Desde modo, o direito de regresso decorre do regime da solidariedade da responsabilidade que a Constituição e a lei invocam e que, nessa medida, pressupõem.

Assim sendo, deve daqui resultar que o direito de regresso também pode ser exercido pelo agente público contra o Estado, de acordo com o regime da solidariedade da respetiva responsabilidade, sempre que aquele tenha satisfeito uma indemnização em valor superior ao que é por si devido.

V. A efetivação judicial do direito de regresso

18. Chegamos assim ao último ponto da nossa intervenção, dedicado a colocar algumas questões em torno das implicações processuais da consagração da obrigatoriedade do exercício do direito de regresso, especialmente no que respeita ao disposto no n.º 4 do art. 8.º do RRCEE.

Para esse efeito, partimos do cenário relevante para a análise da efetivação judicial do direito de regresso pelo Estado, que é o da condenação da entidade pública em ação de responsabilidade intentada pelo particular lesado contra o Estado com fundamento em responsabilidade por ato ilícito praticado no exercício de funções administrativas, para dizer que a mesma pode terminar de duas formas quanto à demonstração do grau de culpa da atuação ou omissão ilícita do titular de órgão, funcionário ou agente que esteja na base dessa condenação: pode terminar com a demonstração do dolo ou culpa grave da atuação do agente público, caso em que, nos termos do disposto nos n.ºs 1 a 3 do art. 8.º do RRCEE, o Estado goza de direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários e agentes; ou pode terminar sem a demonstração desse dolo ou culpa grave, aplicando-se a presunção de culpa consagrada no n.º 2 do art. 10.º, caso em que a ação deve prosseguir nos termos do disposto no n.º 4 do art. 8.º do RRCEE.

Ou seja, apenas podendo haver lugar ao exercício do direito de regresso pelo Estado contra os titulares de órgãos, funcionários e agentes no caso de atuações ou omissões ilícitas destes praticadas com dolo ou culpa grave, o que se verifica é que a forma como o Estado pode exercer esse direito de regresso e assim fazer repercutir sobre o agente a indemnização paga, está dependente da concreta configuração da causa de pedir pelo lesado, autor na competente ação judicial e do fundamento da decisão de condenação do Estado no pagamento da indemnização.

A nossa análise procura levantar algumas questões circunscritas ao disposto no n.º 4 do art. 8.º do RRCEE, que constitui uma solução nova neste âmbito, apenas introduzida em sede de discussão na especialidade na Assembleia da República da Proposta de Lei n.º 56/X, que veio a dar origem à Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro. Tratando-se de uma norma de cariz eminentemente processual integrada num diploma de dimensão substantiva, a análise que pretendemos fazer visa abordar em que medida a sua consagração representa a tentativa de garantir a efetivação do princípio da responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes.

19. Assim, começando pelos *pressupostos de aplicação* do regime consagrado no n.º 4 do art. 8.º do RRCEE, entendemos que está em causa um

regime de aplicabilidade delimitada aos casos em que, na sentença de condenação do Estado, não tenha sido apurado o concreto grau de culpa com que atuou o titular de órgão, funcionário ou agente causador dos danos.

Daí decorre, conseqüentemente, o seguinte:

–Em termos de situação típica, o n.º 4 do art. 8.º do RRCEE tem em vista os casos em que o fundamento da condenação do Estado reside numa atuação ou omissão ilícita do agente público que, no que respeita ao requisito da culpa, assenta na presunção estabelecida no n.º 2 do art. 10.º do RRCEE²³, para as quais, aliás, o próprio preceito remete. Relevante será, portanto, a presunção de culpa e não o facto de se tratar de culpa leve, de tal modo que, podendo haver culpa leve demonstrada e não presumida, essa situação afastará irremediavelmente o exercício do direito de regresso pelo Estado ou outra entidade pública.

–Sendo esta a situação típica, deve afastar-se do âmbito de aplicação do n.º 4 do art. 8.º do RRCEE uma outra hipótese de condenação do Estado com fundamento em culpa leve presumida do titular de órgão, funcionário ou agente, resultante das situações em que, não se logrando demonstrar em juízo o dolo ou culpa grave da atuação de um funcionário público mas apenas a sua ilicitude, há ainda assim lugar à aplicação da presunção de culpa leve, nos termos do n.º 2 do artigo 10.º do RRCEE. Ora, nos casos em que a presunção de culpa se aplique por afastamento do dolo ou culpa grave, estes já terão sido apurados judicialmente (concluindo-se pela sua inexistência no caso concreto), não devendo mais colocar-se a questão do direito de regresso.

20. Passando agora para a aplicação do preceito, trata-se de ponto relativamente ao qual têm sido apontadas diversas críticas à norma, no sentido de colocar em causa a sua operacionalização.

Com efeito, começando por destacar a proximidade entre a solução contida no n.º 4 do art. 8.º do RRCEE e o regime consagrado no art. 329.º do CPC, CARLOS CADILHA²⁴ e CARLA AMADO GOMES²⁵ apontam para dificuldades na aplicação deste preceito, essencialmente relacionadas com a ausência de

²³ Manifestando-se contra a opção de restringir o n.º 4 do artigo 8.º do RRCEE às situações de presunção de culpa do n.º 2 do artigo 10.º do RRCEE, cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS (*“Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral, Tomo III”*, Dom Quixote, Maio de 2008, p. 37).

previsão de chamamento do funcionário, no n.º 4 do art. 8.º do RRCEE, e as implicações do alcance do caso julgado, que impediriam aplicação da norma do RRCEE.

Tratando-se, sem dúvida, de críticas significativas, as mesmas não devem, contudo, deixar de merecer alguma ponderação de outra ordem, estruturada em torno de duas ideias essenciais: a primeira, a de que o funcionamento deste regime não deve ser lido à luz dos pressupostos de aplicação de mecanismos de intervenção de terceiros previstos no CPC, que podem sempre aplicar-se enquanto tal; a segunda, a de que, em qualquer caso, não seria o mecanismo previsto no artigo 329.º do CPC a estar na base deste preceito:

Quanto à primeira ideia, considerando que o regime processual que rege a tramitação de uma ação de indemnização contra o Estado decorre do próprio CPC, no caso de uma acção administração comum (art. 42.º do CPTA), ou do CPTA, no caso de uma acção administrativa especial²⁴, a que é aplicável supletivamente o disposto na lei de processo civil (art. 1.º do CPTA), sempre poderão ser usados os mecanismos processuais previstos no CPC, designadamente quanto à intervenção de terceiros. Daqui decorre, pois, que a aplicabilidade do disposto no n.º 4 do art. 8.º do RRCEE não deve ficar dependente da previsão dos pressupostos de aplicação de outros regimes do CPC, os quais, na medida em que sempre poderão aplicar-se enquanto tal, não devem ser encarados como fundamento desta regra do RRCEE.

Isto visto, também não nos parece isenta de dúvidas a afirmação da alegada inspiração do n.º 4 do art. 8.º do RRCEE pelo n.º 3 do art. 329.º do CPC.

Com efeito, entende-se que só aparentemente existe similitude entre as duas normas, já que a situação que despoleta o regime subjacente a cada uma é substancialmente diferente: o preceito do CPC regula uma situação de intervenção principal provocada de um terceiro e destina a aplicar-se aos casos em que existe uma obrigação solidária entre dois devedores e a prestação é exigida na totalidade apenas a um deles; já o disposto no n.º 4 do

²⁴ *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra Editora, 2008, p. 104 e 105 e 144 ss.

²⁵ *A responsabilidade pessoal e institucional do dirigente da Administração Pública no quadro da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*, in *Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, AAFDL, Lisboa, 2010.

²⁶ No caso de uma cumulação de pedidos com um pedido de impugnação do ato, por exemplo.

art. 8.º do RRCEE destina a aplicar-se numa situação em que, pelo contrário, não existe (ainda) uma obrigação solidária entre dois devedores, na medida em que a responsabilidade do Estado fundada em ações ou omissões ilícitas cometidas com culpa leve pelos agentes públicos, que constitui a situação típica subjacente à sua aplicação, pressupõe a responsabilidade exclusiva da entidade pública.

Neste sentido, o regime de intervenção de terceiros mais adequado a aplicar-se à situação prevista pelo n.º 4 do art. 8.º do RRCEE – e que, repita-se, não é afastado pelo referido preceito – sempre pareceria ser o da intervenção acessória provocada, consagrado nos artigos 330.º a 333.º do CPC, que pressupõe duas relações jurídicas materiais distintas: a que é discutida entre o autor e o réu e a que decorre da acção de regresso ou “*ulterior acção de indemnização*” (cfr. parte final do n.º 4 do artigo 332.º do CPC), que fundamenta o chamamento do terceiro^{27/28}.

21. Finalmente, refira-se ainda que, ao prever a prossecução da acção para efeitos de apuramento do grau de culpa do titular de órgão, funcionário ou agente e “*em função disso, do eventual exercício de regresso*” por parte da entidade pública, a parte final do n.º 4 do art. 8.º do RRCEE não parece dispensar a necessidade de a acção de regresso ser proposta autonomamente, após o decurso desta fase processual entre o Estado e o agente público.

Apesar de se reconhecerem as vantagens, em termos de economia processual, de um entendimento em sentido diferente, parece-nos, contudo, que o que esta fase processual visa é apenas o apuramento do grau de culpa da atuação do agente público responsável, para efeitos de poder ser intentada acção de regresso contra ele, num paralelismo com o regime que

²⁷ Assim o refere SALVADOR DA COSTA (*Os Incidentes da Instância*, 5.ª edição Actualizada e Ampliada, Almedina, Coimbra, Setembro de 2008, p. 138).

²⁸ Com relação a este aspecto escreveu LEBRE DE FREITAS que deve existir uma relação de prejudicialidade entre a acção em que o chamamento tem lugar e a acção em que, posteriormente, o réu faz valer o seu direito à indemnização contra o terceiro, de tal modo que naquela segunda acção estarão apenas em discussão os restantes pressupostos substantivos do direito à indemnização, que não constituíram objecto da primeira (*Chamamento...*p. 770). No mesmo sentido, SALVADOR COSTA refere que entre a relação jurídica da titularidade do autor e do réu e do terceiro basta existir uma conexão de “*relativa dependência consubstanciada no facto de a pretensão de regresso do réu contra o chamado se apoiar no prejuízo decorrente da perda da demanda*” (*Os Incidentes...*, p. 141).

decorreria se estivesse em causa a situação prevista no n.º 3 do art. 8.º do RRCEE.

Entendimento diferente resultaria se o regime atual tivesse previsto, como alguns Autores reclamam, a obrigatoriedade de demanda da entidade pública e do agente causador do dano sempre que se verificassem os pressupostos da solidariedade, consagrando o litisconsórcio necessário passivo nestas situações²⁹. Não sendo essa a opção, daí decorre que o agente público não tenha necessariamente de estar presente no processo que determinou a condenação do Estado para poder ser exercido o direito de regresso contra ele.

22. Portanto, e tendo em consideração o que acabamos de dizer, cabe assentar em que o regime consagrado no n.º 4 do art. 8.º do RRCEE pretende ir mais além do que o regime processual aplicável já hoje permite, sob pena de se revelar desnecessária a sua consagração num diploma de cariz substantivo como este.

Nesse sentido, o que o regime subjacente ao n.º 4 do art. 8.º do RRCEE parece procurar é o equilíbrio entre a regra que faz presumir a culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos – ou, dito de outro modo, a regra que determina a desnecessidade de demonstrar o concreto grau de culpa com que atuou um dado servidor público para haver lugar a condenação do Estado – e a determinação da obrigatoriedade do exercício do direito de regresso, de modo a que a entidade pública não fique impedida de exercer esse direito de regresso quando seja condenada nos termos do n.º 1 do art. 7.º do RRCEE, por efeito da aplicação da presunção de culpa leve estabelecida no n.º 2 do art. 10.º do RRCEE³⁰.

Aparentemente linear nos seus pressupostos, reconhecemos, contudo, que a experiência futura de aplicação deste regime, ou uma eventual clarificação

²⁹ Neste sentido, PAULO VEIGA E MOURA, *A Privatização...*, cit., pág. 198.

³⁰ CARLA AMADO GOMES refere-se deste modo ao regime do n.º 4 do artigo 8.º do RRCEE, destacando a sua *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 de superior de responsabilidade do agente...” (A *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração por Facto Ilícito*, in *Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, AAFDL, Lisboa, 2010, p. 73).

legislativa, poderão ser de grande utilidade para garantir o respetivo funcionamento com clareza.

VI. Reflexões finais

Em jeito de conclusão, deixamos as seguintes reflexões finais.

Primeira: o RRCEE veio concretizar uma função autónoma de responsabilização pessoal dos titulares de órgãos, funcionários e agentes por atuações funcionais ilícitas e culposas destes, patente no alargamento da responsabilidade solidária aos casos de culpa grave e na consagração da regra da obrigatoriedade do exercício do direito de regresso, procurando garantir que estes respondem pessoalmente pelas acuações mais censuráveis praticadas no exercício de funções públicas.

Segunda: a concretização desta função deve, contudo, ter em linha de conta as exigências do princípio de proporcionalidade, bem como uma ideia de prossecução do interesse público assente em duas dimensões: a do incremento da diligência e cuidado dos agentes públicos tendo em vista atuações ponderadas e refletidas dos agentes públicos mas também a da promoção da eficiência e eficácia da máquina administrativa, mediante o incentivo à capacidade de iniciativa, ação e inovação desses mesmos agentes públicos.

Terceira: o trabalho a desenvolver daqui para a frente deve ser o de contribuir para um sistema justo, adequado e eficiente, que alie estas duas vertentes, aceitando aquele que é destacado por VIEIRA DE ANDRADE como o grande desafio dos juristas nesta matéria: assegurar um regime geral coerente das relações de responsabilidade entre os poderes públicos, os privados que realizam tarefas públicas e os particulares lesados³¹.

[voltar ao início do texto](#)

³¹ *Panorama Geral do Direito da Responsabilidade «Civil» da Administração Pública em Portugal, in La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos, III Colóquio Hispano-Luso de Direito Administrativo, Valladolid, 1997, pág. 57.*

[Voltar ao índice](#)

A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde por atos de prestação de cuidados de saúde

Cláudia Monge

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Advogada

I. Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual? **1.** Enquadramento; **2.** A prestação de cuidados de saúde como relação obrigacional complexa: **i)** o direito a prestações de saúde e o artigo 64.º da Constituição; a obrigação principal; **ii)** deveres específicos e deveres de proteção; **II.** A natureza pública e a natureza privada da relação de prestação de cuidados de saúde: dualidade de regimes? Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual: concurso de títulos de imputação? **III.** Fundamentos de responsabilidade objetiva?

I. Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual?

1. Enquadramento

Como é consabido, a prestação de cuidados de saúde pode gerar responsabilidade civil, penal, profissional e deontológica, sendo os mesmos factos suscetíveis de determinar a aplicação de diferentes regimes e de diferentes sanções, que coexistem entre si. A presente perspetiva de análise, integrada na conferência dedicada aos *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, incidirá naturalmente sobre a responsabilidade civil.

Não obstante assim enquadrada, no âmbito desta conferência, a matéria a versar, não gostaríamos de deixar de apresentar algumas considerações, a título de reflexões, sobre a natureza, extracontratual ou contratual, da responsabilidade civil dos estabelecimentos hospitalares.

Na verdade, temos vindo a questionar e por em crise a natureza extracontratual da responsabilidade civil dos estabelecimentos hospitalares pela prestação de cuidados de saúde.

A discussão doutrinária sobre a aplicação do regime da responsabilidade civil contratual ou do regime da responsabilidade civil extracontratual é uma questão que tem vindo a ser colocada também, e aliás em primeira instância, no âmbito de relações jurídicas de direito privado¹.

Esta discussão aplicada à responsabilidade médica assume pertinência, pois os danos que possam resultar da prestação de cuidados de saúde podem traduzir-se: i) em violação de direitos de personalidade, como o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à saúde, o direito à integridade moral e o direito à reserva da intimidade da vida privada, violação essa que conduz à aplicação do regime de responsabilidade civil extracontratual; ii) mas simultaneamente em violação de obrigações e deveres contratuais, como a violação da obrigação principal de prestação de cuidados de saúde adequados, de acordo com as *legis artis* e em tempo útil, ou a violação de deveres como o dever de prestar informação, de obter consentimento prévio e esclarecido ou o dever de sigilo, o que significa aplicar o regime da responsabilidade civil contratual, por violação de um contrato, celebrado com o médico ou com o estabelecimento de saúde.

A prestação de cuidados de saúde traduz uma relação obrigacional complexa² e nela incidem deveres que são deveres legais e que são igualmente deveres contratuais.

Assim, é admissível considerar que há responsabilidade civil contratual, por violação de um contrato, celebrado com o médico ou com o estabelecimento de saúde e que ocorrerá responsabilidade civil extracontratual ou delitual por violação de direitos de personalidade (violação do direito à vida, à integridade física, à integridade moral, à saúde, à reserva da intimidade da vida privada).

¹ Sobre a natureza da responsabilidade civil dos médicos no regime jurídico-privado, vide Carlos Ferreira de Almeida, *Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, pp. 75-120.

² Cfr. Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra, 2011, p. 74, quando descreve que: «numa compreensão globalizante da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos *deveres de prestação* – tanto *deveres principais de prestação*, como *deveres secundários* –, os *deveres laterais* («Nebenflichten»), além de *direitos potestativos*, *sujeições*, *ónus jurídicos*, *expectativas jurídicas* (...)», sendo certo que «todos os referidos elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de carácter unitário e funcional: a *relação obrigacional complexa*, ainda designada *relação obrigacional em sentido amplo* ou, nos contratos, *relação contratual*». Sobre o enquadramento e efeitos dos deveres de protecção, vide Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, 1994.

No quadro de uma relação obrigacional complexa como a de prestação de cuidados de saúde, teremos simultaneamente violação de deveres contratuais e violação de deveres legais. A prestação de cuidados de saúde que não seja pronta, em tempo útil ou de acordo com as *leges artis*, implica violação de uma obrigação contratual e simultaneamente determinará a violação do direito à integridade física, do direito à saúde e, em situações mais gravosas, do direito à vida. Assim, como outras situações jurídicas que entendemos que devem ser reconhecidas no contexto da relação jurídica de prestação de cuidados de saúde como uma relação obrigacional complexa, entendamos a sua fonte como a lei ou o contrato, como o dever de sigilo, ou o dever de informação, ou o dever de obter um consentimento prévio, livre e esclarecido, todos esses deveres traduzem-se também na proteção de direitos de personalidade e direitos fundamentais. No caso do dever de sigilo, a proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada; o consentimento, a proteção do direito à integridade moral, na expressão da sua autonomia e o dever de informação como acessório, quer, por um lado, ao consentimento prévio, quer, por outro, naquilo que é designado na doutrina alemã por esclarecimento terapêutico³ na própria adequação da prestação principal, na continuidade dos cuidados, na prescrição médica e medicamentosa.

Há, assim, um conjunto de situações jurídicas ativas e passivas que entendemos que devem ser apontadas como tendo um conteúdo obrigacional, como gerando deveres específicos e a violação de deveres específicos e não genéricos. Tal conduz à afirmação de que se trata de responsabilidade contratual e à aplicação do regime de responsabilidade contratual e não da responsabilidade extracontratual⁴.

³ Cfr. Klaus Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. ed., Heidelberg, 2008, p. 101. Sustenta Ulsenheimer que devem ser compreendidas, no esclarecimento médico, três espécies: a) o esclarecimento terapêutico ("esclarecimento garantia"); b) o esclarecimento sobre o diagnóstico; c) o esclarecimento sobre o risco (esclarecimento sobre a intervenção e o percurso) (ibid.). O esclarecimento sobre o diagnóstico e esclarecimento sobre o risco são duas formas de designado esclarecimento da autodeterminação, ao passo que o esclarecimento terapêutico, ou "esclarecimento garantia" como explica o Autor, integra o próprio tratamento médico, através da «comunicação de regras terapêuticas de comportamento» (ibid.). Assim, o esclarecimento terapêutico realiza ou executa a prestação principal, de cuidados de saúde.

⁴ A propósito de relações jurídicas privadas e no sentido da afirmação da responsabilidade civil por o ato ou omissão do médico como obrigacional em virtude da incidência de deveres específicos, vide Pedro Romano Martinez, *Responsabilidade Civil Por Acto ou Omissão do Médico - Responsabilidade Civil Médica e Seguro de Responsabilidade Civil Profissional*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Coimbra, 2011, p. 479.

Esta discussão tem sido feita também na jurisdição comum, perante relações jurídicas de direito privado, atenta também a referida violação de direitos de personalidade^{5 6}.

Esta reflexão e a pré-compreensão de que a responsabilidade deve ser tida como contratual são assim deixadas malogradas quando somos chamados a versar sobre um tema de responsabilidade civil extracontratual.

O que nos parece suceder, como aliás sucede no direito privado, no Direito Civil, é, na verdade, um concurso de títulos de imputação ou um concurso de pretensões e essa é também uma matéria que tem trazido muito controvérsia ao Direito Civil e que deve ser chamada ao âmbito de responsabilidade civil,

⁵ A propósito da ponderação da natureza contratual ou extracontratual, vide os seguintes acórdãos, a título meramente exemplificativo, com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça:

acórdão de 22 de maio de 2003, Processo n.º 03P912, disponível em <http://www.dgsi.pt/jsjtj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7aa8c2208c52660080256d420037cef6?OpenDocument&Highlight=0,03P912>,

acórdão de 11 de julho de 2006, Processo n.º 06A1503, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jsjtj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/dbd3ebb5d9e32a82802571b2004da5d5?OpenDocument>,

acórdão de 18 de setembro de 2007, Processo n.º 07A2334, disponível em <http://www.dgsi.pt/jsjtj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2050c89d5f01d87e802573610038009?OpenDocument>,

acórdão de 4 de março de 2008, Processo n.º 08A183, in

<http://www.dgsi.pt/jsjtj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument>,

acórdão de 17 de dezembro de 2009, Processo n.º 544/09.9YFLSB, in

<http://www.dgsi.pt/jsjtj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d206ad6794706b18802576a10038d4ec?OpenDocument>,

acórdão de 1 de julho de 2010, Processo n.º 398/1999.E1.S1, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jsjtj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/815d40917ade315080257753005a9a93?OpenDocument>,

acórdão de 15 de dezembro de 2011, Processo n.º 209/06.3TVPR.T.P1.S1, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jsjtj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/63396cb57f4db6948025797d00373f36?OpenDocument>,

acórdão de 17 de dezembro de 2012, Processo n.º 02A4057, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jsjtj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ee9e0243560de02380256d3300638b1d?OpenDocument>.

⁶ Analisada a jurisprudência da jurisdição comum em matéria de responsabilidade médica, cumpre notar que subsiste jurisprudência que, mesmo nas situações em que nos autos se conclui pela inequívoca existência de um contrato de prestação de serviços médicos, parece pretender aplicar o regime da responsabilidade civil extracontratual de modo a assim afastar o regime da presunção da culpa (que é, na verdade, presunção da ilicitude e da culpa, como bem explica o Professor António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, Tomo III, Coimbra, 2010, pp. 378-379) do artigo 799.º do Código Civil.

pois não nos esqueçamos que a responsabilidade civil é um instituto jurídico⁷, não tem ramo, tem tido o seu desenvolvimento no Direito Civil e tem sido empregue noutros ramos do Direito e aqui, por excelência, num diploma de Direito Público.

Chegando à conclusão de que há um concurso de títulos, a opinião doutrinária que entendemos de seguir é a que sustenta que o próprio lesado pode escolher o título a empregar e escolherá o título que seja mais favorável⁸. No caso de regime público, quando a relação é uma relação jurídico-administrativa, temos hoje, como quadro do título de imputação por responsabilidade extracontratual, o regime da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, que é um diploma muito evoluído em vários aspetos e que veio resolver alguns problemas que a responsabilidade médica em estabelecimentos hospitalares vinha a colocar (não resolveu todos, mas minimiza alguns, em benefício daquela que é a tutela do lesado).

Esta dualidade tem de ser analisada e questionada, quer no plano do Direito Público, quer no âmbito do Direito Civil e assume, no plano dogmático, com progressiva pertinência a dúvida quando à necessidade e adequação da solução legislativa de dualidade dos títulos de imputação por

⁷ Como descreve Menezes Cordeiro, in *Tratado de Direito Civil, I, Introdução, Fontes do Direito, Interpretação da lei, Aplicação das leis no tempo, Doutrina geral*, 4.º ed., Coimbra, 2012, p. 924, um instituto civil é um «conjunto concatenado de normas e de princípios que permite a formação típica de modelos de decisão».

⁸ Cf. António Silva Henriques Gaspar, *A responsabilidade civil do médico*, Colectânea de Jurisprudência, Ano III, 1.º volume, 1978, quando, a páginas 345, descreve: «a conduta do médico que se traduz na violação de um contrato que o liga ao doente, pode, ao mesmo tempo, ofender direitos absolutos deste; em tais casos há uma coincidência entre as duas formas de responsabilidade, podendo o lesado optar por uma ou outra, conforme os seus interesses, demandando o médico com base nos princípios que lhe forem mais favoráveis – em matéria de prescrição (artigo 498º e 309º), de prova da culpa (art. 487º, n.º 1 e 799º, n.º 1), de actos praticados por pessoas que o médico utilizou como auxiliares (artigo 500º, n.º 2 e 800º, n.º 1, todos do Código Civil)».

Não pode ser aceite a interposição de duas ações, «não parece de aceitar a existência de duas ações», como afirmam Jorge Figueiredo Dias/Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 332, 1984, p. 40.

Como descreve ÁLVARO DIAS «importa clarificar que do que se trata não é de um concurso de acções gozando de uma total autonomia, mas de “uma única acção, a que corresponde no plano material um único direito, que tem como objectivo unitário o ressarcimento do dano, mas que pode, isso sim, ser fundamentada em diversas normas”...» (cfr. João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, 21, Coimbra, 1996, página 233). Sem desconsiderar que, como descreve MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, que «sob a perspectiva da posição relativa das partes processuais, o concurso de pretensões conforma-se para o autor como uma alternatividade entre várias pretensões, pois que basta a fundamentação de uma dessas pretensões para assegurar a procedência da acção, e para o réu como uma cumulação de fundamentos de improcedência, pois a acção só é improcedente se o forem todas as pretensões concorrentes» (Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *O concurso de títulos de aquisição da prestação, Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, Coimbra, 1988, p. 347).

responsabilidade civil por facto ilícito, contratual e extracontratual⁹, uma vez que o regime da obrigação da indemnização é um regime comum, nos termos dos artigos 562.º e seguintes do Código Civil. Não temos por certo que, uma reforma do Código Civil, se incidisse sobre o instituto da responsabilidade civil, manteria a solução da dualidade entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual.

A segunda perplexidade a confessar ou reflexão a fazer é a de que, entendida a prestação de cuidados de saúde como uma relação obrigacional complexa, na obrigação principal de cuidados de saúde e num conjunto de deveres acessórios e de deveres de proteção, ela vai conduzir-nos a um lugar-comum, porquanto a adequação dos cuidados de acordo com as *leges artis*, o dever de informação, o dever de consentimento, o dever de sigilo, os deveres de segurança, o dever de correção na escolha terapêutica,..., todos os deveres que integram o conteúdo substantivo da prestação de cuidados de saúde são iguais, quer a relação jurídica seja uma relação privada ou uma relação jurídico-administrativa. Tal constatação conduz à afirmação de que as situações jurídicas ativas e passivas no seio de uma relação de prestação de cuidados de saúde, os deveres corresponsivos das Partes, são, na sua substância, iguais. E depois o que é que temos? Dois regimes substantivos de responsabilidade civil distintos, público e privado, e regimes adjetivos e jurisdições distintos.

O feixe comum de situações jurídicas ativas e passivas gera este paradoxo: temos direitos e deveres comuns e regimes substantivos e regimes adjetivos distintos, com jurisdições distintas, comum e administrativa.

A circunstância de hoje o modelo de prestação de cuidados de saúde pública ser, cada vez mais, assente numa lógica contratual, agudiza este paradoxo.

⁹ Veja-se Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações, Volume I, Introdução. Da constituição das obrigações*, 9.ª ed., Coimbra, 2010, p. 292, quando descreve que: «o nosso Código tratou separadamente estas duas categorias de responsabilidade nos arts. 483.º e ss. e 798.º e ss., ainda que tenha sujeitado a obrigação de indemnização delas resultante a um regime unitário (arts. 562.º e ss.)». Certo é que «há elementos de unidade entre uma e outra, entre a responsabilidade contratual e a aquiliana: em ambas, o dano e a necessidade da sua reparação constituem factores de unidade; em ambas, é sempre um dever que é inobservado, seja um dever de prestar seja um dever geral de não interferir com o direito alheio; enfim, em ambas, a censurabilidade da conduta lesiva justifica a obrigação de indemnizar», Cfr. E. Santos Júnior, *Da responsabilidade civil do terceiro por lesão do direito de crédito*, Coimbra, 2003, p. 206.

Sabemos que, nos termos da Constituição da República Portuguesa, o direito à (proteção) da saúde é uma tarefa fundamental do Estado, articulando o artigo 64.º com o artigo 9.º, alínea d), da Constituição, há uma reserva administrativa na prestação pública de cuidados de saúde, há um direito a prestações por parte dos cidadãos, direito esse que tem de ser realizado através do Serviço Nacional de Saúde e hoje a prestação de atos de saúde no contexto do Serviço Nacional de Saúde está toda ela assente em contratos: ou o Estado (ou melhor dizendo, hoje, as administrações regionais de saúde territorialmente competentes) celebra(m) contratos-programa com as entidades públicas ou celebra contratos de gestão com parceiros privados na sequência de concurso ou adota outras técnicas concessórias ou celebra contratos de convenção (cfr. artigo 2.º do Regime Jurídico da Gestão Hospitalar, aprovado, como anexo, pela Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro). Em suma, o que temos é sempre um modelo contratual, no qual o Estado, pagador, contrata uma outra entidade, pública ou privada, para ser o prestador.

É possível afirmar, na explicação do modelo (e consequentemente no regime de responsabilidade civil) como contratual, a existência de um contrato a favor de terceiros, sendo esses terceiros os beneficiários do Serviço Nacional de Saúde.

Deste modo, há, paulatinamente, um reforço do modelo contratual para explicarmos a prestação de cuidados de saúde no quadro do Serviço Nacional de Saúde e, portanto, na ambiência de uma relação jurídico-administrativa.

Como sinal de que este caminho se agudiza, basta pensarmos, em termos muito práticos, que, por exemplo, somos, enquanto funcionários públicos somos beneficiários da ADSE e que hoje a responsabilidade financeira primeira por cuidados assistenciais prestados aos beneficiários da ADSE em estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde pertence ao Serviço Nacional de Saúde, e assim ao Ministério da Saúde, e já não ao Ministério das Finanças, através da ADSE¹⁰ - ora, isto significa que, se tivermos uma qualquer

¹⁰ Vide Circular informativa n.º15/2010, de 12.10.2012, da Administração Central do Sistema de Saúde, I.P. (ACSS), a propósito do novo relacionamento financeiro entre o Serviço Nacional de Saúde e os subsistemas públicos, disponível em www.acss.min-saude.pt. Vide ainda Circular Normativa n.º 1/2010, de 26.01.2010 e a Circular Normativa n.º 8/2010, de 28.07.2010, também da ACSS e igualmente disponíveis no endereço assinalado.

sintomatologia que nos determine ir a um hospital, se decidirmos, por mero exemplo, irmos ao Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE, enquanto beneficiários da ADSE e cidadãos portugueses, e se sofrermos, porventura, algum dano decorrente de um facto ilícito em resultado dessa prestação de cuidados de saúde, a responsabilidade civil será administrativa; mas se formos, também enquanto beneficiários da ADSE, ao abrigo de um acordo que o Hospital da Luz tem com a ADSE, o pagador é o mesmo, pois ainda será o Estado, e da prestação emergir um dano causado ilícita e culposamente, a relação e responsabilidade civil parecem ser de direito privado, quando o conjunto de situações jurídicas, ativas e passivas, (e neste caso até o pagador) é o mesmo.

Ora, tal conclusão parece paradoxal – qual o fundamento, em face de uma situação materialmente idêntica e nos seus aspetos substantivos, de conteúdo, idênticos, para que o regime substantivo, de responsabilidade, e o regime adjetivo, processual, sejam, pois, distintos? Os bens jurídicos a tutelar são os mesmos, é a mesma vida, a mesma saúde, a mesma integridade física, a mesma integridade moral, a mesma reserva da intimidade da vida privada...O contexto e a ambiência são de deveres específicos.

No plano do Direito Civil, não temos dúvidas em dizer¹¹ que o regime é de responsabilidade civil contratual. Embora haja violação de direitos de personalidade, há violação de deveres específicos e a violação de deveres específicos apela à aplicação da responsabilidade contratual.

Cumprido, pois, de seguida procurar caracterizar a relação, identificar o seu conteúdo sobre o qual incidem deveres legais e deveres contratuais, aferir do título de imputação e dirimir qual o título de imputação e o regime a fazer operar concluindo-se que há um concurso de títulos de imputação ou um concurso de pretensões, matéria também controvertida.

¹¹ Seguindo Pedro Romano Martinez, *Responsabilidade Civil Por Acto ou Omissão do Médico - Responsabilidade Civil Médica e Seguro de Responsabilidade Civil Profissional*, cit. , p. 464, e Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa*, in *Responsabilidade civil dos médicos*, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 11, Coimbra, 2005, p. 155, este último em especial quando afirma que «[o] critério de distinção entre os dois "tipos" tradicionais de responsabilidade civil deve enunciar-se nos seguintes termos: a responsabilidade contratual provém da violação de um dever especial; a responsabilidade extra contratual provém da violação de um dever geral».

Ainda em sede de enquadramento deve ser discutida da qualificação e da natureza da relação jurídica da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos de saúde integrados no Serviço Nacional de Saúde.

Nos termos que são determinados na Base XXV da Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro, os utentes são beneficiários do Serviço Nacional de Saúde e recebem prestações de cuidados em estabelecimentos integrados no Serviço Nacional de Saúde.

Como referido, o Regime Jurídico da Gestão Hospitalar, aprovado pela Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro, mas também a alteração do modelo de financiamento, com o financiamento pelo ato de prestação, nos termos da Base XXXIII, n.º 1, da Lei de Bases da Saúde na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro, reforçam a afirmação do modelo contratual.

Entendemos que, mesmo num quadro de quadro de qualificação da relação jurídica como administrativa, é possível afirmar a perspetiva contratual.

Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO analisam, de *iure condendo*, a *responsabilidade contratual dos hospitais públicos* e vêm concluir que «o quadro do contrato parece-nos o mais apropriado para vazar a relação, caracterizada por uma ideia de confiança, entre o doente e a entidade prestadora dos serviços de saúde» e aludem às “*relações contratuais de facto*” (*«faktische Schuldverhältnisse»*) e às “*relações de massas*” (*«Massenverkehr»*), resultantes de um comportamento social típico (*«Sozialtypisches Verhalten»*); considerando que «o tratamento em hospitais públicos transformou-se num fenómeno de massas» e que a «nota do contrato, relação especial entre duas partes, fará sobressair que, para efeitos jurídicos, a relação social estabelecida tem um carácter pessoal», isto é, «a aceitação de uma relação do tipo contratual ajuda a personalizar uma espécie de relações sociais que, no plano sociológico, se apresenta como um fenómeno de massas»¹².

FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, referindo-se à prestação de cuidados em estabelecimentos integrados no Serviço Nacional de Saúde, afirmam que

¹² Cfr. Jorge Figueiredo Dias/Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade Médica em Portugal*, cit., pp. 48-49.

a «qualificação daquele quadro de direitos e deveres, fixado genericamente, mas individualizável e individualizado em relação a cada doente em concreto, como integrando um contrato, parece-nos assim fazer presa na realidade, não sendo uma pura ficção», o que «aliás (...) explica que outros países, dentro de parâmetros legais muito próximos dos nossos, seja de há muito pacificamente aceite a tese (salvo exceções contadas) da responsabilidade contratual (é o caso da Alemanha Federal)»¹³. O que os Ilustres Professores vieram, pois, afirmar é que existem deveres específicos dos estabelecimentos integrados no Serviço Nacional de Saúde, e dos que em nome deste agem, que fazem aproximar o modelo contratual.

A situação em que um médico fatalmente, no exercício da sua atividade no Serviço Nacional de Saúde, tira a vida ao doente em resultado de uma prática grave de incorreção na assistência, com violação da *leges artis*, não pode ser apreciado e juridicamente valorado do mesmo modo que a situação em que alguém, sem qualquer contato prévio anterior, sem qualquer relação jurídica preexistente, lesa direito de outrem - há deveres específicos, há uma ambiência de confiança, há uma relação de confiança, que faz gerar no utente uma expectativa de que essa proteção será salvaguardada, daí o apelo a um modelo contratual.

Assim, quer se empregue o conceito e tratamento dogmático do contrato de adesão ou da relação contratual de facto, quer, acrescentamos, se adote e desenvolva a explicação do quadro fático com recurso à figura do contrato a favor de terceiro (o utente beneficiário do Serviço Nacional de Saúde), é possível explicar a relação jurídica administrativa entre pacientes num estabelecimento de saúde integrado no Serviço Nacional de Saúde e o estabelecimento prestador de cuidados de saúde como contratual. Na

¹³ Ibid. p. 49. Veja-se ainda João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, cit. , pp. 240-241, quando afirma que: «a fim de enquadrar tal responsabilidade poderá fazer-se apelo quer ao instituto dos contratos de adesão quer à figura das relações contratuais de facto (*«faktische Schuldverhältnisse»*) e mais especificamente às “relações de massas” (*«Massenverkehr»*) resultantes de um comportamento social típico (*Sozialtypisches Verhalten*)», «sendo inegável um fenómeno de massificação no acesso aos serviços médicos das instituições e serviços públicos de saúde, qualquer das soluções – contrato de adesão ou relação contratual fáctica – tem potencialidades para retratar com fidelidade e rigor técnico a relação que se estabelece entre o doente e a instituição ou serviço público de saúde» e prossegue para afirmar que «estando em causa a tutela de direitos tão essenciais como o direito à saúde, à integridade física e à vida, bem se compreende que, nos limites do juridicamente admissível, a qualificação das relações contratuais poderá contribuir para a sua personalização e, porque não dizê-lo, para um sentido de responsabilidade acrescida por parte dos médicos que aí desempenham funções».

verdade, como afirma MOITINHO DE ALMEIDA que «quando o particular se dirige ao hospital público, solicitando observação ou tratamento médico, não vemos porque não configurar entre ambos a existência de um contrato»¹⁴.

A assistência de doente beneficiário do Serviço Nacional de Saúde num estabelecimento integrado no Serviço Nacional de Saúde corresponde à utilização de um serviço público. Ora, recorde-se que FREITAS DO AMARAL, a propósito da «*natureza jurídica do acto criador da relação de utilização do serviço público pelo particular*», vem enunciar que: «a doutrina acha-se muito dividida sobre esta matéria, podendo dizer-se que a tendência geral é no sentido de os administrativistas verem nesse acto ou um simples *facto jurídico privado do particular* ou, então, um *acto administrativo de admissão*, enquanto os civilistas se inclinam para o considerarem como um *contrato civil de prestação de serviços* ou como *actuações geradoras de relações contratuais de facto*»¹⁵.

Desta forma, afirma-se que o «acto criador da relação de utilização dos serviços públicos pelos particulares tem, regra geral, a natureza de contrato administrativo - contrato, porque entendemos que a fonte dessa relação jurídica é um acordo de vontades, um ato jurídico bilateral; e administrativo, porque o seu objecto é a utilização de um serviço público e o seu principal efeito é a criação de uma relação jurídica administrativa»¹⁶.

Em suma, mesmo no quadro de estabelecimentos públicos, integrados no Serviço Nacional de Saúde, na prestação de cuidados de saúde, se é certo que está em causa também a protecção de direitos de personalidade, não podemos, porém, deixar de afirmar a existência de deveres específicos, cuja violação gera (verificados que sejam os demais pressupostos de responsabilidade civil) responsabilidade civil contratual. Não parece adequado considerar que na prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos de saúde integrados no Serviço Nacional de Saúde estamos perante apenas um dever geral de abstenção da lesão de direitos de personalidade. Há, pois, deveres específicos a observar cujo incumprimento ou

¹⁴ Cf. Moitinho de Almeida, *A Responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, Scientia Iuridica, Tomo XXI, 1972 (Maio/Agosto), Braga, p. 352.

¹⁵ Cf. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo, Volume I, (com a colaboração de Luís Fábria, Carla Amado Gomes e Jorge Pereira da Silva)*, 3.ª ed., Coimbra, 2007, p. 804.

¹⁶ Ibid.

cumprimento defeituoso deve ser juridicamente censurado com um regime mais "enérgico"¹⁷.

A prestação de cuidados de saúde deve ser estudada numa perspetiva obrigacional, de direitos e obrigações, de situações jurídicas ativas e passivas, cujo incumprimento ou cumprimento defeituoso gera responsabilidade civil contratual e a consequente obrigação de indemnizar.

2. A prestação de cuidados de saúde como relação obrigacional complexa:

i) o direito a prestações de saúde e o artigo 64.º da Constituição; a obrigação principal

O direito à proteção da saúde, nos termos do artigo 64.º da Constituição, constitui um direito a prestações sociais¹⁸. Um direito subjetivo a prestações consiste no «direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social)»¹⁹.

O artigo 64.º da Constituição é uma das «normas consagradoras de direitos sociais, económicos e culturais da Constituição Portuguesa de 1976» e que enquanto tal individualiza «*políticas públicas socialmente activas*»²⁰.

Ora, no quadro dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde, a obrigação principal de prestação de cuidados de saúde, prontos, adequados, em tempo útil, eficazes e de acordo com as leis da arte, deve ser, assim, considerada como uma prestação pública.

O artigo 64.º, n.º2, alínea a), confia expressa e diretamente ao Estado o exercício de certas atividades em matéria de proteção da saúde, o que reforça a existência de um sector público, espelho de uma "reserva" de

¹⁷ A responsabilidade civil contratual é «marcada, entre outros aspectos, por uma presunção de culpa (e de ilicitude, artigo 799.º/1) que faz dela, um instituto enérgico» (António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, Tomo I*, Coimbra, 2009, p.371).

¹⁸ Sobre o direito à saúde, vide Cláudia Monge, "Contributo para o estudo do Direito da Saúde: a prestação de cuidados de saúde" (Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa 2002).

¹⁹ Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, p. 408.

²⁰ *Ibid.*, pp. 408-409.

intervenção social a favor do Estado, sem excluir, todavia, a atividade das entidades privadas ou da mesma natureza²¹.

Não obstante a verdadeira reserva administrativa, o Sistema de Saúde, em conformidade com a Base XII da Lei de Bases da Saúde, integra vários modelos contratuais e estabelecimentos de diferente natureza jurídica e o Serviço Nacional de Saúde realiza a sua atuação pública através de estabelecimentos, públicos e privados (cfr. ainda o artigo 2.º do Regime Jurídico da Gestão Hospitalar, aprovado, como anexo, pela Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro).

O regime hospitalar assenta num modelo de contratação de atos, de prestações de cuidados de saúde, no quadro do Serviço Nacional de Saúde, nos termos do qual o sujeito passivo do direito a prestações, por força da Constituição, é eminentemente hoje o pagador. O Estado criou, em expressão do fenómeno de administração estadual indireta, institutos públicos, criou entidades públicas empresariais, para a prossecução da sua finalidade, da sua tarefa fundamental, nos termos dos referidos artigos 9.º, alínea d), e 64.º da Constituição, de prestação de cuidados de saúde, ou contratou com entes privados esses cuidados para forma a auxiliar a realização do direito positivo a prestações.

Entendemos, pois, que a circunstância de a proteção da saúde constituir uma tarefa fundamental do Estado, nos termos do artigo 9.º, alínea d), em articulação com o artigo 64.º, n.º 2, ambos da Constituição, não afasta a caracterização da relação jurídica administrativa como contratual.

Na obrigação principal de prestação de cuidados de saúde, independentemente da natureza do vínculo, devemos afirmar a assistência do doente com recurso aos meios adequados, o tratamento com correção e com cumprimento das *leges artis*, em tempo clinicamente aceitável, o esclarecimento terapêutico adequado e a continuidade dos cuidados. Estão os estabelecimentos integrados no Serviço Nacional de Saúde adstritos à qualidade e à segurança na execução da prestação principal.

Na Base XIV, dedicada ao Estatuto dos utentes, da Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, e alterada pela Lei n.º 27/2002,

²¹ Vide Cláudia Monge, "Contributo para o estudo do Direito da Saúde: a prestação de cuidados de saúde", p. 106. Cf. Paulo Otero, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra, 1998, pp 42-43.

de 8 de novembro, determinou o legislador, no n.º 1, que os *utentes têm direito a (...) c) ser tratados pelos meios adequados, humanamente e com prontidão, correcção, técnica, privacidade e respeito.*

Na execução da prestação principal devem ser empregues os meios adequados e o tratamento deve ser realizado com correção e com cumprimento das *leges artis*. Conforme descreve ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, *por leges artis entende-se o conjunto de regras da arte médica, isto é, das regras reconhecidas pela ciência médica em geral como as apropriadas à abordagem de um determinado caso clínico, na concreta situação em que tal abordagem ocorre*²².

A propósito do tempo clinicamente aceitável e da acessibilidade aos cuidados de saúde, cumpre fazer referência ao disposto na Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos utentes do Serviço Nacional de Saúde, que fixa tempos máximos de resposta garantidos. Como estabelece o artigo 2.º da referida Lei, a Carta de *visa garantir a prestação dos cuidados de saúde pelo Serviço Nacional de Saúde e pelas entidades convencionadas em tempo considerado clinicamente aceitável para a condição de saúde de cada utente, nos termos da presente lei (cfr. n.º 1) e define: a) Os tempos máximos de resposta garantidos; b) O direito dos utentes à informação sobre esses tempos (cfr. n.º 2).*

No que respeita à continuidade dos cuidados importa invocar o n.º 3 da Base XIII da Lei de Bases da Saúde que impõe o dever de promoção de *intensa articulação entre os vários níveis de cuidados de saúde.*

ii) deveres específicos e deveres de proteção

No seio da relação obrigacional complexa devemos reconhecer, para além da prestação principal, deveres acessórios, específicos e de proteção²³.

²² Vide Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos*, Direito e Justiça, Volume XIV, 2000, Tomo 3, p. 301.

²³ Cfr. Pedro Romano Martinez, *Responsabilidade Civil Por Acto ou Omissão do Médico - Responsabilidade Civil Médica e Seguro de Responsabilidade Civil Profissional*, cit. , pp. 464-465: «Assim, se o hospital se obriga contratualmente a prestar cuidados de saúde (...) controlando a realização dessa prestação complexa que seria efectuada por terceiros (tanto enfermeiros e demais pessoal afecto ao hospital, como médicos independentemente do vínculo com estes estabelecido), sobre o hospital impendem deveres específicos em relação àquele paciente. Neste caso, o hospital não se pode desresponsabilizar pelas más práticas médicas ocorridas no seu estabelecimento relativamente a pacientes que com ele contrataram. As partes no contrato de prestação de serviços ajustado com o paciente – seja o hospital ou o médico são devedores obrigados a cumprir deveres específicos para com a contratante (paciente) e é

A afirmação de que, a par da obrigação principal de prestação de cuidados, temos deveres específicos de proteção faz estender o campo da ilicitude. Este é um efeito de "trabalharmos" o conceito de relação obrigacional complexa: é que, quer a violação da obrigação principal, quer a violação ou o cumprimento defeituoso dos deveres acessórios de proteção, vão determinar a existência de um facto ilícito, seja por violação da lei, seja por violação do contrato. As situações jurídicas passivas identificadas, como o dever de informação, o dever de consentimento, o dever de sigilo ou o dever de segurança, têm também consagração legal. O que acontece é que são deveres legais que são contratualmente determinados, ou seja, conheço o sujeito a quem imputar aquele dever legal em razão da relação (subjéctiva e) contratualmente estabelecida.

Quer em atos normativos da União Europeia, quer em tratados de Direito Internacional e convenções de Direito Internacional de que Portugal é Parte, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina²⁴, os direitos dos pacientes têm vindo a ser progressivamente afirmados. No quadro da União Europeia há, inclusivamente, declarações comuns reconhecendo, uniformemente, estes direitos²⁵, que preveem deveres de cuidado, deveres de segurança, deveres de informação, de sigilo,...., independentemente do modelo de saúde de cada um dos Estados-membros (e sabemos que os modelos de saúde dos Estados-membros da União Europeia são muitos distintos). O reconhecimento dos direitos dos pacientes é feito independentemente do modelo de saúde de cada Estado, quer tenhamos um sistema assente eminentemente em relações privadas, como os Países

sobre aquelas que impende o risco de má prática médica. De facto, é o devedor, especialmente quando conhecedor da actividade, que domina o cumprimento da prestação e que melhor pode demonstrar se realizou bem ou mal o seu dever». Entendemos que esta afirmação deve igualmente ser proferida quando o estabelecimento é um estabelecimento integrado no Serviço Nacional de Saúde, no exercício de uma prestação pública de cuidados.

²⁴ A Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina (Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina), do Conselho da Europa, foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro de 2001, e ratificada por Decreto do Presidente da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro de 2001.

²⁵ Cf. *Declaração sobre os valores e princípios comuns*, tomada pelos Ministros da Saúde da União Europeia na sessão do Conselho de Ministros da Saúde, de 1 e 2 de Junho de 2006, disponível em

http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/pt/lisa/90048.pdf

Comunicado de Imprensa, 2733.ª Sessão do Conselho Emprego, Política Social, Saúde e Consumidores, pp. 33-38.

Baixos, quer tenhamos um sistema de Serviço Nacional de Saúde, como Portugal, Espanha ou o Reino Unido. Estes direitos têm, pois, esta transversalidade, independentemente do modelo adotado à luz do texto constituinte de cada Estado.

A doutrina de Direito Civil tem-se socorrido do princípio da boa-fé, instituto civil, para dele fazer decorrer deveres acessórios que são deveres específicos. Com abrigo na consagração da boa-fé objetiva na execução dos contratos, imposta pelo artigo 762.º, n.º 2, do Código Civil, são afirmados deveres específicos que integram a relação obrigacional.

O princípio da boa-fé é um instituto civil, no sentido adotado nos termos *supra* expostos, e um princípio geral de Direito e importa não esquecer que foi chamado para o âmbito das relações jurídicas administrativas, conforme dita o artigo 266.º da Constituição e, na sua senda, o artigo 6.º-A do Código do Procedimento Administrativo.

Os deveres acessórios resultam de deveres específicos de boa-fé, princípio que deve nortear toda a atividade administrativa, nos termos do artigo 266.º, n.º 2, da Constituição e do artigo 6.º-A do Código do Procedimento Administrativo. Entre os deveres acessórios, podemos reconhecer o dever de informação, o dever de obter consentimento, prévio e esclarecido, o dever de sigilo, o dever de segurança, o dever de documentação.

Nos termos da Base V da Lei de Bases, «os cidadãos têm direito a que os serviços públicos de saúde se constituam e funcionem de acordo com os seus legítimos interesses».

A propósito do dever de segurança, refira-se ainda que a obrigação *in vigilando* adstringe os prestadores públicos e privados. O artigo 491.º do Código Civil²⁶ preceitua que *as pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido.*

O reconhecimento destes deveres tem um impacto importante no campo da ilicitude, conforme referido.

²⁶ A propósito do artigo 491.º do Código Civil é possível referir que é um exemplo de "delito específico" e «estes denominados "delitos específicos" são, de facto, obrigações legais ou negociais» (Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, Tomo III, cit.*, p. 395.

Quanto melhor compreendermos as situações jurídicas passivas que integram a esfera jurídica do estabelecimento, melhor, por um lado, reforçamos a tutela do doente e, por outro, melhor salvaguardamos a segurança jurídica do ente que assim conhece os deveres a que está adstrito e a cominação que da sua violação pode para si decorrer.

Trata-se de deveres específicos, pelo que a sua violação deve igualmente determinar a aplicação do regime de responsabilidade civil contratual²⁷. Estes deveres incidem, quer a relação jurídica seja de direito privado, quer seja de direito público.

Temos de reconhecer os direitos dos pacientes e identificar as correlativas obrigações ou deveres dos estabelecimentos de saúde integrados no Serviço Nacional de Saúde (emblematicamente, e a título exemplificativo, ao direito à reserva da intimidade da vida privada e confidencialidade dos dados de saúde corresponde, do lado passivo, o dever de sigilo, garantia do cumprimento daquele direito).

O estudo jurídico-dogmático da relação jurídica de prestação de cuidados de saúde assenta, desde logo, na tríade informação, confidencialidade e consentimento²⁸. A intervenção ou tratamento médico deve ser precedido de consentimento (princípio do consentimento prévio) e esse consentimento tem de ser esclarecido (princípio do consentimento esclarecido). O consentimento é expressão da autonomia e realização do direito de personalidade e

²⁷ Estamos em crer que, se reconhecido o dever de segurança como um dever específico de boa-fé, por força do artigo 266.º da Constituição e do artigo 6.º-A do Código do Procedimento Administrativo, teria sido outro, face ao caso *sub judice*, o sentido da decisão do acórdão de 21.06.2012, no âmbito do processo n.º 08532/12, do Tribunal Central Administrativo do Sul, (disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/289b7d7b99f0bf6580257a29005194d3?OpenDocument>), pois o reconhecimento de um dever específico, legal e contratual, permitiria afirmar a inobservância do dever de segurança como um facto ilícito, isto sem prejuízo dos elementos fáticos que, em concreto, seria necessário atender para aferir da procedência da afirmação de ilicitude. Se o caso fosse julgado já à luz do regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, o não sucedeu atento o regime aplicável em razão da data dos factos, ter-se-ia, porventura, invocado a inobservância dos deveres de vigilância e encontrado apoio no artigo 10.º, n.º 3, desta Lei, mas não parece que, pela circunstância de estarmos ainda ao abrigo da aplicação do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de novembro de 1967, não se pudesse afirmar (confirmando-se que os factos em concreto assim o permitiam) que o estabelecimento hospitalar estava adstrito a um dever legal de segurança e de vigilância. O utente estava à guarda do Hospital e, nos termos da Base V da Lei de Bases da Saúde, os estabelecimentos hospitalares integrados no SNS devem funcionar de modo a salvaguardar os direitos dos utentes – há aqui um dever de segurança que decorreria da boa-fé, nos termos do artigo 266.º da Constituição e do artigo 6.º-A do Código do Procedimento Administrativo.

²⁸ Cláudia Monge, "Contributo para o estudo do Direito da Saúde: a prestação de cuidados de saúde", p. 145.

fundamental à integridade moral²⁹. Para que o consentimento seja livre e esclarecido ele deve ser precedido de informação leal, clara e precisa. Uma vez prestada essa informação e havendo troca recíproca de informação, sobre toda essa informação incidirá o dever de sigilo.

Em síntese, duas ideias: i) quer a violação da obrigação principal, quer a violação de deveres acessórios vai gerar responsabilidade civil³⁰; ii) o efeito da adoção do conceito da relação obrigacional complexa é a extensão do campo da ilicitude³¹, extensão do princípio da culpa, extensão da incidência da responsabilidade civil por facto ilícito.

II. A natureza pública e a natureza privada da relação de prestação de cuidados de saúde: dualidade de regimes? Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual: concurso de títulos de imputação?

Em conformidade com o *supra* exposto, há, pois, duas grandes reflexões a fazer: por um lado, a de saber se deve ser mantida a dualidade de regimes, público e privado, se há um feixe comum de situações jurídicas e passivas no seio da relação de prestação de cuidados de saúde; por outro, a de saber se o regime de responsabilidade civil deve ser contratual ou extracontratual.

Julgamos correto afirmar que «o estudo da responsabilidade civil imputável à Administração de Saúde por danos sofridos pelos utentes dos estabelecimentos que integram o Serviço Nacional de Saúde pressupõe a compreensão da relação médico-estabelecimento, doente-estabelecimento

²⁹ Como refere José Manuel Sérvulo Correia, *As relações jurídicas de prestação de cuidados pelas unidades de saúde do Serviço Nacional de Saúde*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, p. 53, referindo-se à inviolabilidade moral e física das pessoas, nos termos do artigo 25.º, n.º 1, da Constituição: «Este direito fundamental – que é simultaneamente um direito de personalidade – desdobra-se em dois direitos reconhecidos aos utentes pela Lei de Bases: os direitos de “decidir receber ou recusar a prestação de cuidados que lhes é proposta, salvo disposição especial da lei” (*princípio do consentimento necessário*) (Base XIV, n.º 1, alínea b)) e de “ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado” (*princípio do consentimento informado*) (Base XIV, n.º 1, alínea e)).

³⁰ Como refere ANTUNES VARELA «o cumprimento defeituoso abrange, não só as deficiências da *prestação principal* ou de qualquer dever secundário de prestação, como também a violação *deveres acessórios* de conduta que, por força da lei (por via de regra, através das normas dispositivas), se integram na relação creditícia, em geral, e na relação contratual em especial» (*vide*, João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Volume II, 7.ª ed., Coimbra, 2001, p. 130).

³¹ A extensão da ilicitude, igualmente para abarcar deveres de cuidados, é feita também no artigo 9.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.

e médico-doente e nos direitos que são conferidos e nas obrigações a que fica adstrita cada uma das partes nas diferentes relações jurídicas»³². No regime jurídico-privado, é possível apreender a existência de um contrato de prestação de serviços que liga o médico ao doente e explica este vértice de uma relação triangular, a existência de um contrato de hospitalização ou um contrato de serviços hospitalares, contrato misto que traduz a relação entre doente e estabelecimento de saúde privado³³. Entre o médico e o estabelecimento pode existir um contrato de trabalho ou um contrato de prestação de serviços, o que pode influir na configuração do primeiro dos contratos ora enunciados, pois, nessa circunstância, o médico tenderá a ser auxiliar no cumprimento ou representante, e a responsabilidade a ser apreciada à luz do artigo 500.º ou do artigo 800.º do Código Civil³⁴. No regime jurídico-público, o enquadramento jurídico substantivo proposto é o da relação jurídica administrativa.

Como procurámos expor, parece-nos que estamos perante um verdadeiro paradoxo, pois, quer seja um contrato de prestação de cuidados de saúde com um estabelecimento de saúde privado, quer respeite à prestação de cuidados de saúde num estabelecimento de saúde público, há um feixe comum de situações jurídicas ativas e passivas e estas últimas constituem deveres específicos.

Na verdade, pensamos que há um feixe comum e que é útil, como elemento que pode contribuir para a superação do paradoxo, a noção de estabelecimento hospitalar. Há traços comuns «que permitem arrogar um conjunto de direitos dos utentes dos estabelecimentos de saúde, como sejam os que materializam os princípios do consentimento necessário e do consentimento informado, o direito à informação sobre o seu estado de saúde e evolução, o dever do estabelecimento de organizar a documentação clínica e de garantir a confidencialidade dos dados de saúde»³⁵. Esses traços comuns compõem o conteúdo essencial do direito à saúde e concretizam-se

³² Cfr. Cláudia Monge, "Contributo para o estudo do Direito da Saúde: a prestação de cuidados de saúde", p. 159.

³³ Vide Carlos Ferreira de Almeida, *Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico, in Direito da Saúde e Bioética, cit.*, pp. 89-94.

³⁴ Cfr. Cláudia Monge, "Contributo para o estudo do Direito da Saúde: a prestação de cuidados de saúde", pp. 159-160.

³⁵ *Ibid.*, pp. 8-9.

na relação de prestação de cuidados de saúde, independentemente da sua natureza pública ou privada.

O estabelecimento de saúde deve ser compreendido como uma realidade jurídica autónoma, na qual são prestados os cuidados de saúde necessários em obediência ao direito à saúde, que vincula entes públicos e privados. Existe um conjunto de normas que decorrem da qualificação «estabelecimento de saúde» e são independentes do seu estatuto público ou privado. Há finalidades comuns cometidas ao «estabelecimento de saúde» como estrutura de cuidados, submetida a regras cada vez mais numerosas cuja aplicação é indiferente ao seu estatuto público ou privado. Estas regras conferem ao estabelecimento de saúde uma densidade jurídica crescente e operam a aproximação dos sectores público e privado^{36 37}.

Assim, «com fundamento no conceito de estabelecimento de saúde, como realidade jurídica autónoma, na qual se comprova a “comunhão” de direitos, a existência de um feixe de direitos e obrigações comuns que caracterizam a relação jurídica de prestação de cuidados de saúde e de que são paradigma os já invocados, não podemos deixar de considerar paradoxal a dualidade de regimes – público e privado, quer no plano do direito substantivo, quer logicamente no plano do direito adjetivo ou processual»³⁸.

A superação desse paradoxo apenas será conseguida pela afirmação de um mesmo regime de responsabilidade civil e pela ponderação de também um regime adjetivo comum. Neste último campo, e atenta a dualidade de jurisdições, é importante não olvidar o sentido e alcance do artigo 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais vigente.

No plano de *iure condendo* seria interessante a reflexão séria sobre a pertinência da criação de tribunais especializados.

Quanto à segunda reflexão, em conformidade com o enunciado, sustentamos que o regime de responsabilidade civil deve ser um regime contratual.

Como salientam FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, no domínio do tratamento médico em estabelecimentos hospitalares do Serviço Nacional de

³⁶ Ibid., p. 142.

³⁷ Sobre essa aproximação, vide Jacques Moreau/Didier Truchet, *Droit de la santé publique*, Paris, 2000.

³⁸ Cfr. Cláudia Monge, "Contributo para o estudo do Direito da Saúde: a prestação de cuidados de saúde", p. 248.

Saúde, não se visa «regular relações entre estranhos, que só o dano, no antagonismo, aproxima»³⁹, como sucede na responsabilidade civil extracontratual. Visa-se antes reagir civilmente perante a violação de um dever específico, individualizado, e não «(tão-só o genérico dever de não violar os direitos de outrem)»⁴⁰. Parece-nos claro que nos estabelecimentos de saúde integrados no Serviço Nacional de Saúde «existe um quadro preciso de direitos e deveres» e «o doente, internado ou em tratamento num hospital público, não é (em relação à entidade hospitalar) um estranho a quem apenas compita o genérico direito a não ver violada a sua integridade física ou moral; é alguém que tem *positivamente* direito a um certo número (e qualidade) de cuidados»⁴¹.

O paradoxo surge, pois, «o carácter público ou privado da relação e a proeminência do critério orgânico sobre o critério funcional vai determinar a repartição de competência entre a jurisdição administrativa e a jurisdição comum»⁴². Se identificamos um feixe comum de direitos subjetivos dos destinatários da prestação de cuidados de saúde, independentemente do estatuto público ou privado do estabelecimento onde são prestados os cuidados de saúde, torna-se paradoxal a existência de dois regimes distintos e de um contencioso de responsabilidade civil dual⁴³.

Em suma, pensamos que o caminho deverá ser o da unicidade do regime da responsabilidade civil e que esse regime deve ser contratual.

Ainda em síntese, e na sequência do exposto em sede de enquadramento, no panorama legislativo atual, concluindo-se por um concurso de títulos de

³⁹ Vide Jorge Figueiredo Dias/Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade Médica em Portugal, cit.*, p. 49.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 49.

⁴¹ *Ibid.*, p. 49. Sobre esta matéria, vide ainda Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa, cit.*, p. 135.

⁴² Vide Cláudia Monge, "Contributo para o estudo do Direito da Saúde: a prestação de cuidados de saúde". p. 137. Cfr. A este propósito, cfr., Jean-Michel de Forges, *Le Droit de la Santé*, 7. eme ed., Paris, 2010, p. 13, e Jean Penneau, *La responsabilité du médecin*, 2e ed., Paris, 1996, p. 48.

⁴³ Continua, porém, a reconhecer-se que «no regime jurídico-público, no entanto, o enquadramento jurídico complexifica-se, dado que a par da possível existência de contornos ou aspetos contratuais, existe uma regulamentação legal ou estatutária que impõe direitos e deveres próprios para a parte, pelo que, ainda que se considere a presença de um contrato, ou de um contrato dividido (em rigor dois contratos, um com o profissional de saúde e outro com o estabelecimento de saúde público), sempre se verificará a prática de operações materiais e de actos administrativos, como sejam o da emissão ou a transferência para outro estabelecimento de acordo com as regras de organização administrativa a que se refere a alínea a) do n.º 1 da Base V da Lei de Bases da Saúde, Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto» (cfr. Cláudia Monge, "Contributo para o estudo do Direito da Saúde: a prestação de cuidados de saúde". p. 139).

imputação ou por um concurso de pretensões, deve o lesado escolher o regime mais favorável e intentar apenas uma ação em consonância com o regime arguido. No Direito Civil, há claras vantagens na adoção do regime da responsabilidade civil contratual. No Direito Público, e atento o regime da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, é de salientar como vantagem e regime favorável a previsão da ilicitude em razão do funcionamento anormal do serviço (artigo 7.º, n.ºs 3 e 4, e artigo 9.º) e as presunções de culpa estabelecidas no seu artigo 10.º.

III. Fundamentos de responsabilidade objetiva?

O legislador nacional já veio afirmar, em matérias que integram o objeto do Direito da Saúde, e consagrar situações de responsabilidade objetiva. Cumpre, porém, ainda analisar se, a par das situações já vertidas em lei, devem, na perspectiva de direito a constituir, consideradas e legalmente consagradas outras.

Salientam-se, por exemplo, as seguintes soluções nacionais já adotadas que apontam a consagração de mecanismos de responsabilidade objetiva: a existência de seguro é condição mínima à participação num ensaio clínico, nos termos da alínea e) do n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 46/2004, de 19 de agosto, na sua atual redação; é legalmente exigido um contrato de seguro a favor do dador, em conformidade com o artigo 9.º, n.º 4, da Lei n.º 12/93, de 22 de abril, na sua atual redação; é legalmente consagrado um regime de responsabilidade civil pelos danos causados a pessoas expostas a radiações ionizantes, nos termos do Decreto-Lei n.º 180/2002, de 08 de agosto, com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 215/2008, de 10 de novembro, e pelo Decreto-Lei n.º 72/2011, de 16 de Junho.

Há, porém, no espaço europeu, mecanismos mais abrangentes na consagração de soluções de responsabilidade objetiva, de que são exemplos paradigmáticos, o modelo escocês de fundo de proteção em caso de danos, os sistemas escandinavos de seguros, adotados na Finlândia, Dinamarca, Islândia e Noruega.

Cumpre, porém, notar que a proteção conferida através da relação obrigacional complexa já estende a ilicitude, tornando consequentemente a responsabilidade subjetiva mais abrangente, pelo que a responsabilidade

objetiva pelo risco deve ser reservada para situações de especial perigosidade ou de especial danosidade. O code de la santé publique expressa o exemplo francês de uma resposta que faz apelo à socialização do risco, por exemplo em matéria de contaminação do VIH em razão de sangue contaminado em estabelecimentos hospitalares, com a criação de uma comissão arbitral e um regime de ressarcimento das vítimas mais protetor e mais expedito.

Estes são, pois, alguns elementos que propomos à reflexão atenta.

[voltar ao início do texto](#)

**A responsabilidade civil dos árbitros e o regime aprovado pela Lei
67/2007, de 31 de Dezembro:
Entre a responsabilidade e a imunidade**

Ricardo Pedro

Mestre e doutorando em Direito Público
pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

I. Quadro genérico da responsabilidade civil dos árbitros; II. Responsabilidade civil dos árbitros por decisões danosas; II.a Limites Substantivos; II.b Limites Processuais

I. Quadro genérico da responsabilidade civil dos árbitros

1. O tema da responsabilidade civil dos árbitros apesar de não ser inédito entre nós, desde logo do ponto de vista legislativo, revela-se, nomeadamente, à luz da LAV¹ num assunto que não fica encerrado com a mera hermenêutica deste diploma. O carácter lacunoso da LAV pode encontrar justificação no fato do tema não se encontrar devidamente consolidado na doutrina nacional e, como se verá, de estar longe da unanimidade na doutrina estrangeira. Neste breve texto, pretendemos apenas apresentar algumas notas para a compreensão da responsabilidade civil a que devem estar sujeitos os árbitros-juízes quer pela consideração do disposto na LAV, quer do previsto em matéria de responsabilidade civil dos juízes por fato jurisdicional presente no regime aprovado pela Lei 67/2007.

Uma das principais características da responsabilidade civil dos árbitros é a sua consideração como uma garantia dos cidadãos que recorrem à administração da justiça levada a cabo por meio da arbitragem. A não

¹ Sempre que não se faça referência expressa a um diploma deve entender-se feita para a , adiante designada de LAV. Cf., no que toca a arbitragem necessária, o disposto no art. 1527.º/2 do CPC.

admissão de um regime de responsabilidade civil dos árbitros geraria desconfiança da figura da arbitragem e contrariaria o princípio da legalidade e da segurança jurídica, deixando, por um lado, os árbitros numa situação de privilégio inexplicável face a outros atores da administração da justiça e, por outro, em clara discordância com o princípio *neminem laedere*, ficando os lesados com a obrigação de suportar um dano provocado por outro agente (ironicamente, obrigado a “prestar” um serviço de justiça).

O direito estrangeiro sobre a responsabilidade civil dos árbitros revela uma grande variedade de regimes que oscilam entre o modelo que afirma a imunidade absoluta dos árbitros (e.g. Reino Unido e EUA)² e o modelo que admite a responsabilidade por atos negligentes ou violação de certos deveres (e.g. Qatar, Tunísia e Líbia)³. Entre estes dois modelos puros e radicais situa-se o modelo adotado pelo legislador nacional. Isto é, admite-se que os árbitros possam responder por certos deveres perante as partes, mas, no que toca à responsabilidade civil pelo conteúdo das suas decisões, deve valer um regime análogo ao dos juízes.

O modelo adotado pelo legislador nacional apresenta a particularidade de o regime de responsabilidade civil dos árbitros se afastar do regime de responsabilidade civil prevista para os restantes particulares, independentemente de tal responsabilidade ter origem contratual ou extracontratual. A justificação para tal *autonomia* está no fato de os árbitros se encontrarem no exercício da função jurisdicional, isto é, de *ius dicere*; atividade esta apenas atribuída aos juízes e aos árbitros.

Como se disse, o regime da responsabilidade civil dos árbitros está sobretudo previsto na LAV, remetendo este diploma implicitamente para o regime previsto para a atuação dos magistrados. O regime sediado na LAV e, em parte, no regime aprovado pela Lei 67/2007 prossegue o entendimento da doutrina nacional maioritária de, por um lado, os árbitros ainda deverem responder segundo um regime de responsabilidade contratual quando está em causa a violação de algumas obrigações e, por outro, se admitir uma

² Cf. DENNIS NOLAN e ROGER ABRAMS, “Arbitral Immunity”, *Industrial Relations Law Journal*, Vol. 11, n.º 2 (1989), 228-266, p. 238-266; SUSAN D. FRANCK, “The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity”, *New York Law School* (2000), 1-59, p. 11; e JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN, *Estatuto y responsabilidad del árbitro: Ley 60/2003, de Arbitraje*, Navarra, Aranzadi, 2004, pp. 151-152.

³ Cf. SUSAN D. FRANCK, “The Liability...”, p. 15.

equiparação do regime de responsabilidade civil dos árbitros à dos juízes quando se trata do ressarcimento de danos causados pelo conteúdo (errado) da decisão arbitral⁴.

Este regime deve ser entendido como um mínimo imperativo, que as partes podem convencionalmente ampliar, desde que haja aceitação dos árbitros. Portanto, um regime mais amplo pode resultar da convenção de arbitragem, do regulamento ou dos estatutos das instituições arbitrais.

2. O legislador previu ao longo do articulado da LAV vários tipos legais ou situações de imputação de responsabilidade civil dos árbitros.

Para começar, destaca-se o abandono ou escusa injustificada da função arbitral (art. 12.º/3). Dito de outro modo, impende sobre os árbitros o dever de exercer a função arbitral logo que aceite⁵. Embora, por ontologicamente assim ser, o legislador da LAV preveja a possibilidade de escusa no caso de impossibilidade superveniente ou na falta de acordo quanto a honorários e despesas dos árbitros. Neste tipo legal, deve incluir-se, nomeadamente, a interrupção deliberada das atuações arbitrais adotadas pelo julgador que impliquem uma quebra de deveres inerentes à função arbitral e que atinge o limite máximo quando se trate de *non liquet*.

Para além daquele tipo legal gerador de responsabilidade civil dos árbitros, o legislador admite a responsabilidade daqueles no caso de dilações temporais indevidas quer se trate de dilações resultantes da violação da decisão em prazo razoável (art. 15.º/2), quer se trate da violação do direito à decisão no prazo fixado legal ou contratualmente (art. 43.º/4). Na primeira situação, aliás, muito pouco frequente no direito estrangeiro, o legislador refere-se ao dever de o árbitro "*se desincumbir, em tempo razoável, das funções que lhe foram cometidas*". E na segunda, refere-se à responsabilidade

⁴ Cf. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Responsabilidade civil do Estado e dos seus órgãos ou agentes", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85 (1959), p. 494; HENRIQUE MESQUITA, "Arbitragem: competência do tribunal arbitral e responsabilidade civil do árbitro", in *Ab Uno Ad Omnes - 75 anos da Coimbra Editora*, 1381-1392, p. 1392; PEDRO ROMANO MARTINEZ, "Análise do Vínculo Jurídico do Árbitro em Arbitragem Voluntária Ad Hoc", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Marques dos Santos*, Vol. I, 827-841, 840; JOÃO AVEIRO PEREIRA, *A responsabilidade civil por actos jurisdicionais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 170; e DÁRIO MOURA VICENTE, ARMINDO RIBEIRO MENDES, PEDRO METELLO DE NÁPOLES, PEDRO SIZA VIEIRA, MIGUEL JÚDICE e JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Lei da Arbitragem Voluntária - Anotada*, Lisboa, Almedina, 2012, p. 26.

⁵ Cf. JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN, *Estatuto...*, p. 125 e ss.

civil pelos danos causados pelos árbitros “*que injustificadamente obstarem a que a decisão seja proferida dentro do prazo fixado*”.

As preocupações do legislador da LAV com o tempo no procedimento arbitral são óbvias ao fixar um prazo para a decisão do litígio. Assim, sempre que não haja prazo fixado pelas partes, a sentença deve ser notificada às partes dentro do prazo de doze meses a contar da data da aceitação do último árbitro (art. 43.º/1). Este prazo de doze meses pode ser prorrogado por acordo das partes ou por decisão do tribunal arbitral, podendo, neste último caso, as partes, de comum acordo, opor-se à prorrogação. A haver prorrogação, poderá ter lugar uma ou mais vezes, por períodos sucessivos de doze meses, devendo tais prorrogações ser devidamente fundamentadas. A preocupação do legislador com o tempo do procedimento arbitral confirma-se ainda na imposição do dever de decidir prontamente sobre qualquer objeção contra ordem preliminar (art. 23.º/3).

A importância das normas relativas ao tempo do procedimento arbitral revela-se, desde logo, por um lado, por o prazo surgir como uma regra de proteção das partes perante o tribunal arbitral⁶ e, por outro, por ser típico o uso de manobras dilatórias pelas partes com vista ao decurso do prazo. Perante este cenário, os árbitros emergem como destinatários da obrigação de se *desincumbirem* de decidir dentro de prazo e como garantes do prazo adequado na resolução do litígio. Todavia, apesar do prazo fixado (contratual ou legalmente) deve procurar-se alguma razoabilidade à luz da casuística, pois o incumprimento do prazo em um ou dois dias poderá não ser justificativo de consequências indemnizatórias.

Para terminar esta breve referência à relação do tempo arbitral com a responsabilidade civil dos árbitros não podemos deixar de mencionar que a determinação do conceito de prazo razoável na administração da justiça arbitral muito beneficia se tiver em conta a doutrina da determinação do *prazo razoável* desenvolvida, sobretudo, pela jurisprudência do TEDH. Não se trata aqui de uma obrigação internacional que os tribunais arbitrais voluntários deverão cumprir, mas antes de beneficiar de uma técnica bastante sedimentada na jurisprudência⁷ sobre o apuramento daquele conceito. Devendo ser considerada, enquanto elemento extrajurídico auxiliar na

⁶ Cf. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de resolução alternativa de litígios*, 2.ª edição, Lisboa, Almedina, 2012, p. 241.

concretização do conceito de prazo razoável da administração da justiça arbitral. O prazo razoável deve ser aferido em concreto, nomeadamente, tendo por base a complexidade da causa, o comportamento de cada uma das partes e o comportamento dos árbitros.

Outro dos tipos legais que pode gerar responsabilidade civil dos árbitros refere-se à quebra de confidencialidade (art. 30.º/5). Ao contrário do que acontece com as situações de imputação referidas anteriormente, esta não surge expressamente identificada como geradora da obrigação de indemnizar⁸. No entanto, impondo-se o dever de sigilo dos árbitros sobre todas as informações e documentos que obtenham através do processo arbitral (tanto mais que o sigilo da arbitragem tem sido apontado como uma das suas características⁹), caso se verifique que o não respeito daquele dever gera danos imputáveis aos árbitros, não se vê como se possa sustentar a sua imunidade.

Por fim, o legislador da LAV refere que os árbitros são irresponsáveis por danos decorrentes das suas decisões, salvo nos casos em que os magistrados judiciais o possam ser (art. 9.º/4). Esclarecendo ainda que este tipo de responsabilidade só tem lugar perante as partes (art. 9.º/5).

3. Antes de se avançar para a análise da responsabilidade civil dos árbitros pelo conteúdo das suas decisões danosas, importa referir que, para efeitos de responsabilidade civil pela administração da justiça, é comum distinguirem-se duas realidades, às quais se referem regimes distintos. Sem grandes preocupações de rigor sistemático, pode dizer-se, por um lado, que se admite um regime de responsabilidade civil pelos danos que provoca uma decisão

⁷ Sobre esta jurisprudência, cf., o nosso, *Contributo para o estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas*, Lisboa, AAFDL, 2011, pp. 105-112.

⁸ O que, desde logo, revela que os tipos legais identificados pelo legislador da LAV não devem ser entendidos como taxativos. A mobilizar-se o critério da posituação dos *comportamentos socialmente típicos* merecedores de enquadramento legal para efeitos indemnizatórios, não será de desconsiderar que certos princípios, como seja a independência do tribunal arbitral, devem estar assegurados. Emergindo este como um dos mais importantes princípios que deve informar a arbitragem - como aliás, toda a administração da justiça. Para além da descredibilização da arbitragem, a necessidade de reparação de danos poderá tornar-se premente se a realidade confirmar o evidenciado por alguns estudos recentes, ao terem concluído que uma das preocupações dos cidadãos no recurso à arbitragem é justamente a falta de independência de alguns árbitros, cf. AAVV, *Justiça Económica, Síntese e Propostas*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012, p. 33.

⁹ AAVV, *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Paris, Lextenso éditions, 2011, p. 100.

jurisdicional errada e, por outro, subsidiariamente, outro regime que incide sobre toda a restante atuação danosa que não encontra ali uma garantia reparatória adequada.

À responsabilidade civil pelos danos provocados por uma decisão danosa associa-se, em regra, um regime mais restrito, próximo da imunidade. Já quanto à restante atuação judicial danosa admite-se um regime mais garantístico de reparação dos danos. Este raciocínio bastante justificado e evidente na administração da justiça estadual¹⁰, onde a atividade em causa é de natureza variada - oscilando entre a natureza administrativa, processual ou jurisdicional (em sentido estrito) -, não deixa de se rever na administração da justiça arbitral. Na arbitragem, a danosidade objeto de reparação, tal como na administração da justiça estadual, acaba por receber dois regimes distintos, consoante estejam em causa os danos causados pelo conteúdo de uma decisão ou pela restante atuação. Uma nota diferenciadora revela-se no fato de o legislador da LAV, ao contrário do legislador do regime aprovado pela Lei 67/2007, não admitir uma cláusula geral de responsabilidade pelos danos causados pela atuação ilícita do árbitro e dos seus auxiliares, antes indicando apenas algumas situações de administração da justiça arbitral ilegal abstratamente merecedoras de reparação.

De entre essas causas, admite-se a morosidade indevida. Esta causa de imputação de responsabilidade civil está prevista no artigo 12.º do regime aprovado pela Lei 67/2007 e assume um significado especial em matéria de responsabilidade civil do Estado, nomeadamente pela sua definição a partir das obrigações internacionais assumidas pelo Estado português no cumprimento da CEDH. No entanto, como se deixou expresso mais acima, também aquela causa de imputação é admitida pelo legislador da LAV, devendo a determinação do conceito de prazo razoável fazer-se por apelo à jurisprudência desenvolvida pelo TEDH.

A aproximação entre regimes não fica por aqui, pois, se para a responsabilidade civil pela morosidade indevida na administração da justiça estadual se admite um regime em que compete ao Estado e, caso haja direito de regresso sobre juiz, a este provar que a morosidade não lhe é imputável, o

¹⁰ Cf., entre outros, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, "Âmbito e pressupostos da responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional", *Revista do CEJ* (2009), pp. 265-291, 275.

mesmo parece ocorrer no âmbito da administração da justiça arbitral onde, de acordo com doutrina maioritária, incumbe ao árbitro provar que a falta de cumprimento da justiça arbitral não resulta de culpa sua¹¹. Esta presunção de culpa, na nossa opinião, parece já resultar, para estas situações, da própria dogmática da responsabilidade civil pela administração da justiça.

II. Responsabilidade civil dos árbitros por decisões danosas

4. Já lá atrás se referiu que, de acordo com a LAV (art. 9.º/4), os árbitros são irresponsáveis por danos decorrentes das suas decisões, salvo nos casos em que os magistrados o possam ser. A pergunta que emerge face àquele enunciado é qual o sentido a dar ao previsto naquele inciso legal?

A resposta imediata é que se deve aplicar o regime previsto no artigo 14.º/1 do regime aprovado pela Lei 67/2007¹². Antes de mais, o disposto naquele artigo parece dar guarida à interpretação que, como já se referiu, alguma doutrina defende ao aceitar uma aplicação extensiva do regime de responsabilidade civil dos juízes ao dos árbitros. As razões para aplicação daquele regime previsto para os juízes aos árbitros, justifica-se pela necessidade de preservação das garantias de independência e imparcialidade do julgador; pelo fato do laudo arbitral apresentar os mesmos efeitos da sentença jurisdicional; e pela idêntica dificuldade em identificar os danos resultantes de erro de julgamento. Estas razões derivam, sobretudo, de se estar perante o exercício da função jurisdicional (ainda que privada) e de o erro ser inerente à atividade jurisdicional, independentemente da atividade jurisdicional ser pública ou privada.

II.a Limites Substantivos

¹¹ Cf., entre outros, HENRIQUE MESQUITA, "Arbitragem...", p. 1392; e PEDRO ROMANO MARTINEZ, "Análise...", p. 841.

¹² Este dispõe que: "*Sem prejuízo da responsabilidade criminal em que possam incorrer, os magistrados judiciais e do Ministério Público não podem ser directamente responsabilizados pelos danos decorrentes dos actos que pratiquem no exercício das respectivas funções, mas, quando tenham agido com dolo ou culpa grave, o Estado goza de direito de regresso contra eles.*" (sublinhado nosso).

5. Apesar da resposta a reter ser a de que a interpretação do artigo 9.º/4 da LAV remete para o disposto no artigo 14.º/1¹³ do regime aprovado pela Lei 67/2007, que se refere à responsabilidade civil dos juízes, deve ter-se presente que este regime deve ser aplicado com as necessárias adaptações, pois a responsabilidade dos juízes é indireta¹⁴ enquanto a dos árbitros é direta; o Estado responde pela atuação dos juízes, mas não pela atuação dos árbitros; e os juízes respondem perante os danos causados às partes e terceiros, enquanto, de acordo com o disposto no artigo 9.º/5 da LAV, os árbitros apenas respondem perante os danos causados às partes.

O regime previsto no artigo 14.º/1 apenas se aplica aos árbitros quando haja culpa destes, exigindo este dispositivo *dolo* ou *culpa grave*. Esta asserção torna claro, por um lado, a identificação do regime de responsabilidade civil dos juízes com a dos árbitros e, por outro, que tal responsabilidade se distingue da responsabilidade civil dos particulares em geral, em que se admite culpa leve como requisito suficiente.

6. Fica por perceber se, para além do requisito culpa, a exigência do nível ilicitude deve ser análogo ao previsto para a responsabilidade civil do Estado. Dito de outra forma, deve aplicar-se também o regime do erro judiciário previsto no artigo 13.º/1 do regime aprovado pela Lei 67/2007¹⁵, enquanto elemento obrigatório para o apuramento da responsabilidade civil dos árbitros?

Antes de se responder a esta questão deve esclarecer-se que o legislador do regime aprovado pela Lei 67/2007 e a jurisprudência (unânime¹⁶) exigem um ilícito qualificado, ou seja, não é qualquer erro que pode gerar obrigação de indemnizar, mas apenas o erro grosseiro, manifesto, palmar, etc. referindo-

¹³ Norma replicada nos estatutos dos magistrados judiciais e do Ministério Público.

¹⁴ Sobre este regime, por todos, CARLA AMADO GOMES, "ABC da (ir)responsabilidade dos juízes no quadro da lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro", *Scientia Iuridica*, n. 322 (2010), pp. 261-277, 261 e ss.

¹⁵ Este artigo dispõe que: "*Sem prejuízo do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade, o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto*".

¹⁶ Cf., por todos, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28-02-2012, proc. 825/06.3TVLSB.L1.S1, Nuno Cameira.

se a lei a “*danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto*”.

Para este efeito, releva qualquer tipo de erro: seja erro de direito (processual e substantivo), seja de facto (apreciação dos meios de prova ou decisão contra os factos provados). No entanto, estão obviamente excluídos erros materiais que devem ser objeto de retificação nos termos previstos no artigo 45.º da LAV. Podendo ainda as partes requerer a eliminação dos erros que possam eventualmente ser corrigidos por via da retificação do vício da omissão de pronúncia (arts. 45.º/2/5 e 46.º/7).

A resposta à última questão alinhavada deve ter em conta que o regime previsto no artigo 13.º/1 do regime aprovado pela Lei 67/2007 se refere à responsabilidade civil direta do Estado (e não dos juízes) e que só depois de ultrapassado este primeiro filtro é que os juízes podem responder em sede de direito de regresso. *Erro* e *culpa* são, com efeito, conceitos distintos. Embora esta conclusão não seja unânime na doutrina¹⁷, em sede de responsabilidade civil do Estado, o erro pode não ser culposo, o que tem por consequência que o Estado pode responder, em primeira linha, por erro judiciário, apesar de, posteriormente, em segunda linha, isto é, em sede de ação de regresso se concluir que a atuação dos juízes não foi dolosa ou culposamente grave, não gerando responsabilidade para os juízes, apesar de ter gerado obrigação de indemnização ao Estado.

O erro judiciário para efeitos de responsabilidade civil do Estado é um conceito mais amplo do que para efeitos de responsabilidade dos juízes. A amplitude do regime de responsabilidade civil do Estado não deve valer para os árbitros que apenas respondem nos casos de dolo ou culpa grave, como resulta da aplicação do disposto no artigo 14.º/1 do regime aprovado pela Lei 67/2007. Deve ficar assente que o conceito de erro da decisão arbitral para efeitos de responsabilidade civil dos árbitros é mais restrito que o erro da decisão jurisdicional pública quando está em causa apurar a responsabilidade

¹⁷ Em sentido afirmativo, JUAN MONTERO AROCA, *Responsabilidad civil del Juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 112; e VICENTE C. GUZMÁN FLUJA, *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la administración de justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 152. Contra, ELIZABETH FERNANDEZ, “Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 88 (2011), pp. 14-22, 19.

civil do Estado. Para além disso, deve ter-se presente a não identificação de ilegalidade com ilicitude e que o direito à reparação apenas tem lugar mediante a verificação de ilicitude.

Sintetizando, por um lado, a responsabilidade civil dos árbitros apenas poderá ocorrer nos casos de dolo ou culpa grave, aqui se distinguido da responsabilidade civil do Estado, que também poderá ter lugar nos casos em que não se identifique a culpa dos juízes. E, por outro, não se vê razão para não aplicar extensivamente o requisito do erro judiciário aos árbitros, no entanto, como a jurisprudência tem notado, a distinção destes dois elementos (erro e culpa) será muito difícil de fazer na prática, havendo uma confusão entre ilicitude e culpa, sendo apenas admitida a responsabilidade civil por erro culposos, resultante, nomeadamente, de um desconhecimento do Direito¹⁸ ou de conduta manifestamente ilegal do juiz¹⁹.

II.b Limites processuais

7. Uma outra questão que deve ser respondida prende-se com a eventual exigência da prévia revogação da decisão danosa, prevista no artigo 13.º/2 do regime aprovado pela Lei 67/2007²⁰, ou seja, deve procurar-se uma resposta que clarifique se o referido regime deve ou não aplicar-se à responsabilidade civil dos árbitros por decisões danosas. As razões para aquela exigência são: a garantia da idoneidade do juízo arbitral; a salvaguarda da intangibilidade do caso julgado e a independência do julgador. A sua função desta exigência centra-se no aferir da ilegalidade, ainda que não se vise a sua qualificação, de modo a determinar a ilicitude.

A exigência da prévia revogação da decisão danosa enfrenta graves entraves jurídicos quando, por alguma razão, o ordenamento jurídico não permite que a mesma tenha lugar seja por razões de sucumbência, seja em

¹⁸ Cf., por exemplo, acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03-07-2003, proc. 0333155, Oliveira de Vasconcelos.

¹⁹ Cf. O acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10-10-2009, proc. 173/2001.P1, José Carvalho.

²⁰ Este artigo impõe que: "O pedido de indemnização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente". Considerando esta exigência um pressuposto processual, cf. PAULA COSTA E SILVA, "A ideia de Estado de direito e a responsabilidade do Estado por erro judiciário: The king can do [no] wrong", *O Direito*, Ano 142, n. 1 (2010), pp. 39-80, 75, e ELIZABETH FERNANDEZ, "Responsabilidade...", p. 20. Em sentido contrário, considerando que se trata de um facto constitutivo do direito à reparação, cf. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: anotado*, 2.ª edição, Lisboa, Coimbra Editora, 2011, p. 276.

razão do valor da causa, seja por outra razão qualquer. Destarte, não podendo tal revogação ter lugar por alguma daquelas razões e aplicando literalmente o disposto no artigo 13.º/2 a consequência óbvia será a exclusão automática do dever de indemnizar.

Este tema tem sido objeto da atenção da doutrina nacional, a propósito da responsabilidade civil do Estado, variando as posições entre: a) os que defendem que se a decisão já não admite ser revogada não poderá ter lugar ação de responsabilidade civil, precludindo-se deste modo o direito à reparação²¹; b) outros que, tratando-se da aplicação de direito da UE, defendem que aquela exigência deve ter-se por não escrita, pois tal exigência não resulta da jurisprudência do TJ em matéria de responsabilidade civil dos EM por violação do direito da UE²²; c) outra doutrina que defende que se tal exigência não pode ter lugar por razões ligadas ao funcionamento de recursos, privando, desse modo, o lesado de intentar a ação de responsabilidade civil, o disposto no artigo 13.º/2 deve ter-se por inconstitucional (não só por violar o direito à reparação dos danos sofridos, mas também por violação do direito à tutela jurisdicional efetiva²³); d) e, por fim, aqueles autores que, procurando salvaguardar a utilidade daquela exigência, defendem uma interpretação generosa da admissão do recurso de revisão previsto nas alíneas a) e b) do artigo 771.º do CPC²⁴, aí incluindo as decisões intoleravelmente injustas.

- 8.** Centrando agora a atenção nas possibilidades de cumprimento daquela exigência de revogação da decisão danosa em matéria de responsabilidade civil dos árbitros torna-se indispensável, antes de mais, identificar os meios processuais postos à disposição das partes, pelo legislador da LAV, para atacar a decisão arbitral. Tratando-se

²¹ Cf. JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, "Sobre o novo regime da responsabilidade do Estado por actos da função judicial", *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 138, n.º 3954 (2009), pp. 156-168, 165.

²² Cf., entre outros, 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", *Revista do CEJ*, n.º 11 (2009), pp. 291-315; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o Direito da União Europeia*, SI, Almedina, 2009, p. 56; e NUNO PIÇARRA, "As incidências do direito da União Europeia sobre a organização e o exercício da função jurisdicional nos Estados-Membros", disponível na *internet*, pesquisa confrontável a partir do título, consultado em 2.12.12.

²³ Cf. ELIZABETH FERNANDEZ, "Responsabilidade...", p. 22.

²⁴ Cf. PAULA COSTA E SILVA, "A ideia de Estado...", p. 72 e 74.

de arbitragem, as possibilidades legais de impugnar a decisão arbitral centram-se no recurso, na oposição à execução e na impugnação do laudo arbitral.

O recurso apenas terá lugar se for convencionado pelas partes, ou seja, este meio de anulação surge com carácter excecional e limitado às decisões de direito (art. 39.º/4).

A oposição à execução do laudo arbitral admite, *grosso modo*, os mesmo fundamentos de anulação que a impugnação do laudo arbitral, para além dos fundamentos de impugnação admitidos no processo executivo cível (art. 48.º).

Por fim, a impugnação do laudo arbitral. Esta ação de anulação está limitada às hipóteses taxativamente previstas no artigo 46.º/3 da LAV. Apesar de se tratar de um elenco variado, os fundamentos que se referem ao mérito da decisão acabam por se circunscrever à violação do princípio da igualdade, do contraditório e à ofensa dos princípios de ordem pública internacional do Estado português²⁵.

Depois de expostos, ainda que muito sucintamente, os meios processuais possíveis de impugnação da decisão arbitral admitidos pela LAV, importa retomar a pergunta deixada acima em suspenso - *deve exigir-se a prévia revogação da decisão danosa em matéria de responsabilidade civil dos árbitros*. A resposta a esta pergunta revela os mesmos limites em que se movimenta a responsabilidade civil do Estado ao que se somam as especificidades da arbitragem, que, por natureza, constitui uma alternativa à administração da justiça estadual e que, enquanto alternativa, apresenta, nomeadamente, um modo de impugnação das decisões arbitrais distinto, *rectius* muito mais reduzido, do que o admitido para as decisões jurisdicionais públicas.

Mesmo que se entenda que, caso a sentença já não possa ser revogada, se exclui o acesso à ação para efetivar a responsabilidade civil dos árbitros sempre se terá de perscrutar em que medida é possível cumprir a exigência de revogação.

²⁵ Sobre a compreensão deste fundamento de anulação, recentemente, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, "Da ordem pública no processo arbitral", disponível na *internet*, pesquisa confortável a partir do título, consultado em 2.12.12.

Começando pelo recurso ordinário, deve desde já afirmar-se que o seu carácter excecional impõe o seu abandono, enquanto meio impugnatório, na medida em que se revela pouco adequado para a revogação de todas as decisões danosas. A mesma conclusão deve ser repetida para a oposição à execução, pois trata-se de um meio que está dependente da interposição de uma ação de execução, ou seja, de uma ação cujo fim principal é a execução e não um outro fim distinto, como é a revogação da decisão danosa.

Mais prometedor poderia ser o instituto de impugnação do laudo arbitral, desde logo, por ser este o instituto admitido em Itália para cumprir aquela função (art. 813-ter do *Codice di Procedura Civile*). À luz do disposto na LAV, a primeira conclusão que se retira da análise dos fundamentos de impugnação do laudo arbitral aí previstos é a da inexistência de qualquer referência ao fundamento *erro da decisão arbitral*. Se assim é, à luz da letra da lei, não se deve, todavia, desconsiderar que alguns dos fundamentos de anulação aí previstos podem ainda dar cobertura ao erro de direito. No entanto, torna-se muito difícil estes oferecerem suporte à revogação da decisão por erro de facto.

Os limites da revogação da decisão arbitral verificam-se ainda que se lance mão de uma interpretação generosa do fundamento ordem pública (art. 46.º/3-b)-ii)), pois o tribunal que anule a sentença arbitral não pode conhecer do mérito da questão ou questões por aquela decididas (art. 46.º/9). Se, por um lado, o cumprimento da exigência da revogação prévia através do meio de impugnação do laudo arbitral parece ser uma solução conforme com a lógica da arbitragem, isto é, de ser alternativa à administração da justiça pública, por outro, revela-se uma solução bastante limitadora da garantia indemnizatória²⁶.

Para além dos meios de revogação do laudo arbitral admitidos pela LAV, poderia ainda equacionar-se lançar mão, tendo em conta a doutrina sobre a revogação prévia de uma decisão jurisdicional estadual danosa, do recurso de revisão previsto nas alíneas a) e b) do artigo 771.º do CPC²⁷. Todavia, esta

²⁶ Cf. AAVV, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, CEDAM, 2010, p. 142.

²⁷ Cf. MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de arbitragem*, Lisboa, Almedina, 2010, p. 373.

via exigia uma interpretação extensiva dos fundamentos de um recurso que é por natureza extraordinário²⁸ e cujos fundamentos obedecem ao princípio da taxatividade²⁹. Acresce que este recurso revela-se pouco conforme com ideia da arbitragem que se quer, por regra, cingida à impugnação da decisão por via da anulação. Ainda assim, esta via persegue o valor Justiça, enquanto valor que não pode, de todo, ser desconsiderado no momento de aferir da possibilidade legal de cumprir o direito à reparação dos danos causados pela administração da justiça arbitral³⁰.

9. Por fim, face às limitações que resultam no cumprimento legal da revogação da decisão danosa e, conseqüentemente, do direito à reparação dos danos causados pelos árbitros, a outra solução que salta à vista é a não exigência da revogação prévia da decisão danosa. A principal justificação desta solução pode encontrar-se na inconstitucionalidade de tal exigência, logo que o legislador não providencie ao lesado um meio de revogação da decisão, desta maneira, privando em abstrato o lesado do direito à reparação dos danos causados (por legalmente não lhe ser possível o cumprimento daquela condição).

Esta última hipótese parece ser a solução mais conforme com a ideia de arbitragem. Não só por, em regra, na arbitragem não ter lugar recurso da decisão final, como por não se admitir recurso das providências cautelares e de ordem preliminar (art. 27.º/4)³¹. Além disso, esta parece ser a solução que mais favorece a proteção dos direitos fundamentais: tutela jurisdicional efetiva e reparação de danos.

²⁸ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. VI, 3.ª edição, Reimpressão, SI, Coimbra Editora, 2012, p. 339 e ss, referia-se, em anterior legislação, a vício processual, a dolo do juiz, a falsidade de provas ou de atos judiciais e a superveniência de elementos decisivos.

²⁹ Cf., entre outros, acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14.07.2010, proc. 169/06.OTBAGN-A.C1, Regina Rosa; e LUÍS CORREIA DE MENDONÇA e HENRIQUE ANTUNES, *Dos recursos: regime do Decreto-Lei n.º 303/2007*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 339.

³⁰ Outra possibilidade admitida noutros países em matéria de responsabilidade civil do Estado por erro judiciário passa pela admissão de um meio processual autónomo para revogar a decisão danosa. Cf., no ordenamento jurídico espanhol, o disposto no artigo 293.º da *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*.

³¹ Cf. SUZANA SANTI CREMASCO, "A responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional do árbitro: uma leitura do enunciado do art. 9º, n.º 4 e n.º 5, da nova Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro) a partir dos preceitos da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro", *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 34 (2012), 1-33, p. 26.

Outro dado que favorece a não exigência da prévia revogação danosa resulta do facto de a LAV apenas referir o tribunal competente para a ação tendente a efetivar a responsabilidade civil dos árbitros (art. 59.º/10), nada dizendo sobre o tribunal competente para a revogação prévia da decisão danosa. A exigência do disposto no artigo 13.º/2 do regime aprovado pela Lei 67/2007 está pensada para um sistema onde a admissão do recurso é a regra, o que não acontece com a LAV. A possibilidade da indemnização não pode estar condicionada pelo carácter restrito da impugnação do laudo. Fazer depender o direito à reparação de um mecanismo de âmbito restrito e controvertido, como é o caso da ação de anulação, é fazer repousar um problema sobre outro problema.

A irrecorribilidade como regra é uma consequência da opção por um meio alternativo de resolução de litígios, enquanto manifestação da renúncia parcial à administração da justiça estadual. O facto de as garantias da impugnação da sentença arbitral serem inferiores às previstas para a sentença jurisdicional não poderá querer dizer que a responsabilidade civil da arbitragem também deva ser inferior à da administração da justiça estadual. Na verdade, uma coisa é a garantia primária de impugnação e outra é a garantia secundária de reparação. Aliás, exigir um meio revogatório que, por razões legais, não cobre todas as situações potencialmente geradoras de danos, assim privando o lesado da garantia reparatória devida, reduz a arbitragem a um meio muito menos garantístico do que os tribunais estaduais, degradando-o num meio de administração da justiça pouco compatível com a ideia de Estado de Direito.

Em suma, nenhuma das soluções adiantadas é plenamente satisfatória. Em todas elas se terá de sacrificar parcialmente algum dos valores tutelados pela ordem jurídica. Se na primeira solução, por um lado, se dá prevalência à segurança jurídica³² e à congruência do sistema jurídico, por outro, pouco se adequa ao valor justiça, quando os limites processuais que impendem sobre a possibilidade de revogação da decisão danosa restringem de forma

³² No sentido de o caso julgado "(...) não poder prevalecer sobre outros valores tutelados pelo ordenamento jurídico", cf. PAULA COSTA E SILVA, "A ideia de Estado...", p. 74. E esclarecendo que "pode dar-se o caso de os inconvenientes e as perturbações resultantes da quebra do caso julgado serem muito inferiores aos que derivariam da intangibilidade da sentença", veja-se JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. VI, 3.ª edição, Reimpressão, SI, Coimbra Editora, 2012, p. 336 e ss.

desproporcionada o acesso à reparação dos danos. Já na segunda solução adiantada, apesar do valor segurança poder sair beliscado, é o valor justiça que ganha fôlego, dignificando o meio alternativo de resolução de litígios arbitragem e colocando-o mais próximo do *standard* de reparação de danos previsto pelo regime da responsabilidade civil da administração da justiça estadual.

[voltar ao início do texto](#)

[Voltar ao índice](#)

Risco(s) de civilização, responsabilidades comunicacionais e irresponsabilidades residuais*

Carla Amado Gomes

*Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*

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

0. A entrada em vigor do regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro (que acolhe o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas = RRCEE), antecedida da polémica em torno do veto político do Presidente da República — por a considerar uma “inimiga” do erário público — e sucedida pela descoberta de soluções (pelo menos aparentemente) muito generosas para os lesados (desde logo, em razão da clarificação da questão da imputação de responsabilidade do Estado por facto de *qualquer* uma das suas funções¹), incute uma sensação de alteração de paradigma no sentido de uma maior cobertura pública de riscos sociais. É, em determinados casos, uma falsa impressão, em razão das dificuldades que o RRCEE vai plantando pelos caminhos normativos, sobretudo nos planos da responsabilização das funções jurisdicional e legislativa². Mas é

* Agradeço ao Dr. José Manuel Ribeiro de Almeida a leitura de uma primeira versão deste texto. Quaisquer erros ou imprecisões, bem como as opiniões expressas, são-me inteira e exclusivamente imputáveis.

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

² Cfr., entre outros: para a função jurisdicional: Carla AMADO GOMES, **ABC da (ir)responsabilidade dos juízes**, in *SI*, nº 322, 2010, pp. 261 segs (também publicado nos *Estudos em homenagem a J. L. Saldanha Sanches*, I, Coimbra, 2011, pp. 77 segs); Carlos CADILHA, **Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas**, 2ª ed., Coimbra, 2011, pp. 249 segs (anotação ao artigo 13º do RRCEE); para a função legislativa, Carlos CADILHA, *idem*, pp. 294 segs (anotação ao artigo 15º do RRCEE); Jorge MIRANDA, **A**

uma certeza em hipóteses como a responsabilidade administrativa, por facto ilícito (falta leve) e pelo risco.

Em reflexões anteriores, tivemos oportunidade de ressaltar estes aspectos e de nos posicionar contra o que pensamos ser uma excessiva abertura que o RRCEE propicia em sede de cobertura de danos decorrentes de actuações/omissões da função administrativa³⁻⁴. Neste texto e continuando no pensamento em “contra-corrente”, a nossa intenção é explorar (outras) hipóteses de irreparabilidade de danos decorrentes de actuações/omissões dos poderes públicos a partir da figura do “risco de civilização” – noção textualmente ausente do RRCEE mas, pensamos, presente, nos seus desdobramentos, na teleologia do instituto da responsabilidade civil em que o RRCEE se filia.

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

fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, in *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, I, Coimbra, 2012, pp. 687 segs, 711-712; Mário AROSO DE ALMEIDA, **Regime jurídico da criação de municípios e recurso para o Tribunal Constitucional no âmbito das acções de responsabilidade do Estado por ilícito legislativo: a propósito do acórdão do Tribunal Constitucional nº 134/2010**, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, II, Lisboa, 2012, pp. 755 segs, 762-765.

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

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

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

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

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

O *risco tecnológico*, enquanto facto futuro e incerto, cuja eclosão é susceptível de causar danos a pessoas, património e ambiente constitui, desde a decisão *Kalkar* do Tribunal Constitucional alemão, de 1978⁶, objecto de uma análise tridimensional, em função de um critério de intensidade ou de grau: enquanto *risco residual*, enquanto *risco* (simples), e enquanto *risco intolerável*. O primeiro equivale ao risco ineliminável numa sociedade tecnológica, cuja população aprecia o progresso e o acréscimo de bem-estar que a tecnologia acarreta (no caso *Kalkar*, o risco de acidente numa central nuclear em contraponto à disponibilidade de energia barata). Trata-se de uma grandeza

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

⁶ Sobre a decisão *Kalkar*, Carla AMADO GOMES, **Risco e modificação...**, *cit.*, pp. 395-399.

com uma dimensão negativa, mas cujo benefício — imediato e certo — suplanta o malefício — remoto e eventual.

Já o risco intolerável traduz-se numa possibilidade de ocorrência de danos que uma dada sociedade temporalmente situada rejeita, por contrário a um sentimento comum de segurança ou de ética (v.g., uso de armas químicas; clonagem de seres humanos). Cabe desde logo ao legislador democrático excluir este tipo de hipóteses do elenco de riscos geríveis pela Administração — ainda que esse “legislador democrático” se situe numa esfera decisional externa (nomeadamente, no plano supraestadual da União Europeia) relativamente às instituições estatais⁷.

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

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

Além destas categorias, introduziríamos uma quarta, aquela que mais directamente nos convoca esta reflexão: a do risco do desenvolvimento tecnológico ou risco de civilização em sentido estrito (*development risk; risque du développement; risco de desarrollo*). Trata-se de uma hipótese paradoxal, dado que só quando um risco de civilização deixa de o ser — para se degradar em risco (residual), evitável ou minimizável, ou para se agigantar a risco intolerável —, se torna relevante para o Direito. Ou seja, o risco de

⁷ Cfr. Carla AMADO GOMES, **Risco e modificação...**, cit., pp. 434-435.

civilização é um risco de avaliação técnica pretérita mas de valoração jurídica presente — caso perca a sua natureza de risco totalmente desconhecido para se tornar conhecido. E é na “transição” da ignorância para a incerteza que os problemas se colocam, tanto para quem introduz o factor de risco que se revela, como para quem o deverá (passar a) controlar.

2. Numa primeira acepção, o *risco de civilização* corresponde a um risco totalmente desconhecido, ou seja, um risco associado a um efeito adverso que o seu criador ou produtor ignorava por completo no momento em que o introduziu na esfera pública, sendo essa ignorância plenamente legítima à luz das melhores informações relevantes disponíveis⁸. Na fórmula utilizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, a propósito da cláusula de isenção de responsabilidade do produtor constante da directiva 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de Julho de 1985 (relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos)⁹,

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

⁸ Cfr. a definição de «produto seguro» constante do artigo 3º/b) do DL 69/2005, de 17 de Março (sobre segurança geral dos produtos): “qualquer bem que, em condições de utilização normais ou razoavelmente previsíveis, incluindo a duração, se aplicável, a instalação ou entrada em serviço e a necessidade de conservação, não apresente quaisquer riscos ou apresente apenas riscos reduzidos compatíveis com a sua utilização e considerados conciliáveis com um elevado nível de protecção da saúde e segurança dos consumidores, tendo em conta, nomeadamente:

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

⁹ Caso C-300/95, de 29 de Maio de 1997, considerando 29.

O risco desconhecido não deve ser encarado como passível de accionar os mecanismos da responsabilidade civil, nem por facto ilícito — pois o seu criador não tem condição ou obrigação de o conhecer ou de o imaginar; logo, não lhe pode ser assacada qualquer culpa —, nem pelo risco — porque o risco não é típico, donde não existir ilicitude. Mesmo se invocarmos o princípio da precaução — ou a lógica de antecipação da prevenção que lhe subjaz, como preferimos¹⁰ —, este tipo de riscos não será passível de imputação no plano da responsabilidade civil, nem das entidades privadas autorizadas nem das entidades públicas autorizantes, pois não existia, no momento da emissão da autorização, o mais ínfimo indício de que se poderia vir a registar.

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

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

bem assim como a subalínea ii) da alínea b) do nº 3 do artigo 20º do DL 147/2008, de 29 de Julho, onde se lê que

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

a) Não houve dolo ou negligência da sua parte;

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

Imputar danos neste cenário não é, pois, admissível. Como explica Aude ROUYÈRE, a imputação seria, neste caso, retroactiva e extravasaria mesmo os parâmetros lossos e pouco definidos da precaução, que admite a tomada de medidas em cenários de incerteza: “Já não se trata apenas de raciocinar com base numa hipótese de risco cuja probabilidade de pertinência é indefinida mas antes de *uma ausência de incerteza devido ao facto de o risco não ser sequer imaginável*”¹¹ (itálico nosso). Insiste-se em que configurar a hipótese da

¹⁰ Carla AMADO GOMES, **Risco e modificação...**, *cit.*, pp. 414-421.

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

responsabilidade civil neste contexto é questionável, não só do ponto de vista da filosofia do instituto — promover a reparação de um dano que dolosa ou negligentemente se propiciou ou em cuja álea de actividade era susceptível de ocorrer —, como também na perspectiva da articulação com algumas liberdades jusfundamentais, como as de iniciativa económica privada, de investigação científica, enfim, de desenvolvimento da personalidade — que ficariam gravemente tolhidas em face de um cálculo de risco que assenta na impossibilidade de exclusão teórica de ocorrência.

Autores há, todavia, que defendem ser o produtor/criador/empresário sempre responsável pelos danos gerados por produtos/invenções/actividades decorrentes de riscos totalmente desconhecidos à data da introdução no mercado/início de funcionamento, uma vez que, estando criador do risco e consumidor em pé de igualdade face ao desconhecido, será mais justo onerar o operador económico — mesmo que através de uma técnica diversa da responsabilidade civil (v.g., recorrendo-se a fundos de garantia alimentados por sectores de determinadas empresas)¹². Julgamos, salvo o devido respeito, que esta posição vitimiza excessivamente o consumidor, que utiliza o produto/pratica a actividade para incrementar uma necessidade mais ou menos essencial e que, tendo em consideração os controlos de segurança que os produtos sofrem, estará exposto a um risco altamente residual. Em contrapartida, a canalização de verbas para fundos de garantia de cobertura de danos provocados por riscos desconhecidos constituirá um factor inibitório da actividade económica/de investigação que desacelera o progresso técnico-científico e acaba por onerar aleatoriamente os consumidores (em razão da repercussão desses custos no preço dos produtos/actividades)¹³.

Acresce a esta problemática a questão da dificuldade de imputação de danos muito desfasados da utilização/consumo/prática da actividade que se

http://www.senat.fr/colloques/colloque_responsabilite_publique/colloque_responsabilite_publique13.html

¹² É a posição sustentada por Lidia GARRIDO CORDOBERA, **El «riesgo de desarrollo» - un punto de tensión en la aplicación de los principios del Derecho de daños**, in *Revista General de legislación y Jurisprudencia*, 2009/2, pp. 299 segs, max. 306. No mesmo sentido, mas com outros argumentos, José ESTEVE PARDO, **La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible**, in *Revista de Administración Pública*, nº 149, 1999, pp. 37 segs — Autor que considera que exonerar os operadores de responder pelos riscos de desenvolvimento viola o princípio da precaução e demite-os de prosseguirem o objectivo continuado de incremento do nível de segurança dos produtos.

¹³ Sobre este ponto, Vera Lúcia RAPOSO, **A responsabilidade do produtor por danos causados por dispositivos médicos**, in *Revista do IDB*, 2013/5, pp. 4275 segs, 4322-4323.

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

Com efeito, a partir do momento em que o risco se torne conhecido — leia-se: pelo menos pressentido a partir de opiniões credíveis —, a via da responsabilidade começa a abrir-se. Pode ser, no entanto, difícil estabelecer o momento a partir do qual o dever de prevenção, no máximo, ou o dever de informação, no mínimo, desponta, caso a descoberta do risco não seja assinalada: ou através de uma alteração legislativa¹⁴; ou na sequência da ocorrência de um conjunto de factos lesivos que demonstrem nexo de causalidade plausível com a actividade/produto em questão com repercussão assinalável¹⁵; ou ainda perante a emergência de uma tendência clara de reconhecimento do risco no seio da comunidade científica¹⁶.

¹⁴ Cfr. Aude ROUYÈRE, **Responsabilité...**, *cit.*, II. A).

¹⁵ Recorde-se a "crise das vacas loucas", que eclodiu no Reino Unido em meados da década de 1980 e se prolongou pelo início do século XXI, que começou por provocar a morte a milhares de vacas, tendo ficado paulatinamente provado ser causa de morte de pessoas, em virtude de a ingestão de carne bovina gerar uma variante da *doença de Creutzfeldt-Jakob* nos seres humanos.

¹⁶ Veja-se, por exemplo, o acórdão do TJUE (Caso 221/10, de 19 de Abril de 2012), sobre a decisão de proibição de um tratamento de obesidade à base de uma substância (afepromona), cujos efeitos se revelaram pouco eficazes e mesmo nocivos ao final de alguns anos de aplicação. O TJUE considerou a decisão de revogação da autorização válida, argumentando assim:

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

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

Em França, a justiça já condenou o Estado em acções de responsabilidade interpostas por vítimas de exposição ao amianto servindo-se deste ponto de viragem temporal, que “atesta uma obrigação de prevenção decorrente de uma informação incontestada” e que se firma num princípio de que “a emissão de directivas comunitárias não permite ao Estado invocar a incerteza científica para justificar um alheamento de deveres de antecipação do risco”¹⁷.

Em Portugal, apenas em 2011 se tomaram medidas legislativas, através da Lei 2/2011, de 9 de Fevereiro, para prevenir este risco emergentemente estabelecido. Este diploma concede ao Governo o prazo de um ano para proceder ao levantamento dos edifícios e equipamentos públicos que contenham amianto na sua estrutura (artigo 3º/1) e, uma vez identificados, o prazo de 90 dias para o retirar e substituir (artigo 4º/2). Até agora, o inventário dos cerca de quatro mil edifícios públicos que se estima conterem amianto ainda está muito longe de ser concluído. Já houve casos de mortes de funcionários públicos cuja relação com a inalação de amianto é admissível¹⁸, podendo o atraso do Estado na remoção deste material constituir causa de imputação de responsabilidade por omissão ilícita, nos termos do artigo 9º/1 do RRCEE.

Complexo pode ser também, na ausência de previsão legislativa habilitante, exigir da Administração (e impor ao operador autorizado) medidas preventivas que extravasem a álea de risco previamente definida, dado que

¹⁷ Aude ROUYÈRE, **Responsabilité...**, *cit.*, ponto I.A).

¹⁸ Cfr. *O mistério do amianto* – Revista Visão, 15 de Novembro de 2012, disponível em <http://visao.sapo.pt/o-misterio-do-amianto=f697629>

se trata de ingerências na esfera jurídica do operador/titular da autorização que se configuram como totalmente imprevistas e podem constituir um ónus económico insuportável¹⁹. Certo é que, quer perante riscos totalmente desconhecidos que subitamente se denunciam, quer face a novos riscos associados a produtos/actividades já identificadas como susceptíveis de interferir negativamente com a saúde ou o ambiente, as autoridades de saúde e de vigilância económico-sanitária deverão ordenar a suspensão temporária da actividade ou da comercialização do produto num cenário de lesão iminente da saúde pública/ambiente — mormente no caso de bens alimentares ou medicamentosos, de consumo universal —, ou pelo menos e dependendo da análise de risco perfunctoriamente efectuada (em face da urgência e da incerteza), difundir avisos sobre a suspeita de risco emergente.

2.1. Perante um risco emergente mas inesperado, os utilizadores dos produtos/praticantes da actividade, consumidores em geral, devem ser informados e/ou prevenidos sobre (continuar a) contactar com a fonte de risco. A dimensão informativa envolve particulares dificuldades, pois a ingerência recomendatória pode ser tão ou mais lesiva para o operador económico do que a suspensão da comercialização (ou a imposição de medidas de prevenção adicionais, que o princípio da reserva de lei pode não comportar)²⁰. É manifesto, todavia, que perante situações de alarme social generalizado, com danos reais conhecidos, os poderes públicos têm um dever de pacificação que passa pela transmissão de informação o mais objectiva e precisa possível — cuja comprovação do nexo de causalidade risco/lesão ficará, em cenários de urgência, tanto mais aligeirada quanto maior se afigurar a ameaça para bens jurídicos essenciais.

Não estamos aqui, decerto, perante a ordem de objectividade para que nos remete o artigo 7º/2 do CPA, que imputa à Administração responsabilidade por informações prestadas, a requerimento dos particulares, por escrito. Notamos, neste particular contexto, uma especial concretização

¹⁹ Cfr. Carla AMADO GOMES, **Risco e modificação...**, *cit.*, pp. 585-595. Frisando a vinculação desta competência ao princípio da legalidade da competência, no plano do poder cautelar de emissão de alertas sobre o risco sanitário e ambiental de determinados produtos, cfr. Pedro GONÇALVES, **Advertências da Administração Pública**, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2002, pp. 723 segs, 774 segs.

²⁰ Sobre esta questão, desenvolvidamente, Pedro GONÇALVES, **Advertências...**, *cit.*, *passim*.

do princípio da boa-fé²¹, na vertente de não criação de expectativas infundadas aos destinatários da informação, num quadro de tendencial recato (entre a Administração e o requerente)²²; já relativamente às informações/avisos difundidos em cenários de incerteza e clima emergencial, a questão da responsabilidade torna-se, de uma banda, *mais fluida*, nomeadamente quanto à avaliação do risco e quanto à plena comprovação do nexo de causalidade; e, de outra banda, *mais pública*, em virtude do aproveitamento que os meios de comunicação geralmente fazem de situações de risco sanitário e ambiental. A complexidade agudiza-se em razão da intermediação, no plano da saúde pública, das autoridades europeias²³, podendo gerar-se situações de eventual responsabilidade das autoridades da União Europeia, por difusão de alertas emitidos por um determinado Estado-membro relativamente a produtos em circulação no espaço eurocomunitário.

Um exemplo pode ilustrar-se através do acórdão *Malagutti-Vezinhet*, prolatado pelo Tribunal Geral em 10 de Março de 2004 (Caso T-144/02)²⁴. Estava em causa um pedido de indemnização por danos causados à empresa que dá nome ao aresto, em virtude de um alerta sanitário lançado pela Comissão no âmbito do sistema de alerta rápido (actual RAPEX: directiva 2001/95/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Dezembro, sobre

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

²² O sentido do preceito deve ser, tal como esclarecem os autores da lei procedimental anotada (Mário ESTEVES DE OLIVEIRA, Pedro COSTA GONÇALVES e João PACHECO AMORIM, **Código do Procedimento Administrativo, Comentado**, 2ª ed, Coimbra, 1997, pp. 119-120), o de que “a Administração responde civilmente pelas informações prestadas aos particulares, mesmo que não estivesse obrigada a fazê-lo, constituindo-se na obrigação de ressarcir os prejuízos daí derivados. (...) É provável que uma investigação mais aprofundada venha a revelar existirem, quanto à responsabilidade civil da Administração (por acto de gestão pública) nesta matéria, algumas distinções a fazer, algumas particularidades a estabelecer: é que se, em relação à informação errónea se aplicam aqui os requisitos gerais dessa responsabilidade — como o são o da *negligência* e o da *causalidade* —, já quanto às informações não vinculadas que (não sendo erróneas) foram contrariadas na decisão, se dispensará a verificação do requisito da culpa (da negligência) ou, então, considerar-se-á estar ela ínsita no facto de a Administração não ter realizado, logo de início, a ponderação que levou à decisão final contrária”.

²³ Num fenómeno de multiplicação dos parâmetros de normatividade (direito multinível) e de refracção procedimental que por vezes convoca também o Direito da OMC, nomeadamente o *Codex Alimentarius*. Alertando para esta complexidade, Suzana TAVARES DA SILVA, **Acto administrativo de faca e garfo**, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, IV, Coimbra, 2012, pp. 617 segs, 627 segs.

²⁴ Cfr. Luis GONZÁLEZ VAQUÉ, **La sentencia «Malagutti-Vezinhet»: quién es responsable de la información facilitada por el sistema comunitario de alerta en el ámbito de la seguridad de los productos?**, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 19, 2004, pp. 917 segs.

segurança geral dos produtos²⁵), na sequência da detecção de um lote de maçãs exportado para a Islândia, que alegadamente continha resíduos de dicofol em quantidade muito superior à admitida. No processo ficou provado que a Comissão e os seus serviços técnicos não haviam realizado qualquer análise dos vários lotes de maçãs comercializados pela empresa em França e Holanda, para além da Islândia, facto que determinaria a ilicitude do aviso. Ainda assim, o Tribunal entendeu que as autoridades da União Europeia não eram responsáveis pelos prejuízos causados à *Malagutti-Vezinhet*, porquanto se comportaram como meros retransmissores (e amplificadores, acrescentaríamos nós) da informação veiculada pelas autoridades de saúde islandesas e agiram num quadro de urgência que as eximia de tomar a iniciativa de promover testes a outros lotes eventualmente afectados.

Esta decisão da justiça da União Europeia é perfeitamente compreensível quanto à protecção dos interesses das instituições europeias — na perspectiva da prevenção de riscos para a saúde pública e apesar do princípio da liberdade de trocas comerciais —, mas deixa dúvidas quanto à dimensão da protecção dos operadores económicos em cenários de incerteza. Certo, a empresa sempre poderia accionar as autoridades islandesas, mas estas haviam efectivamente inspeccionado os lotes exportados para a Islândia e detectaram dicofol em excesso; poderia ter accionado as autoridades francesas e holandesas no sentido de apurar se efectivamente os lotes para aí exportados continham igualmente dicofol em excesso — ou propor-se ela própria fazer tais medições de toxicidade... Certo é que o alerta já fora lançado e a suspeita de risco instalara-se, o que tornaria qualquer medida inibitória tendencialmente ineficaz. Donde, a via indemnizatória ser a única exequível e a responsabilidade por facto lícito poder ser equacionada (v. *infra*, **3.**).

Quando estão em jogo o ambiente e, sobretudo, a saúde pública — contra a iniciativa económica —, a Administração pauta-se pelo lema de que é melhor pecar por excesso do que por defeito²⁶. A culpa pela inacção é mais

²⁵ O Decreto-Lei 69/2005, de 17 de Março, elege o Instituto do Consumidor (actual Direcção-Geral do Consumidor, integrada no Ministério da Economia e Emprego) como interlocutor nacional neste quadro, no âmbito do sistema de troca rápida de informações sobre riscos de produtos alimentares, cabendo-lhe retransmitir as informações às autoridades de controlo de mercado, conforme prevê o artigo 20º.

²⁶ Esta tendência é, de resto, sancionada pela jurisprudência da União Europeia — cfr., entre outros, o despacho de medidas provisórias do Tribunal Geral de 28 de Setembro de 2007,

facilmente caracterizável e socialmente muito mais censurável numa ponderação preventiva que balanceie entre a segurança e a propriedade, do que a culpa pela acção de salvaguarda de bens passíveis de sofrer lesões irreversíveis contra prejuízo de interesses de natureza económica — isto, claro, perante a existência de indícios de risco, iminente, minimamente credíveis.

Foi este o posicionamento do STA, em Acórdão de 20 de Junho de 1989²⁷, num caso em que se discutia a questão da eventual responsabilização do Ministro da Agricultura, por facto ilícito, por ter difundido uma nota oficiosa alertando a população para a actuação de um elenco de industriais e comerciantes de carne de porco, numa época em que um surto de peste suína africana grassava no país. O Supremo descartou o pedido de uma das empresas incluídas na lista, que alegava ter sofrido danos ao seu bom nome comercial, por entender que, naquelas circunstâncias e em virtude de notícias vindas a lume na imprensa escrita onde se denunciava a actuação dessa empresa (bem como de outras), cabia ao Ministro o dever de prevenir atentados à saúde pública, pelo que não havia qualquer ilicitude na sua conduta.

Residirá porventura nesta ideia — de que, na dúvida perante um risco *iminente* para vida e integridade física, o poder público se encontra legitimado a recorrer a um balanceamento de interesses (mais) desequilibrado em favor dos bens mais valiosos, porque tendencialmente infungíveis —, a principal justificação da sentença proferida por um tribunal italiano, em Outubro de 2012, no caso do sismo de Aquila, ocorrido em 2009. Como é de conhecimento geral, o colectivo de juízes considerou que os cientistas membros da Comissão *Grandi Rischi* incutiram na população uma “falsa sensação de segurança”, a qual desincentivou os comportamentos habituais perante manifestações sísmicas (sair de casa e dormir na rua ou em carros até a terra acalmar), provocando assim um aumento considerável do número de

proc. T-257/07 R, em cujo considerando 141 se pode ler o seguinte:

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

²⁷ In *Apêndice ao DR*, de 15 de Novembro de 1994, pp. 4384 segs.

mortes²⁸. Certo, não estamos aqui perante um risco tecnológico, mas natural — porém, a questão da adequação da informação, em função da ponderação dos bens a salvaguardar e da intensidade do risco a considerar, é também convocada e pode envolver responsabilidade (civil e criminal) para os poderes públicos e para quem os representa.

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

Um outro caso conhecido, em que estava em jogo o dever de informação num sentido amplo de dever de protecção, foi levado ao Tribunal de Estrasburgo. No caso *Öneryildiz contra a Turquia (2002)*²⁹, o Estado turco foi condenado por défice de protecção da vida, integridade física e propriedade de uma família da qual todos os membros faleceram (salvo o pai) em virtude de uma explosão de gás metano numa lixeira nos arredores de Istambul (*Ümraniye*), onde residiam clandestinamente, numa barraca. O interesse do caso para a temática que nos ocupa prende-se com o facto de o Estado turco se ter defendido alegando que cumprira o seu dever de alerta

²⁸ Sobre o défice comunicacional que se verificou neste caso, Steven SHORE, “**But since the affairs of men rest still uncertain, let’s reason with the worst that may befall**”. **Probability, risk, and the 2009 L’Aquila Earthquake**, disponível na Cornell University Library, <http://arxiv.org/abs/1211.3175v1> - acesso em Março de 2013.

²⁹ Acórdão de 18 de Junho de 2002, proc. 48939/99. Desta decisão houve recurso para o Pleno do Tribunal, que confirmou a posição tomada pela 1ª Secção por Acórdão de 30 de Novembro de 2004. Para mais desenvolvimentos sobre este caso, Carla AMADO GOMES, **Escrever verde por linhas tortas: o direito ao ambiente na jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem**, in *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, III, Lisboa, 2010, pp. 165 segs, 186 segs.

sobre risco de explosão; todavia, sendo o risco grave e iminente e estando vidas em jogo, a informação deveria ter sido especialmente clara e proactiva, não se bastando com a mera transmissão de uma possibilidade de risco mas antes devendo caracterizá-lo como grave e iminente e acompanhando esse aviso de actuações positivas que vencessem a natural resistência de pessoas de baixa condição em abandonar o seu desolado lar.

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

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

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

A questão do *quantum* de informação na sociedade de risco é um ponto crítico. Deve ser suficiente sem ser alarmista, deve ser objectivo sem ser redutor. A vulnerabilidade que a sociedade de risco induz provoca muitas vezes um agigantar pouco objectivo do sentimento de risco, levando o consumidor/cidadão a fazer exigências excessivas face aos poderes públicos. CIERCO SEIRA pontua este aspecto através do relato de um caso que ocupou a justiça espanhola e que envolveu a difusão de informação sobre a composição de determinados implantes mamários preenchidos com óleo de soja em vez de silicone³⁰. Gerou-se a dado passo uma suspeita, nunca confirmada — nem na prática nem por análise científica —, de que tal material poderia envolver risco para a saúde, e a empresa comercializadora comunicou essa suspeita às autoridades de saúde espanholas, que

³⁰ César CIERCO SEIRA, **Las medidas preventivas de choque adoptadas por la Administración frente a los productos insalubres**, in *Revista de Administración Pública*, nº 175, 2008, pp. 55 segs, 101-104.

recomendaram a substituição de tais implantes com base na informação veiculada. Algumas mulheres portadoras dos implantes, além de os retirarem (a suas expensas), acionaram a Administração por danos morais, por ter autorizado a comercialização de produto cuja utilização pretérita lhes causava ansiedade por eventuais lesões futuras.

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

Ponto é afirmar que a responsabilidade (contratual) de primeira linha cabe ao operador, na medida em que detém a informação sobre o risco e porque retira lucro da sua actividade económica, facto que lhe acarreta responsabilidade perante o público³¹. Havendo risco para a saúde pública, tal responsabilidade amplifica-se em deveres de protecção partilhados com as entidades públicas, traduzindo-se na suspensão de comercialização/cessação da actividade, e eventual retirada dos produtos de risco do mercado tão pronto quanto tenha informações credíveis sobre a superveniência do risco até aí desconhecido. Uma das questões difíceis que se podem colocar é, todavia, a de saber se perante um cenário de descoberta de um risco associado a um produto fornecido há algum tempo mas cuja utilização se mantém (por exemplo, um implante mamário), o produtor tem algum dever de o retirar (se for essa a vontade do utilizador), arcando com as despesas da remoção. Trata-se de um problema de responsabilidade civil *contratual*, entre privados, que foge ao âmbito deste texto³²; para a responsabilidade pública

³¹ É, de resto, o que dispõe a legislação portuguesa, na sequência do quadro legal europeu sobre segurança geral dos produtos. Vejam-se os artigos 5º, 6º e 8º do DL 69/2005, de 17 de Março, que estabelece as obrigações, gerais e especiais, do produtor (para o distribuidor, veja-se o artigo 7º), entre as quais as de comunicação do risco, aos consumidores e à Administração, bem como de suspensão de comercialização e retirada do mercado em situações de risco iminente e grave para a saúde pública.

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

³² Especificamente sobre a questão da responsabilidade por introdução no mercado de implantes mamários fabricados com substâncias ilícitas (aqui, um problema de produto defeituoso, diverso do que levantamos no texto), Vera Lúcia RAPOSO, **A responsabilidade...**, cit., pp. 4336-4338.

releva tão somente o dever de informação, partilhado entre entidades públicas autorizantes e operador económico, sobre os riscos de continuação de utilização do produto.

Enfim, quando o risco sai da *zona de sombra* — desconhecido, portanto, da Administração autorizante e livre de cobertura habilitante de poderes de ingerência (na medida em que completamente dissociado de riscos anteriormente identificados e associados ao produto/actividade) —, e entra na *zona de luz*, a sua emergência gera deveres de informação, mas não suporta ingerências mais intensas, salvo iminência de lesão para bens jurídicos essenciais. A informação veiculada em quadros de urgência sanitária ou ambiental deve ser o mais objectiva e precisa possível, mas sempre acarretará uma margem de falibilidade superior à prestação de informações fora de cenários emergenciais. Tal margem de falibilidade caracterizada afasta, tendencialmente, a responsabilização por facto ilícito. Em contrapartida, o recurso à melhor informação disponível, mesmo que não única e ainda que não plenamente comprovada, sempre que redunde em dano para algum(ns) dos actores económicos em jogo, poderá eventualmente gerar responsabilidade por facto lícito, caso se verifiquem os apertados requisitos da figura (cfr. artigos 3º e 16º do RRCEE)³³.

Se o princípio da reserva de lei impede a responsabilização por omissão ilícita de introdução de medidas de ingerência de controlo dos novos riscos (salvo risco grave e iminente), em sede de função administrativa — pois a

³³ Manifestando-se contrariamente a uma solução que imponha aos Estados-membros a compensação por facto lícito em casos de incorrecta ponderação do risco por parte da cadeia decisória multinível, Suzana TAVARES DA SILVA (**Acto administrativo de faca e garfo**, *cit.*, p. 638-639), por a considerar penalizadora do erário público e susceptível de transferir riscos dos operadores económicos para os contribuintes (sendo certo que a autora se pronuncia especificamente em sede de actos de reconhecimento de qualidades de produtos no mercado).

Julgamos que, para situações epidémicas, de danos em massa a determinadas categorias de operadores económicos, a melhor solução parece ser a de recurso a fundos comparticipados pela União e pelos Estados-membros, podendo dar-se como exemplo a solução da directiva 424/90, do Conselho, de 26 de Junho (com alterações introduzidas pela Decisão do Conselho 2006/965/CE, de 19 de Dezembro), segundo a qual, em caso de abate de animais por razões sanitárias, a União suportará 50% dos custos para os proprietários. Já para casos isolados como o que descrevemos no texto, a solução da compensação por facto lícito afigura-se-nos a mais adequada, sendo certo que a sua operacionalização se revela especialmente árdua em actos resultantes de procedimentos multinível, em razão da pulverização de responsabilidades por vários actores da cadeia decisória, que nem sequer se reúnem num mesmo plano (orgânico) de imputação. Facto que gera, efectivamente, o risco de oneração desproporcionada do erário público nacional em face da necessidade de repartição de responsabilidades entre a União e os Estados-membros, que não cremos que a acção prevista no artigo 340, §2º do TFUE, seja susceptível de veicular.

gestão dinâmica de riscos *inimagináveis* não é enquadrável nos pressupostos da competência autorizativa anterior ao surgimento/percepção do risco —, diferente se afigura a resposta, como se salientou a propósito do amianto, no tocante à responsabilidade do legislador. Na verdade, a omissão de enquadramento normativo habilitando a Administração a intervir na prevenção e minimização — ou mesmo na proibição —, configurada a partir do momento em que a suspeita de risco ganhe densidade suficiente para dever ser minimizada nos termos do tecnicamente possível, constitui tarefa primeira do Legislativo.

Esta omissão legislativa é, porém, árdua de activar no plano da responsabilidade, por força dos constrangimentos impostos pelo artigo 15º do RRCEE (anormalidade do prejuízo; prévia declaração de inconstitucionalidade por omissão; recurso à equidade em caso de pulverização de danos por um universo alargado)³⁴. E pode tornar-se especialmente complexa caso haja regulação eurocomunitária contendo normas claras, precisas e incondicionais das quais decorram obrigações inequívocas para os poderes públicos (nomeadamente, para as Administrações nacionais), que os cidadãos possam invocar, mormente para defender posições jusfundamentais essenciais (como tal reconhecidas no catálogo tridimensional que hoje envolve a União Europeia: CEDH, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e as tradições constitucionais dos Estados membros). Poderá aqui verificar-se um concurso de imputações, ao Legislativo e ao Executivo o qual, no quadro do RRCEE, apresenta bem maiores possibilidades de sucesso frente ao segundo do que face ao primeiro³⁵.

3. Embora não constituindo um risco desconhecido, há uma outra dimensão do risco de civilização que integramos nesta nossa reflexão, que se traduz no *risco introduzido pelas inovações tecnológicas na prática administrativa*. Trata-se de um risco com a mesma origem — a técnica — e, em certas circunstâncias, com o mesmo resultado — a indemnizabilidade —, mas aqui plenamente em sede de risco público, e com soluções a procurar

³⁴ Cfr. *supra*, nota 1 (2ª parte).

³⁵ Sobre este particular problema incidiu a intervenção de Miguel ASSIS RAIMUNDO no colóquio no qual autora proferiu esta alocução — **Cumulação de responsabilidades de várias funções do Estado**. Sobre este particular problema incidiu a intervenção de Miguel ASSIS RAIMUNDO neste colóquio — Cumulação de responsabilidades de várias funções do Estado.

exclusivamente sob a égide do RRCEE. Por outras palavras, este risco de civilização que exploramos agora já se não prende com risco desconhecido mas com risco decorrente da complexificação tecnológica das relações administrativas, podendo gerar questões similares — embora com diferentes pressupostos — quanto à reparabilidade dos danos causados.

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

i) um risco ineliminável de um sistema tecnológico — exemplo poderiam ser os erros cometidos pela Administração telemática, em virtude de lapsos do programa informático ou problemas de funcionamento das plataformas electrónicas (v.g., paralisia ou lentidão por sobrecarga), ou da existência de falhas no sistema de semáforos de tráfego urbano (v.g., desligamento por falha de energia ou por reprogramação). No primeiro caso, estaremos perante actos administrativos; no segundo, é discutível se se tratará de actos ou regulamentos imediatamente executáveis — mas sempre traduzirão actividade jurídica.

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

Já noutra local nos manifestámos contrariamente a esta imputação aberta, propiciada pela falta leve, que julgamos dever ser limitada aos danos anormais³⁶. Neste particular contexto, de actos em massa, esta limitação

³⁶ Carla AMADO GOMES, **A responsabilidade civil extracontratual...**, *cit.*, pp. 60-61; antes pelo contrário, defendendo a objectivização desta solução através da supressão da possibilidade de elisão da presunção pela Administração, Alexandra LEITÃO, **Illicitude e presunções de culpa na responsabilidade pelo exercício da função administrativa**, neste livro

acaba por ir ao encontro da lógica que preside ao artigo 15º/6 do RRCEE (aí em sede de função legislativa) e corresponde a um intuito de repartição de um risco inevitável — do funcionamento massificado da máquina administrativa por todos os usuários —, só devendo gerar imputação quando houver oneração anormal;

ii) um risco inerente à industrialização, com que a população convive desde há muito, que as autoridades previnem na medida do tecnicamente possível. Um exemplo é a poluição do ar, que não pode ser totalmente erradicada mas deve conter-se dentro de limites sanitária e ecologicamente aceitáveis. Tratando-se de emissões de alta volatilidade e de enorme difusão, torna-se muito difícil responsabilizar operadores em concreto — de resto, o DL 147/2008 exclui o ar dos componentes ambientais passíveis de sofrer dano ecológico³⁷; porém, pensamos que não será de todo descabido responsabilizar os poderes públicos (por facto ilícito? lícito?) por dano resultante da emissão excessiva (ou seja, para além de um limiar de criação de um risco residual) de autorizações de instalações industriais quando estas provocarem a formação de *hot spots* (locais particularmente saturados) que degradem intoleravelmente a qualidade de vida/saúde de uma categoria/conjunto de pessoas, sobretudo quando não for possível, em razão da pulverização de fontes de emissões poluentes, responsabilizar individualmente um ou alguns emissores.

Isto sem embargo do cumprimento dos deveres de elaboração de planos de redução de emissões lesivas da qualidade do ar, decorrentes da directiva 96/62/CE do Conselho, de 27 de Setembro, relativa à avaliação e gestão da qualidade do ar ambiente. O TJUE deixou claro, no processo C-237/07, com decisão de 25 de Julho de 2008, que o Estado-membro tem o dever de elaborar planos de redução de emissões em zonas em que estas ultrapassem os valores-limite e que o cidadão residente tem o direito de exigir da Administração a aprovação e implementação destes planos, valendo-se do efeito directo vertical dessas normas³⁸. Nas palavras do Tribunal do Luxemburgo:

digital, ponto 2.

³⁷ Exclusão que não impede a interpretação do DL 147/2008, de 29 de Julho, conformemente à LBA, que é a sua matriz, abrangendo assim também o ar, o solo e o subsolo. Sobre este ponto ver Carla AMADO GOMES, **Introdução ao Direito do Ambiente**, Lisboa, 2012, pp. 192-193.

³⁸ Decisão similar, em sede de zoneamento de instalações industriais perigosas [no âmbito da directiva Seveso II, que será plenamente revogada pela nova directiva (Seveso III)]

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

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

iii) um risco inerente a análises de risco sismológico, vulcanológico, meteorológico que se revelam desacertadas — paradigmáticos são os alertas de maremoto nos mares asiáticos, que se tornaram habituais desde 2004 e, na maior parte das vezes, se revelaram desnecessários. Ou seja, na maior parte das situações, a Administração, perante um risco de carácter meteorológico/sismológico ou idêntico, de alta magnitude lesiva, tenderá a tomar medidas preventivas que assegurem a salvaguarda dos bens pessoais essenciais. Porém, haverá lugar a responsabilidade por excesso de cuidado, em hipóteses em que a Administração, com base em dados incertos, sobrevalorizou o risco? Pensamos em evacuações maciças, com deslocamentos populacionais em massa, envolvendo alterações radicais do *modus vivendi* por períodos de vários dias, com toda a perturbação social e económica inerente.

2012/18/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de Julho, em 1 de Junho de 2015), proferiu o TJUE no Acórdão de 15 de Setembro de 2011, caso C-53/10, vincando a obrigatoriedade de ponderação de aspectos de risco no exercício da competência de licenciamento urbanístico, mesmo na ausência de diploma nacional de transposição da directiva, e o direito dos particulares a exigir da Administração tal ponderação.

As previsões em cenários de incerteza, a não se concretizarem, não correspondem, em regra, a erros. Acreditando-se na melhor informação disponível e seguindo-se a melhor metodologia de análise, não se pode, retroactivamente, afirmar que houve uma falsa representação da realidade, mas apenas a confirmação de um dos cenários possíveis — não o *worst case scenario*, mas o *best*, ou pelo menos o *not so worse after all...* Ou seja, não se pode caracterizar um acto ilícito na ordem de evacuação sob ameaça de tufão, ou no aviso meteorológico que recomenda a permanência na habitação caso o risco de nevão não ecloda, desde que se prove que a Administração se socorreu de análises credíveis. Pode, eventualmente, tentar-se a caracterização como acto lícito — mas aí a compensação deverá basear-se na demonstração de um prejuízo especial e anormal, nos termos do artigo 16º do RRCEE³⁹, o que, num contexto de perturbação generalizada do *modus vivendi*, se afigura muito difícil⁴⁰.

Em contexto diverso mas ainda revelando alguma continuidade com este último tipo de situações, a descaracterização da ilicitude de um juízo de prognose que baseia um alerta sanitário ou securitário em razão da margem de incerteza que o envolve pode, no entanto e em situações muito circunscritas, conferir fundamento a pedidos indemnizatórios dirigidos a entidades públicas. Tratar-se-á de um curioso “deslizamento” para o âmbito da compensação por facto lícito (descrita no artigo 16º do RRCEE), que se verifica por razões de igualdade na repartição dos encargos públicos, no plano dos *resultados*, mas também e sobretudo, no plano das *causas* — em virtude da “fuga” do comportamento da Administração às baias quer da responsabilidade por facto ilícito, quer pelo risco (não há ilicitude porque não há negligente caracterização dos pressupostos de facto de exercício da

³⁹ Sobre a compensação por factos lícitos, que este dispositivo sedia, vejam-se Carla AMADO GOMES, **A compensação administrativa pelo sacrifício: reflexões breves e notas de jurisprudência**, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, IV, Lisboa, 2012, pp. 151 segs (também publicado na *RMP*, nº 129, 2012, pp. 9 segs), e José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, **A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3d:..., cit.**, max. 67 segs.

⁴⁰ Mas já há exemplos: se os poderes públicos decidem encerrar um parque de campismo numa zona em risco de inundação, cuja instalação haviam anteriormente viabilizado na sequência de obras de contenção custeadas pelo proprietário, por recearem a eclosão de enxurradas mas sem que o risco esteja claramente estabelecido, é devida compensação por facto lícito, segundo o *Conseil d'État* francês, na sua decisão *SCI Moulin du roc* (2008). Isto porque o risco de encerramento, tendo em conta o contexto de intensa incerteza, extravasa a álea normal do negócio, devendo repercutir-se no erário público — cfr. Loïc VATNA, **La responsabilité des communes du fait des mesures de police visant la prévention des catastrophes naturelles**, in *AJDA*, 2009/12, pp. 628 segs.

competência; não há responsabilidade pelo risco porque estamos perante uma actividade de avaliação técnico-científica, não abrangida pelos parâmetros do instituto).

Residirá, porventura, num raciocínio deste tipo a condenação da Administração por facto lícito na sequência da apreensão de cerca de 23 toneladas de pernas de porco importadas da Bélgica por suspeita de contaminação com dioxinas. O STA, em Acórdão de 16 de Maio de 2002 (proc. 0509/02), entendeu que, na ausência de comprovação da contaminação da carne de porco mas perante a probabilidade séria dessa contaminação, a ordem de apreensão não fora ilícita, não se detectando negligência que justificasse a indemnização do comerciante lesado com base no instituto da responsabilidade aquiliana. A álea de incerteza não deve tolher a Administração de tomar as medidas de prevenção, nos limites da necessidade, mas tão pouco impede a reposição da justiça material relativamente a um cidadão que, a bem da salvaguarda da segurança colectiva — mesmo que incertamente posta em causa —, vê sacrificado, especial e anormalmente, o seu interesse comercial⁴¹.

[voltar ao início do texto](#)

⁴¹ Um caso muito semelhante — desta feita envolvendo frangos alegadamente contaminados com nitrofuranos — foi apreciado pelo TCA-Sul, confirmando-se a condenação do Estado por facto lícito prolatada na primeira instância, na medida em que se provou que o operador sofrera um prejuízo de cerca de 25.000,00 em virtude da proibição de comercialização e consequente destruição de várias toneladas de frangos importados da Bélgica, ainda que a prova da contaminação não tenha sido produzida pelas autoridades de saúde.

[Voltar ao índice](#)

Um seguro de responsabilidade civil para os magistrados?

Margarida Lima Rego

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Advogada

Ao contrário do que o título desta comunicação possa dar a entender, não falarei, nesta ocasião, sobre todos os seguros de responsabilidade civil suscetíveis de cobrir riscos de constituição de um dever de indemnizar fundado em responsabilidade civil extracontratual do Estado ou demais entidades públicas, em conformidade com o disposto na Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro («adiante «LRE»¹). O meu tema restringe-se ao seguro de responsabilidade civil dos magistrados judiciais. Naturalmente, não me pronunciarei sobre um ou mais contratos que todos ou alguns dos magistrados hajam concretamente celebrado para este efeito, mas apenas sobre a possibilidade abstrata da sua celebração.

A este propósito, propunha-me analisar três questões, mas, atendendo ao adiantado da hora, decidi limitar a minha intervenção às duas primeiras:

- α) será este um seguro de responsabilidade civil?
- β) será este um seguro válido, i.e., o risco em causa reunirá condições de segurabilidade jurídica?

A LRE regula separadamente: (i) a responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa; (ii) a responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional; e (iii) a

¹ O título «oficial» desta comunicação era «A Lei 67/2007 e os seguros de responsabilidade civil». A versão atualmente vigente da LRE resulta das alterações operadas pela Lei n.º 31/2008, de 31 de julho.

responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa.

A que nos interessa é a segunda, especialmente regulada no Capítulo III. Dentro deste, o preceito regulador da responsabilidade civil dos magistrados judiciais é o art. 14.º. Atente-se no disposto no n.º 1:

Sem prejuízo da responsabilidade criminal em que possam incorrer, os magistrados judiciais e do Ministério Público não podem ser diretamente responsabilizados pelos danos decorrentes dos atos que pratiquem no exercício das respetivas funções, mas, quando tenham agido com dolo ou culpa grave, o Estado goza de direito de regresso contra eles.

A abertura para a responsabilização dos magistrados judiciais por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional é menor do que a relativa ao exercício da função administrativa, não tendo aqueles, designadamente, legitimidade passiva na relação que se estabelece com os lesados. A sua razão de ser reside na prerrogativa de irresponsabilidade de que gozam os magistrados judiciais².

Atente-se agora no teor do n.º 2 do mesmo art. 14.º:

A decisão de exercer o direito de regresso sobre os magistrados cabe ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministério da Justiça.

A decisão de exercer o direito de regresso cabe ao Conselho Superior de Magistratura, órgão competente para o exercício do poder disciplinar sobre os magistrados judiciais³. Contudo, há que interpretar o preceito em conjunto com o disposto no n.º 1 do art. 6.º LRE, que nos diz que «[o] exercício do direito de regresso, nos casos em que este se encontra previsto na presente lei, é obrigatório», o que significa, inequivocamente, que também no caso dos magistrados judiciais, como nos restantes, a decisão será uma decisão vinculada e não uma decisão livre: sendo o Estado condenado com base em

² Cfr. os arts. 203.º e 216.º/2, bem como, mais genericamente, também o art. 20.º/4, todos da CRP.

³ Cfr. o artigo 217.º/1 CRP.

dolo ou culpa grave de um magistrado judicial, é *obrigatório* o exercício do direito de regresso que assiste ao Estado.

Com este enquadramento, põe-se a hipótese de celebração, por um ou mais magistrados, ou por outrem que atue por sua conta, de um contrato de seguro, individual ou coletivo, que cubra o risco de constituição, na sua esfera, de um dever de regresso em virtude da condenação do Estado no pagamento de uma indemnização a eventuais lesados, com fundamento em responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício, por tais magistrados, da função jurisdicional.

Primeira questão: será este um seguro de responsabilidade civil?

Os seguros de responsabilidade civil são um tipo contratual especialmente regulado nos arts. 137.º a 148.º da Lei do Contrato de Seguro, aprovada pelo DL n.º 72/2008, de 16 de abril (adiante «LCS»). Nestes seguros, o segurador «cobre o risco de constituição, na esfera do segurado, de uma obrigação de indemnizar terceiros»⁴. Na verdade, nem sempre serão «terceiros». A referência da lei aos «terceiros» só se afigura correta se se aferir essa qualidade apenas em relação ao segurado, e não em relação às partes no contrato de seguro.

Em todo o caso, a figura em apreço não se enquadra, literalmente, nesta definição. O regime de responsabilidade civil dos magistrados inclui uma especialidade, de que já se deu nota: estes não são diretamente responsáveis perante os lesados, não se constituindo na sua esfera nenhuma obrigação de indemnizá-los. Os magistrados serão apenas indiretamente responsáveis pelos danos causados, sendo o Estado o único responsável direito perante os lesados.

O Estado, ao satisfazer o direito de um lesado, constituir-se-á, por sua vez, na titularidade de um direito de regresso sobre o magistrado causador dos danos. É um direito de regresso *sui generis*, pois o direito de regresso em sentido estrito surge no contexto das obrigações solidárias, sempre que, no caso da solidariedade passiva, existam dois ou mais devedores e um deles satisfaça o direito do credor além da parte que internamente lhe competia.

⁴ Art. 137.º LCS.

No caso em análise há um direito de regresso sem haver solidariedade, pois só o Estado responde perante os lesados, limitando-se a responsabilidade dos magistrados ao domínio das relações internas, i.e. das suas relações com o Estado.

Não é exemplo único de um desvio à regra da solidariedade, pois também há direito de regresso sem a aplicação das demais regras próprias de um regime de solidariedade passiva no seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, em que apenas ao segurador se reconhece legitimidade processual passiva, quando o pedido formulado se contiver dentro do capital mínimo do seguro obrigatório⁵. Contudo, nesse caso a restrição é de origem estritamente processual, podendo afirmar-se que ainda existe, numa perspectiva de direito substantivo, responsabilidade civil do segurado perante o lesado.

Já na situação em apreço parece haver mesmo um afastamento da responsabilidade civil, ou seja há um desvio de cariz substantivo, e não apenas adjetivo, ao regime geral da responsabilidade civil por factos ilícitos: os magistrados não respondem civilmente perante os lesados.

Em todo o caso, julgo ser de qualificar a obrigação de regresso como uma obrigação de indemnizar, não tanto por ser essa a qualificação da obrigação principal, mas sim porque ao satisfazer este direito do Estado o magistrado estará a ressarcir o dano que aquele sofreu quando viu constituir-se na sua esfera uma obrigação de indemnizar os lesados. Esta é uma obrigação de indemnizar fundada em responsabilidade civil *dos magistrados*, por danos que lhes são *pessoalmente imputáveis*, muito embora essa responsabilidade civil pressuponha a interposição, entre os lesados e os responsáveis, da pessoa jurídica Estado.

Por conseguinte, concluo que a resposta à primeira questão é **sim**: parece que, apesar das dificuldades, podemos qualificar este seguro como um verdadeiro e próprio seguro de responsabilidade civil.

Segunda questão: será este um seguro válido, i.e., o risco em causa reunirá condições de segurabilidade jurídica?

⁵ Cfr. o art. 64.º/1/a) do DL n.º 291/2007, de 21 de agosto. O diploma foi já alterado, embora sem impacto no preceito em causa, pelo DL n.º 153/2008, de 6 de agosto.

Esta questão é mais delicada. Está em causa determinar se e em que medida um hipotético seguro de responsabilidade civil dos magistrados judiciais se compatibilizaria com a ordem pública⁶.

Nos seguros de responsabilidade civil, há que ter em conta a distinção entre os seguros obrigatórios e os seguros voluntários. Na prática a fronteira nem sempre é muito nítida, mas nesse aspeto a situação em análise não é problemática, não havendo dúvida de que sobre os magistrados enquanto tais não impende, na nossa ordem jurídica, nenhum dever legal de segurar. Assim, o seguro em apreço contar-se-ia entre os voluntários.

Há uma importante diferença de regime entre os seguros obrigatórios e os seguros voluntários: aos seguros voluntários aplica-se uma regra geral de exclusão da cobertura de danos dolosamente causados pelo segurado⁷. A sua natureza meramente supletiva permitiria, em teoria, o afastamento pelas partes. No entanto, não é usual as partes darem uso a essa faculdade. Aos seguros obrigatórios aplica-se antes a regra geral de cobertura dos danos dolosamente causados pelo segurado, apenas se ressalvando a possibilidade de disposição legal ou regulamentar em sentido distinto. A sua natureza injuntiva abre ainda assim a porta a uma intervenção do legislador ou mesmo do regulador – o Instituto de Seguros de Portugal – mas não se atribui às partes a liberdade de afastarem essa regra⁸.

A *ratio* da cobertura injuntiva dos danos dolosamente causados em todos os seguros obrigatórios está em que, se estes seguros são obrigatórios, são-no para proteção dos lesados. O mesmo é dizer que estes seguros não existem para proteger o segurado, e que portanto, em última análise, deverá ser este a sofrer as consequências da sua própria conduta dolosa. Nestes seguros prevalece a proteção do lesado, que assim será ressarcido pelo segurador, embora este seja também secundariamente tutelado mediante a estatuição genérica de um direito de regresso contra o segurado⁹. É da existência deste direito de regresso que se retira a conclusão de que, no que respeita aos atos dolosos, estes seguros não tutelam, de todo, o património do segurado. O

⁶ Art. 280.º/2 CC.

⁷ Cfr. o art. 46.º e a primeira parte do art. 141.º, ambos da LCS.

⁸ Art. 148.º/2 LCS.

⁹ Art. 144.º LCS.

efeito económico visado com a obrigatoriedade do seguro é o de transferir dos potenciais lesados para o segurador o risco de insolvência do segurado. Aqui reside a razão de ser – e a justificação da admissibilidade – da consagração da cobertura do dolo.

No caso em apreço, temos um seguro voluntário, pelo que sempre se aplicaria a regra supletiva da exclusão do dolo, se as partes não estipulassem outra coisa. Em todo o caso, para não darem azo a dúvidas, sempre que podem os seguradores excluem de forma expressa a sua cobertura. Desde logo, porque a cobertura do dolo foge um pouco à lógica subjacente a um seguro: dificilmente se consegue falar na cobertura de um risco quando a conduta em causa está única e exclusivamente dependente do arbítrio do próprio segurado. A indústria seguradora é avessa à cobertura do dolo, e, sempre que se veem ante a necessidade de o fazerem, os nossos seguradores enfrentam sérias dificuldades em ressegurar tais riscos. É uma questão que não cabe aqui aprofundar.

No exemplo em apreço, partamos do pressuposto de que o seguro apenas garantiria as quantias que o segurado se veja no dever de pagar ao Estado, em virtude do exercício do seu direito de regresso, por danos causados a terceiros decorrentes de culpa grave do segurado no exercício da sua função jurisdicional.

Afastado o dolo, resta-nos a culpa grave. Note-se, no entanto, que, sendo este um seguro voluntário, a lei apenas permitiria a estipulação da cobertura do dolo se esta não fosse ofensiva da ordem pública¹⁰, embora, por outro lado, venha determinar que a proibição da celebração de contratos de seguro para cobertura dos riscos de responsabilidade criminal, contraordenacional e disciplinar não se estende à responsabilidade civil associada aos mesmos factos, que a lei admite genericamente, sem distinguir as condutas dolosas das condutas meramente negligentes¹¹.

Nos seguros obrigatórios, em que a cobertura se destina a proteger os lesados, existindo depois um direito de regresso do segurador contra o segurado, a questão da ofensa à ordem pública tem uma resposta clara e definitiva: a proteção dos lesados nunca seria contrária à ordem pública. Resta saber o que fazer naqueles casos em que não existe um direito de

¹⁰ Art. 46.º LCS.

¹¹ Art. 14.º/1/a) e 2 LCS.

regresso, ou em que, como na situação em apreço, o seguro se destina a cobrir precisamente o risco de exercício de um direito de regresso, destinando-se, em tais casos, o seguro a proteger o próprio segurado e já não, ou apenas reflexamente, o lesado.

A verdade é que quem o pergunta em relação ao dolo do segurado também poderia estender a pergunta à sua culpa grave, que é a que neste momento mais nos interessa, e cuja equiparação ao dolo tem no direito civil uma tradição que remonta ao direito romano, justificada pela elevada censurabilidade de ambos, que mereceriam um grau de reprovação ética e social muito semelhante. Em jeito de ilustração, pense-se na proibição absoluta de algumas cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade civil em caso de dolo ou culpa grave¹².

Não parece, contudo, que para este efeito devamos proceder a uma equiparação entre ambos os graus de culpa, na medida em que, mais do que a sua censurabilidade, está aqui em causa o tipo de intencionalidade que lhes subjaz, já que, no domínio dos seguros, a natureza deliberada de uma conduta dolosa permitir-nos-ia concluir que há, nesses casos, um total afastamento da própria ideia de risco, o mesmo não sucedendo quanto à mera negligência, ainda que grave e plenamente consciente.

A questão de saber se o risco em apreço reúne condições de segurabilidade jurídica ou se, pelo contrário, um seguro que se arrogue cobri-lo estará ferido de nulidade, por contrariedade à ordem pública, depende, essencialmente, da conceção que se adote sobre a função desempenhada pelo instituto da responsabilidade civil dos magistrados.¹³ Se se entender que a única função deste instituto é uma função reparadora, a transferência deste risco para uma esfera alheia não parece ser contrária à ordem pública. Para fundar essa conclusão recorrer-se-á nesse caso, sem mais, à regra da admissibilidade de cobertura da responsabilidade civil decorrente da prática de atos de natureza criminal, contraordenacional ou disciplinar¹⁴.

¹² Art. 18.º/1/c) e d) da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (DL n.º 446/85, de 25 de outubro, republicado pelo DL n.º 220/95, de 31 de agosto, e alterado pelo DL n.º 249/99, de 7 de julho, e pelo DL n.º 323/2001, de 17 de dezembro).

¹³ A questão já foi aqui tratada pela Dr.ª Diana Ettner (para cujo texto, publicado neste livro digital, remeto).

¹⁴ Art. 14.º/1/a) e 2 LCS.

Se, ao invés, se entender que além da função reparadora, que não é posta em causa, o instituto desempenha ainda uma função preventiva, ou punitivo-preventiva, a transferência deste risco resultaria na frustração desta função, que, parece, seria contrária à ordem pública.

Há uma tendência crescente, mesmo em direito privado, para a defesa da tese de que além da função reparadora a responsabilidade civil também desempenharia uma função preventiva, ou punitivo-preventiva. Não adiro, de todo, a essa tendência. No entanto, quando se fala na responsabilidade civil dos magistrados, está-se já a entrar num tema de direito público e eu não faço tentações de meter a minha foice em seara alheia, por assim dizer. Nessa medida, sem concluir pela natureza x ou y desta modalidade de responsabilidade civil, que já vimos corresponder a uma modalidade *sui generis*, limito-me a observar que a questão apresenta, neste contexto, contornos muito particulares, atendendo à consagração legal da obrigatoriedade de exercício do direito de regresso do Estado.

Se a obrigatoriedade de exercício do direito de regresso fosse um exclusivo da responsabilidade civil decorrente do exercício da função jurisdicional, poder-se-ia pensar que, ainda numa lógica estritamente reparadora, o mecanismo apenas visaria permitir a responsabilização dos magistrados sem no entanto dar lugar a uma relação direta entre eles e os lesados, o que estaria vedado pela sua prerrogativa de irresponsabilidade. No entanto, a obrigatoriedade de exercício do direito de regresso é comum a todas as modalidades de responsabilidade civil consagradas na LRE¹⁵.

Este é um indício forte de que o que está aqui em causa é, na verdade, a criação de um incentivo jurídico que assegure um mínimo de esforço e de diligência no cumprimento de deveres, entre os quais os deveres acessórios decorrentes do princípio da boa fé, no desempenho, quer da função administrativa, quer da função jurisdicional.

Caso se entenda que a responsabilização civil dos magistrados pelas consequências dos atos ou omissões que pratiquem com dolo ou culpa grave constituiria um incentivo jurídico tendente a assegurar um mínimo de esforço e de diligência na atuação dos magistrados judiciais, necessário seria concluir, parece, que a contratação de um seguro que transferisse esse peso para a

¹⁵ Cfr. o n.º 1 do art. 6.º LRE.

esfera do segurador, assim neutralizando os efeitos do incentivo, seria por esse motivo contrária à ordem pública. Assim sendo, um contrato de seguro que se arrogasse operar semelhante transferência de risco estaria ferido de nulidade¹⁶.

Em suma, embora não chegue a concluir que o instituto da responsabilidade civil dos magistrados desempenhe uma função preventiva, ou punitivo-preventiva, pois essa é matéria que deixo à doutrina de direito público, concluo que, caso seja essa a conclusão a que deva chegar-se, resulta necessariamente dessa conclusão a de que um seguro que se arrogue cobrir este risco estará ferido de nulidade, por contrariedade à ordem pública.

Muito obrigada.

[voltar ao início do texto](#)

¹⁶ Por aplicação do disposto no art. 280.º/2 CC.

A Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, em vigor desde 30 de Janeiro de 2008, e cedo cirurgicamente alterada pela Lei 31/2008, de 17 de Julho, aprovou o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas (e equiparadas). Em cinco anos de vigência, muitas têm sido as dúvidas levantadas a propósito das três (ou quatro?) vertentes responsabilizantes que cobre: administrativa, judicial, legislativa (e política?). A jurisprudência não é, por ora, significativa, em virtude de os novos casos ainda não terem passado da primeira instância, cabendo portanto, aos especialistas, académicos e práticos, sugerir e ensaiar soluções.

O colóquio do ICJP cujas Actas ora se publicam constituiu um momento de reflexão particularmente rico sobre um amplo leque de temáticas relativas à responsabilidade civil extracontratual pública.