

# A (R)EVOLUÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA PELO RISCO EM FACE DA CRISE FINANCEIRA

*José Manuel Gonçalves Machado\**

*Sumário: 1. Introdução; 2. Regime da Responsabilidade pelo risco; 2.1. Pressupostos; 2.1.1. Carácter de especial perigosidade da actividade, coisa ou serviço; 2.1.2. Verificação de um dano na esfera jurídica de terceiro; 2.1.3. Nexó de causalidade entre a actuação da entidade pública e o dano; 2.1.4. Circunstância de o dano se não tornar imputável a um facto de força maior ou culpa concorrente do lesado; 2.2. “Solidários com o facto culposo de terceiro – onde pára o direito de regresso?”; 3. Conclusão*

## 1. INTRODUÇÃO

Analisar os pressupostos da responsabilidade pelo risco da Administração é, hoje, uma tarefa imprescindível, em face da crise financeira que vivemos. Esta crise fez perceber aos países ocidentais que estavam a viver acima das suas possibilidades – Portugal é um bom exemplo disso! Por esta razão, têm todo o sentido os planos de austeridade que agora se impõe às políticas públicas.

Outrora, viviam-se tempos de pujança e, em nome do avanço civilizacional, multiplicaram-se os mecanismos e as fontes de risco<sup>1</sup>. Foram tempos em que os fins pareciam justificar os meios<sup>2</sup>. À época diríamos: se há necessidade de grandes quantidades de energia para consumo, crie-se uma central nuclear; se queremos chegar mais rápido a qualquer ponto, então crie-se redes de alta velocidade; se queremos uma vida

---

\* Licenciado em Direito pela Universidade Católica Portuguesa – Porto.

<sup>1</sup> Em virtude disso, como observa ANTUNES VARELA (*Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Edição, Almedina, 2010, p. 631), gerou-se uma expansão significativa do número de danos produzidos e também um agravamento das consequências lesivas.

<sup>2</sup> Expressão introduzida por NICOLAU MAQUIAVEL.

mais “facilitada”, então coloquemos a máquina ao serviço do homem, criando sistemas automáticos para tudo o que nos rodeia. Bem vistas as coisas, após décadas de grande crescimento económico, vivemos, hoje, rodeados de uma complexa rede tecnológica que vai para além daquilo que o homem, normalmente, é capaz de compreender e suportar<sup>3</sup>.

A consciência dessa perigosidade tem-se generalizado e levado a uma verdadeira globalização da incerteza e da insegurança. Estamos perante uma generalização dos riscos: suspeitamos de tudo e de todos<sup>4</sup>! Afinal, constatamos que o progresso tecnológico tem um preço e o seu avanço trás consigo novas incertezas<sup>5</sup>. Nem todos os seus riscos são conhecidos e resta ainda desconfiança quanto aos conhecidos.

Perante este cenário, o legislador, em 2007, revolucionou os pressupostos da responsabilidade pelo risco da Administração. Com a tal transformação, o legislador “deu claro sinal de abertura à responsabilização pelo risco num conjunto cada vez mais alargado de actividades que envolvam risco social”<sup>6 7</sup>.

<sup>3</sup> Quando o cidadão é confrontado com situações menos agradáveis e imprevisíveis, criadas pelo Estado em nome do interesse colectivo, aquele, enquanto último garante do interesse público, sente-se na obrigação de salvaguardar os interesses dos lesados. A questão é que vivemos numa sociedade em que os riscos se complexificaram e o Estado perdeu o controlo sobre as suas consequências.

<sup>4</sup> Como nota ARMANDO BRAGA (*A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual* Almedina, Coimbra, 2005, pp. 21 e ss.), “suspeitamos do que comemos, da qualidade dos bens, dos serviços hospitalares, das transfusões sanguíneas, da medicina estética, dos efeitos secundários dos medicamentos, da qualidade e segurança das estradas e pontes que atravessamos, dos barcos e aviões em que embarcamos, etc.”

<sup>5</sup> São os designados riscos do desenvolvimento (cfr. ARMANDO BRAGA, *A reparação do dano...*, cit., pp. 21 e ss).

<sup>6</sup> Cfr. CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade administrativa pelo Risco na Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro: uma solução arriscada?*, in *O Direito*, 2008/III, p. 609.

<sup>7</sup> Note-se que, actualmente, os riscos inerentes ao exercício da função administrativa, não resultam apenas das tradicionais actividades, tidas como excepcionalmente perigosas (como o uso de armas de fogo por parte das autoridades policiais, as manobras e exercícios militares, os acidentes de viação quando estejam em causa veículos da administração, os serviços hospitalares, o armazenamento de materiais explosivos, a energia nuclear, etc.), mas estendem-se também às situações, aparentemente, não perigosas como, por exemplo, os danos causados por erros informáticos. E, com algumas reservas, poderão estar em causa os prejuízos relativos ao fornecimento de água, gás e luz, aos serviços de limpeza e recolha de lixo, aos mecanismos de rega e equipamentos lúdicos, etc. Ver ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade do Estado*, in *O Direito*, 142.º, 2010/IV, pp. 623 e ss.; CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade administrativa...*, cit., p.

Desta forma, a escolha do título é propositada e feita em tom provocatório. Foi levada a cabo uma (*r*)*evolução*, supostamente benéfica, mas o panorama actual aponta para um contragolpe, pois que, pelo menos, durante a próxima década<sup>8</sup>, os recursos económicos e financeiros serão escassos. Está na hora da sociedade acordar para a seguinte realidade: “quando o Estado paga, pagamos todos”<sup>9</sup>. Esta é uma *lógica circular*<sup>10</sup> da qual não podemos escapar. Ampliar as responsabilidades pelo risco significa pagar mais, uma vez que quem tira proveito da actuação da Administração, deve suportar os seus custos<sup>11</sup>. Há que escolher entre o melhor dos mundos possíveis: limitar danos e custos!

Nesse âmbito, o novo regime da responsabilidade administrativa pelo risco, consagrado no art. 11.º da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro (RRCEE), veio ampliar largamente os seus pressupostos<sup>12</sup>, conferindo

---

606, nota 11; J. J. GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Almedina, Coimbra, 1974, p. 247, nota 40; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A responsabilidade Civil Administrativa*, 1ª Ed., D. Quixote, Lisboa, 2008, p. 39.

<sup>8</sup> CARLA AMADO GOMES, em especial no seu estudo “*A responsabilidade administrativa pelo risco na Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro: uma solução arriscada?*”, considera a tal “*revolução*” uma solução muito perigosa precisamente porque o erário público não está em condições de financiar todo e qualquer tipo de risco, sob pena de se cair na bancarrota.

<sup>9</sup> CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade administrativa...*, *cit.*, p. 626.

<sup>10</sup> Tal entendimento resulta da ideia de *socialização do risco*. A este respeito veja-se ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, *cit.*, p. 631, ARMANDO BRAGA, *A reparação do dano...*, *cit.*, pp. 21 e ss; CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade administrativa...*, *cit.*, p. 604; J. J. GOMES CANOTILHO, *O problema...*, *cit.*, p. 27-28; MAITA MARIA NAVEIRA ZARRA, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extra contractual*, ER, Madrid, 2006, p. 34; MARCO FÁBIO MORSELLLO, *A responsabilidade civil e a socialização dos riscos: O sistema neozelandês e a experiência escandinava*, in REPM, Ano 7, n.º 2, 2006, p. 13.

<sup>11</sup> Importa referir que a *teoria do risco criado* assume que quem cria um risco deve suportar os prejuízos daí resultantes. Neste sentido ver RUI MANUEL DE FREITAS RANGEL, *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil: um olhar sobre a jurisprudência*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 43; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade do Estado...*, *cit.*, p. 627, nota 20, *cit.*, CHARLES PUGNER, *Principes de compétence en matière de responsabilité administrative*, 1932; CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade administrativa...*, *cit.*, p. 604; J. J. GOMES CANOTILHO, *O problema...*, *cit.*, p. 27.

<sup>12</sup> Cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra Editora, 2010, pp. 475.

aos lesados<sup>13</sup> o direito de exigir da Administração<sup>14</sup> uma indemnização pelos danos decorrentes de *actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos*.

Na linha da frente, surge-nos o carácter *especial*<sup>15</sup> (bastante mais generoso) e desaparece o carácter *excepcional* (bastante restritivo). Numa segunda linha, de uma assentada só, afastam-se por completo os limites à indemnização – *especialidade e anormalidade*<sup>16</sup> – tão enraizados na doutrina e jurisprudência<sup>17</sup>, e deixa de haver quaisquer restrições. Na retaguarda, mas não menos importante, situa-se a responsabilidade solidária da Administração quando um facto culposo de terceiro tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos.

Estas importantes alterações – há muito esperadas<sup>18</sup> – revoluciona-

---

<sup>13</sup> Os lesados, destinatários da norma, são todas as pessoas, individuais ou colectivas, públicas ou privadas. Nada impede que um Município sofra prejuízos em virtude da actuação de outro Município, por exemplo. A este propósito ver J. J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 426; CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, Anotado, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 24 e ss.

<sup>14</sup> Quanto ao âmbito de aplicação subjectiva, geralmente, fala-se em responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas de direito público, mas a administração pública em sentido orgânico também compreende as pessoas colectivas de direito privado, nos termos do art. 1.º do RRCEE.

<sup>15</sup> Para mais desenvolvimentos no sentido da alteração do carácter excepcional para especial, ver MARGARIDA CORTEZ, *Contributo para uma reforma da lei da responsabilidade civil da Administração*, in *Responsabilidade civil extracontratual do Estado, Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 262.

<sup>16</sup> Na lei actual esta dupla limitação aplica-se apenas no quadro da indemnização pelo sacrifício.

<sup>17</sup> CARLOS CADILHA, *O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa*, in RCEJ, XI, 2008, pp. 254 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, *O problema...*, cit., pp. 242 e ss.; MARIA JOSÉ RANGEL DA MESQUITA, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 21-22.

<sup>18</sup> CARLOS CADILHA, *O novo regime...*, cit., p. 245; JOÃO RAPOSO, *Novas Fronteiras da responsabilidade civil extracontratual da Administração*, in CJA, n.º 58 (2006); MARIA JOSÉ RANGEL DE 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*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

ram por completo o regime da responsabilidade pelo risco da Administração, o qual passamos a analisar.

## 2. Regime da Responsabilidade pelo risco

### 2.1. Pressupostos da responsabilidade pelo risco da Administração

Do art. 11.º do RRCEE resultam alguns pressupostos<sup>19</sup> de verificação obrigatória, a saber: facto especialmente perigoso, dano, nexo de causalidade entre facto e o dano, e não verificação de causa de exoneração.

#### 2.1.1. Facto especialmente perigoso

Como antecipamos, o novo diploma substituiu o carácter *excepcional*<sup>20</sup> para *especial*. No passado, o carácter excepcional assumia uma forte componente restritiva e cingia-se a certos casos típicos de risco que a doutrina se encarregou de consolidar<sup>21</sup>. Espera-se, por isso, que as actividades abrangidas não continuem as mesmas e que a jurisprudência e doutrina sejam inovadoras. Se fosse para ficar como estava, certamente, o legislador não teria modificado o regime. Nessa medida, não se pode simplesmente falar de uma mera alteração linguística, sem qualquer consequência jurídica prática. Cabe-nos portanto, apreciar o primeiro pressuposto nos termos em que nos foi apresentado pelo legislador.

O legislador consagrou no art. 11.º do RRCEE uma cláusula geral, deixando em aberto o carácter especial. Ao contrário, no direito priva-

---

<sup>19</sup> Sobre os pressupostos da responsabilidade pelo risco veja-se o Parecer da Procuradoria-Geral da República 33(44), in DR, II, de 20 de Setembro de 2004, pp. 14176 (cfr. CARLA AMADO GOMES, *(Ir)responsabilidade do Estado português por transfusão de sangue infectado como vírus HIV: A tradição ainda é o que era (?)*), anotação ao Acórdão do STA, de 14 de Dezembro de 2005, in *Textos dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, AAFDL, Lisboa, 2010, p. 31, nota 2).

<sup>20</sup> Para mais desenvolvimentos no sentido da alteração do carácter excepcional para especial, ver CARLA AMADO GOMES, *(Ir)responsabilidade do Estado...*, cit., pp. 33 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, *O problema...*, cit., p. 92; MARGARIDA CORTEZ, *Contributo para uma reforma...*, cit., p. 262; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A responsabilidade Civil...*, cit., p. 39.

<sup>21</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *O problema...*, cit., pp. 242 e ss.; CARLA AMADO GOMES, *(Ir)responsabilidade do Estado...*, cit., p. 33.

do, prevê-se um regime excepcional, em que “só existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, nos casos específicos na lei” (art. 483.º, n.º 2 C.C.). Sendo excepcional, esse regime não se estende à responsabilidade pelo risco da Administração. Consequentemente, caberá aos tribunais o papel de densificação do conceito de perigo especial<sup>22</sup>.

A tarefa que se segue passa por dar resposta à solução apresentada pelo legislador, ou seja, perceber qual o critério a adoptar para se averiguar a natureza especial do perigo. Poderia o legislador dizer taxativamente quais eram as actividades, coisas ou serviços especialmente perigosos? Cremos que sim, era relativamente fácil, uma vez que há doutrina e jurisprudência relativamente consolidada nesse sentido. Mas, seria razoável pedir tal feito? Quanto a nós, constituiria um “risco” enorme fechar a responsabilidade pelo risco às novidades que a revolução tecnológica constantemente comporta<sup>23</sup>.

O legislador, como vimos, decidiu adoptar uma cláusula geral em vez de fixar um elenco, ainda que exemplificativo, das actividades, coisas ou serviços especialmente perigosos como sucede noutras ordens jurídicas<sup>24</sup>. Em abono da verdade, diga-se que a hipótese do elenco exemplificativo tem a vantagem de se estabelecer certos parâmetros. Mas mais uma vez, a questão não iria resultar definitivamente. Apesar disso, teríamos algum critério orientador!

Atendendo ao regime actual temos assim um duplo “perigo”: o perigo inerente a certas actividades, coisas ou serviços, que não sabemos bem quais serão e, o perigo resultante da tarefa imputada aos Tribunais, que tem que ver com o preenchimento de tal conceito indeterminado. Como bem observa CARLA AMADO GOMES, o perigo maior – que acarretas mais incertezas – talvez seja “a entrega exclusiva aos tribunais da

---

<sup>22</sup> CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade administrativa...*, cit., p. 607.

<sup>23</sup> Não existe um catálogo de situações que possam ser consideradas especialmente perigosas (CARLA AMADO GOMES, *(Tr)responsabilidade do Estado...*, cit., p. 33).

<sup>24</sup> Em termos de direito comparado podemos constatar diferentes opções legislativas. Na Rússia optou-se por fixar um elenco meramente exemplificativo (outra solução possível seria a remissão para legislação avulsa); no direito italiano existe uma presunção de culpa pelos danos provocados por coisas e actividades perigosas; nos E.U.A. prescreve-se detalhadamente as características típicas das actividades perigosas. Cfr. CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade administrativa...*, cit., pp. 608-609.

definição dos pressupostos da responsabilidade pelo risco”<sup>25</sup>, nomeadamente o seu carácter de especial perigosidade.

Para avaliar esse carácter especialmente perigoso poderemos optar entre um critério de qualificação concreta ou um critério de qualificação abstracta<sup>26</sup>. Se optarmos pelo segundo, corremos o risco de deixar de fora certos riscos imprevisíveis, limitando-se a responsabilidade pelo risco a uma mera responsabilidade pelo perigo previsível, o que não deixa de ser uma contradição. Pois que, de um regime que se intitula “responsabilidade pelo risco”, a mesma não se pode limitar aos casos de *perigo* (leia-se situações de “risco” previsível), mas terá que abranger situações de *risco* potencial, embora não conhecido. O *busilis* da questão reside precisamente aqui, na distinção entre perigo e risco<sup>27</sup>.

Quanto aos *perigos conhecidos*, podemos pensar em mecanismos de prevenção exigentes de forma a evitar a ocorrência de danos. Em relação *riscos potenciais*, mas não conhecidos, não será razoável exigir-se mecanismos preventivos quando, na verdade, os efeitos dos prejuízos são apenas potenciais (há como que uma forte probabilidade mas desconhece-se o grau e a extensão dos seus efeitos). Ao conceito de perigo assimiláramos a ideia de maior previsibilidade e, consequentemente, maior prevenção no sentido de evitar a ocorrência de eventos danosos<sup>28</sup>. A ideia de risco, por seu lado, estaria ligada a um maior grau de incerteza e imprevisibilidade, à qual se exigiria a máxima precaução. A precaução e prevenção exigidas a quem cria o risco potencial, seriam tendencialmente maiores de modo a reduzir a probabilidade do dano

---

<sup>25</sup> Note-se, contudo, que problema levanta-se pela ausência de critério e não, pelo facto de tal tarefa de concretização ficar a cargo dos Tribunais.

<sup>26</sup> CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade administrativa...*, cit., pp. 609 e ss.

<sup>27</sup> Nesta lógica de ideias, alguma doutrina tem distinguido entre perigo e risco. Enquanto o perigo estaria relacionado com factos conhecidos, o risco teria que ver com situações desconhecidas. Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA, *Domínio Público, Instabilidade geológica e responsabilidade pelo risco*, CEJ / Formação contínua, in <<http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf>>/arquivo-documentos/ FC\_Faro\_Mar2011Dom\_Pub.pdf, acesso 25 de Junho de 2011.

<sup>28</sup> Não podemos deixar de notar que um perigo conhecido corre o “risco” de não ser perigo pelo facto de ser socialmente conhecidos os efeitos danosos (por exemplo, a transfusão de sangue). No entanto, um perigo especial conhecido não deixa de ser perigo, comportando por isso todos os deveres preventivos (como seja a necessidade de informação e consentimento do paciente submetido a uma transfusão de sangue). Cfr. CARLA AMADO GOMES, *(Ir)responsabilidade do...*, cit., p. 37.

e a exclusão da ilicitude dos órgãos, agentes ou funcionários, a quem caberia especial dever de cuidado<sup>29</sup>.

Mas a falta de controlo poderá significar ausência de responsabilidade<sup>30</sup>? Poder-se-ia afirmar o princípio da irresponsabilidade do Estado? Há quem entenda que a responsabilidade pública não se compadece com incerteza científica e, como tal, “não se pode exigir ao direito que proteja os bens jurídicos de factores desconhecidos”<sup>31</sup>.

Em sentido contrário, entendemos que o princípio do estado de direito democrático<sup>32</sup>, o princípio da solidariedade<sup>33</sup> e o princípio da igualdade<sup>34</sup> reclamam uma responsabilização do Estado também nas situações de maior incerteza. Por isso, quanto a nós, tal distinção lida com

<sup>29</sup> CARLA AMADO GOMES (*A responsabilidade administrativa...*, cit., p. 614-615.) observa e bem que a Administração tem uma obrigação de fundamentação da decisão tomada em cenários de incerteza por recurso à mais credível informação disponível. Assim, cabe à Administração demonstrar, por força do princípio da prevenção, que usou de toda a diligência, pautada pelo recurso à melhor informação disponível (ainda que não unânime) e ao melhor apetrechamento técnico, científica e economicamente possível.

<sup>30</sup> Tal distinção, implica, por um lado, que se desenvolvam mecanismos de controlo e prevenção em relação à criação e manutenção das actividades tidas como perigosas. Mecanismos esses que implicariam a construção de esquemas reguladores públicos preventivos, como por exemplo, o licenciamento de actividades perigosas, a fim de estar garantido um controlo administrativo prévio. Por outro lado, tal delimitação poderia significar uma diminuição do grau de responsabilidade no caso de risco. Ou seja, o grau de incerteza e o desconhecimento que caracterizam o risco inviabilizariam um controlo público preventivo pré-determinado.

<sup>31</sup> Neste sentido ver CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade administrativa...*, cit., pp. 609-610; SUZANA TAVARES DA SILVA, *Domínio Público...*, cit.; CARLA AMADO GOMES, *Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era da tecnologia: algumas verdades inconvenientes*, in *Textos dispersos de Direito Constitucional*, AAFDL, Lisboa, 2010, pp. 55-56.

<sup>32</sup> O princípio do Estado de Direito Democrático, consagrado no art. 2.º da CRP, tem em vista a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais. E, o critério de avaliação concreta cumpre melhor essa missão de satisfação dos direitos fundamentais.

<sup>33</sup> O princípio da solidariedade, consagrado no art. 22.º da CRP, tem por base a teoria do risco, ou seja, os riscos criados ou mantidos em nome da Administração – que defende o interesse público – devem ser suportados e repartidos por todos contribuintes que beneficiam da actividade administrativa. Nessa medida, o princípio da avaliação concreta poderá ser um sistema mais justo em razão da sua virtualidade de atender às circunstâncias concretas, evitando que sejam imputadas responsabilidades distantes da realidade.

<sup>34</sup> Em nome do princípio da igualdade, consagrado no arts. 13.º e 266.º, n.º 2 da CRP, deve ser tratado de igual forma o que é igual, e de diferente forma o que é diferente, o que só em concreto pode ser alcançado.

realidades que se misturam e se tocam, não sendo claros os contornos entre perigo e risco. O próprio legislador também parece usar os termos *perigo* e *risco* como sinónimos. Mas quando se acrescenta o advérbio *especialmente* ao *perigo*, cremos estar, na verdade, numa situação intermédia<sup>35</sup> balanceada entre os perigos conhecidos e riscos potenciais. De fora ficam os factos que representem *perigos toleráveis*, inerentes à normal convivência, e os factos *inócuos*<sup>36</sup> (totalmente imprevisíveis e incomensuráveis). Assim, essa zona de especial perigosidade compreenderia os perigos conhecidos e os riscos potenciais. Quanto aos primeiros sublinhe-se que a probabilidade de ocorrência e a intensidade dos prejuízos são bastante prováveis e reais. Em relação aos segundos, diga-se que os danos potenciais comportam, em abstracto, um considerável grau de imprevisibilidade, mas em concreto revelam, afinal, que o risco era também ele real.

Retomando a tese da avaliação abstracta já adiantada, atenhamo-nos ao exemplo apresentado por CARLA AMADO GOMES: uma criança de três anos, brincando no relvado de um jardim público, é atingida por um jacto de rega, em virtude de uma súbita alteração da pressão da água<sup>37</sup>. Se abstrairmos do circunstancialismo do caso, brevemente retratado, parece que estamos perante um caso *inócuo*. Mas se fizermos uma ponderação concreta das demais circunstâncias que, porventura, contribuíram para a produção daquele efeito, poderemos chegar a outra conclusão. Neste sentido, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS referem que a “natureza especial do perigo não deve ser averiguada em abstracto, mas tendo em conta os concretos funcionamentos do serviço, coisa ou actividade que estejam em causa”.

De facto, não se pode pensar só na actividade ou serviço de “rega” como especialmente perigoso. A *coisa em si* pode representar um perigo e, no caso em apreço, não há dúvida de que poderá ser. Estando a pres-

---

<sup>35</sup> Incluir todo e qualquer perigo sem qualquer critério seria uma situação insustentável para o erário público. “Uma responsabilidade objectiva ilimitada pode conduzir à ruína o lesante”, neste caso, o Estado. Mas uma responsabilidade tão restritiva como a anterior não tem cabimento face à lei actual. Por isso, entendemos ser de apontar um critério intermédio mais razoável. (ver *A responsabilidade administrativa...*, cit., p. 613, nota 32).

<sup>36</sup> Expressão várias vezes utilizada por CARLA AMADO GOMES no estudo *A responsabilidade administrativa...*, cit., pp. 610 e ss.

<sup>37</sup> CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade ...*, cit., p. 610.

são do sistema de rega dependente do bombeamento de uma máquina automática e, se esta, potencialmente, puder representar um perigo, não é razoável afastar a responsabilidade pelo risco da coisa especial e potencialmente perigosa. Mais, se pensarmos que o jardim é um local preferido para passear crianças, tal risco é acrescido, pois as lesões serão certamente mais intensas. Ora, se a Administração usou de toda a diligência e cuidado devidos, não poderá ser responsabilizada por um ilícito que não aconteceu. Contudo, seria gritante desproteger tais danos, sendo que os mesmos, à luz da melhor informação disponível, permitiriam chegar à mesma conclusão que aqui chegamos. Não esqueçamos, por outro, que um jacto de água é passível de causar lesões fatais em partes mais sensíveis, também nos adultos, como sejam os olhos.

Por isso, o simples facto do prejuízo resultar de uma actividade, coisa ou serviço, em abstracto, especialmente perigoso não é condição suficiente para se afirmar a responsabilidade da Administração. Esta pode surgir de uma actividade, coisa ou serviço abstractamente inócuo, mas em concreto ser especialmente perigoso. Nesse sentido, acrescentaríamos que o facto de uma determinada actividade estar devidamente licenciada e autorizada, não exime a Administração de responsabilidade<sup>38</sup>.

Por outro lado, cremos que nestas situações, por razões de justiça material, o “carácter especial do dano deve levar em conta a possibilidade de fixar equitativamente a indemnização em montante inferior ao que corresponderia à reparação integral dos danos quando for significativamente elevado o número de lesados”<sup>39</sup>.

Face ao exposto, temos que concluir pela teoria da avaliação concreta – pois que, geral e abstracta já é a lei! Com efeito, cremos que o legislador terá pedido ao Tribunal a tarefa de, em concreto, ponderar se a actividade, coisa ou serviço é especialmente perigoso. Mesmo correndo o “risco” de potenciar ao infinito o universo das hipóteses susceptíveis de configurarem uma situação especialmente perigosa, sempre se deve confiar tal tarefa aos tribunais<sup>40</sup>. Considerar as hipóteses previamente e em abstracto seria demitir os juízes da tarefa generosamente incumbida pelo legislador. Essa avaliação deve reportar-se às circunstâncias e conhecimentos, então vigentes, e ainda ao momento da verificação

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 617.

<sup>39</sup> Cfr. MARGARIDA CORTEZ, *Contributo para uma reforma...*, cit., pp. 257-264.

<sup>40</sup> De qualquer forma, a indemnização sempre estaria limitada pelo número de lesados.

do dano<sup>41</sup>. Por isso, a margem de cognição e de decisão que é dada aos tribunais não se compadece com pré-determinações.

O critério de qualificação abstracta representaria, quanto a nós, uma forte restrição, na medida em que reproduz, em grande medida, o disposto na versão anterior, estabelecendo igualmente um duplo limite<sup>42</sup>: um qualitativo, quanto aos danos sofridos, substituindo a *especialidade* por *probabilidade de ocorrência do dano*; e outro quantitativo, substituindo a *anormalidade* por *intensidade do efeito lesivo*<sup>43</sup>. Em nosso modo de entender, e salvo devido respeito por melhor opinião, a cláusula geral, vai no sentido de se olhar caso a caso, sempre numa perspectiva actualizante e inovadora, atendendo às circunstâncias concretas, quer no sentido da responsabilização, quer no sentido da não imputação dos riscos à Administração.

Finalmente, teremos também que admitir que a multiplicação das hipóteses de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, subjacente à opção legislativa, vulgarizará o instituto da responsabilidade administrativa pelo risco e constituirá um encargo penoso para o erário público.

### 2.1.2. Dano<sup>44</sup>

Eis chegados ao pressuposto comum a todos os tipos de responsabilidade: o dano<sup>45</sup>. Ao contrário do que sucedia no passado, hoje o con-

<sup>41</sup> Quanto à polémica questão da transfusão de sangue ver CARLA AMADO GOMES, (*Irresponsabilidade do Estado...*, cit., p. 38.

<sup>42</sup> No famoso caso de transfusão sanguínea que ocorreu no Hospital Santo António, o juiz avaliou a responsabilidade pelo risco atendendo à intensidade da lesão (critério de ordem qualitativa) e à especial probabilidade de a actividade provocar um dano (critério de ordem quantitativa) – *Ibidem*, pp. 37-38.

<sup>43</sup> ANTÓNIO ÁLVARO DIAS, elegeu o critério qualitativo como decisivo, concluindo que “não é tanto a probabilidade de ocorrência de um certo dano (mais ou menos escassa, mais ou menos recorrente) que se assume como decisiva na tarefa de qualificação de uma actividade como especialmente perigosa, mas antes a intensidade de tal ocorrência” – *Ibidem*, p. 38.

<sup>44</sup> Para GOMES DA SILVA (*O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Edição do Autor, Lisboa, 1944, p. 213) o dano traduz-se “na privação de um ou mais benefícios, concretamente considerados ou de uma generalidade de benefícios, motivada pela colocação do bem, com o qual era lícito ao prejudicado atingir esse benefício, em situação de ele a não poder utilizar para tal fim.

<sup>45</sup> Observe-se ainda que a ideia do dano como fundamento da responsabilidade civil não é unânime na doutrina. ALVINO LIMA, por exemplo, pelo menos no diz respeito à

ceito de dano, surpreendentemente<sup>46</sup>, não apresenta qualquer especificidade no âmbito da responsabilidade administrativa pelo risco. Tudo se passa como na responsabilidade por factos ilícitos<sup>47</sup>. Há, por isso, uma remissão implícita do art. 11.º para o art. 3.º do RRCEE<sup>48</sup>. Este artigo é, como se sabe, uma disposição geral relativa à obrigação de indemnizar, devendo ser conjugada com as regras especiais desse diploma e as regras do artigo 562º e seguintes do Código Civil (C.C.)<sup>49</sup>. Donde resulta: uma preferência da reconstituição natural à indemnização fixada em dinheiro; uma obrigação de indemnizar todos os danos, patrimoniais e não patrimoniais, sem qualquer limite<sup>50</sup>; assim como o dever de indemnizar os danos já produzidos e os danos futuros, nos termos gerais de direito.<sup>51</sup>

responsabilidade extracontratual, afirma ser a culpa o fundamento primeiro da chamada responsabilidade aquiliana. No entanto, na responsabilidade extracontratual objectiva prescinde-se do conceito de culpa. Assim, tal entendimento, não pode ser tido como o fundamento da responsabilidade pelo risco da Administração (*Culpa e risco*, 2ª ed., RT, São Paulo, 1998, pp. 43-44).

<sup>46</sup> Como refere CARLA AMADO GOMES (*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. 77), “[g]erador de alguma surpresa é o facto de não se restringir esta modalidade de imputação aos danos especiais e anormais, como no caso da responsabilidade por facto lícito (art. 16.º), ou pelo menos aos danos anormais, à semelhança da responsabilidade por facto da função legislativa (cfr. art. 15.º, n.º 1)”.

<sup>47</sup> Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A responsabilidade Civil...*, *cit.*, p. 39.

<sup>48</sup> Sobre o artigo 3º do RRCEE, CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil...*, *cit.*, pp. 69 e ss.

<sup>49</sup> Cfr. JORGE SINDE MONTEIRO, *Alteração dos limites máximos da responsabilidade pelo risco*, in *BMJ*, N.º 331, 1983, pp. 5 e ss.

<sup>50</sup> Como assinala CARLA AMADO GOMES (*A responsabilidade civil...*, *cit.*, p. 28), o legislador eliminou os limites dos danos sem acautelar a transição, isto é, “sem fornecer uma lista indicativa do que considera serem actividades especialmente perigosas, sem fixar tectos de atribuição dos montantes indemnizatórios, sem estabelecer regras de repartição da responsabilidade no caso de actividades privadas autorizadas – e corre o risco de gerar, da parte da jurisprudência (bastante tradicional neste campo), resistências que se poderão traduzir na minimização dos montantes indemnizatórios”.

<sup>51</sup> Contudo, como refere MARIA DA GLÓRIA GARCIA (*A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Lisboa, 1997, nota 9, p. 8; e JEAN RIVERO, *Direito Administrativo*, trad. port. da edição de 1975, 1981, p. 308), não se pode concluir devem ser reparadas todas as lesões.

Esses danos patrimoniais podem ter diversas manifestações na situação patrimonial do lesado. Pode ser diminuído o património já existente, ou podem ser afectados benefícios que o lesado deixou de obter em virtude do dano. Assim, a doutrina distingue os danos emergentes dos lucros cessantes<sup>52</sup>.

Danos emergentes dizem respeito a uma diminuição do património já existente<sup>53</sup>, ou seja, referem-se a todas as perdas ou danos verificados até a data da lesão. Contudo, há certos prejuízos que emergem do evento danoso apurado mas verificam-se apenas no futuro. Pense-se, por exemplo, nas despesas previsíveis com tratamentos ou reparações materiais. Estes são os danos futuros. Por sua vez, os danos emergentes podem ser classificados como *dano presente*, quando já verificado, ou *dano futuro*, se ainda não foi verificado. Tal distinção encontra-se consagrada no art. 564.º, 2 de seu C.C., remetendo a fixação da indenização para o futuro quando não houver elementos para sua determinação<sup>54</sup>. Os danos futuros<sup>55</sup> podem ainda ser classificados como certos e eventuais em função da certeza ou incerteza da sua verificação<sup>56</sup>. Certo, é o “dano cuja realização é consequência lógica, natural e esperada”<sup>57</sup>. Já o dano eventual, é “aquele cuja concretização, através de um juízo de probabilidade, não se pode afirmar”<sup>58</sup>, não sendo, portanto, indemnizável.

<sup>52</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, cit., pp. 597 e ss.

<sup>53</sup> Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A responsabilidade Civil...*, cit., p. 29.

<sup>54</sup> Na fixação da indemnização pode o tribunal atender aos danos futuros, desde que sejam previsíveis; se não forem determináveis, a fixação da indemnização correspondente será remetida para decisão ulterior.

<sup>55</sup> Ao contrário, os danos presentes são sempre certos, pois já se verificaram.

<sup>56</sup> A respeito dos vários graus que o carácter eventual pode conhecer, ver o do Acórdão Supremo Tribunal de 11 de Outubro de 1994, onde se afirma o seguinte: “desde um grau de menor eventualidade, de menor incerteza, em que não se sabe se o dano se verificará imediatamente, mas se pode prognosticar que ele acontecerá num futuro mediato, mais ou menos longínquo, até um grau em que nem sequer se pode prognosticar que o prejuízo venha a acontecer num futuro mediato, em que mais não há que um recuo (...). Naquele grau de maior incerteza, o dano eventual, esse que mais não seja que um receio, deve equiparar-se ao dano imprevisível, não indemnizável antecipadamente (isto é, só indemnizável na hipótese da sua efectiva ocorrência)”.

<sup>57</sup> MARCELO AZEVEDO CHAMONE, *O dano na responsabilidade civil*, Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1805, 10 de Junho de 2008, disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11365>>, acesso em 7 de Julho de 2011.

<sup>58</sup> MARCELO AZEVEDO CHAMONE, *O dano...*, cit.

Os lucros cessantes, por seu lado, expressam os benefícios que o lesado deixou de obter por causa do facto danoso, pois que, inviabilizou o aumento do património já existente à data da lesão<sup>59</sup>. O exemplo recorrente é a incapacidade permanente parcial para o trabalho. Pressupõe-se que o lesado tinha, no momento da lesão, um direito ao ganho que se frustrou, e “a titularidade de uma situação jurídica que, mantendo-se, lhe daria direito a esse ganho”. Nesta categoria podemos ainda incluir a chamada *perda de chance*, que envolve a perda de uma oportunidade de modo definitivo, impedindo a obtenção, no futuro, de algum benefício, que pode ser a obtenção de uma vantagem ou a prevenção de um prejuízo que vem efetivamente a ocorrer<sup>60</sup>.

Cumpra ainda referir que dano patrimonial deve ser indemnizável pelo equivalente em dinheiro quando não for possível o retorno ao *status quo ante*<sup>61</sup>. Assim, ao contrário do que acontecia no Decreto-Lei n.º 48 051, o princípio geral quanto à indemnização passa a ser o da reparação de todos os danos (“*lato sensu*”) dando-se preferência à restauração natural<sup>62</sup>.

Quanto aos danos morais, estão em causa a ofensa de valores como a honra, a imagem, o bom nome, a intimidade da vida privada, a privacidade e todo e qualquer atributo da personalidade. Para a fixação do valor do dano moral “levam-se, em conta, basicamente, as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado, preponderando em nível de orientação central, a ideia de sancionamento ao lesado”<sup>63</sup>. Note-se que a jurisprudência administrativa<sup>64</sup> considerou que as “meras angústias e incertezas” causadas por uma conduta administrativa não são danos suficientemente graves para

<sup>59</sup> Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A responsabilidade Civil...*, cit., p. 29.

<sup>60</sup> MARCELO AZEVEDO CHAMONE, *O dano...cit.*

<sup>61</sup> Isto poderá acontecer, segundo CARLOS CADILHA (*Regime da responsabilidade civil...*, cit., nota 2 ao artigo 4º) com os actos denegatórios de licenças precárias ou de curta duração e actos de concessão de serviços públicos temporalmente limitados.

<sup>62</sup> CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil...*, cit., pp. 74-75.

<sup>63</sup> Cfr., RUI STOCO, *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7ª ed., RT, São Paulo, 2007, pp. 151 e ss. Cfr., YUSSEF SAID CAHALI, *Dano Moral*. 2ª ed., RT, São Paulo, 1999, p. 222. Ver ainda CARLOS ALBERTO BITTAR, *Reparação Civil por Danos Morais*. 3ª ed., RT, São Paulo, 1999.

<sup>64</sup> Acórdãos n.º 0127/03 de 31 de Maio de 2005 do STA e n.º 0539/06 de 24 de Outubro de 2006.

merecer tutela em sede de responsabilidade civil, mas aceitou a ressarcibilidade dos danos morais consistentes no “desgosto, nervosismo, angústia e depressão” sofridos pelo lesado em consequência de conduta administrativa<sup>65</sup>.

Tendo em conta algumas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais acerca desta matéria, podemos dizer que o âmbito da responsabilidade pelo risco abrangia: os danos provocados por acidentes na execução de obras públicas<sup>66</sup>; os resultantes do uso de armas de fogo em pessoas ou bens alheios a operações policiais de manutenção de ordem pública ou captura de criminosos; os causados por explosões em armazéns de munições, em aviões, barcos ou outros veículos de guerra durante treinos ou manobras; os danos causados por delinquentes ou presos em liberdade condicional; e ainda, os prejuízos provenientes do emprego da energia atômica<sup>67</sup>.

Em todas estas situações, mesmo não existindo culpa, entendeu-se que a Administração deveria ser responsável uma vez que a sua actividade foi exercida em benefício da colectividade. Por isso, seria justo que suportasse os prejuízos que daí advierem<sup>68</sup>.

Na verdade, a responsabilidade pelo risco não radica em qualquer juízo de reprovação do comportamento do causador do dano. O mesmo decorre de comportamentos que, não obstante perfeitamente aceitáveis no plano social, são especialmente perigosos<sup>69</sup>. Mas, como trazem vantagens consideráveis para quem leva a cabo tais actividades especialmente perigosas, o legislador entendeu que quem criasse esse tipo de

---

<sup>65</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A responsabilidade Civil...*, *cit.*, p. 30.

<sup>66</sup> No seguimento da doutrina tradicional, o STA desde cedo admitiu tratar-se de uma actividade à qual anda associada uma especial perigosidade justificadora do ressarcimento dos danos causados a título de responsabilidade pelo risco.

<sup>67</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *O problema...*, *cit.*, pp. 242 e ss; Cfr. MARIA DA GLÓRIA GARCIA, ..., *cit.*, p. 47; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 9ª ed., Vol. II, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 1235 ss; ANDRÉ DE LAUBADÈRE E OUTROS, *Traité de Droit Administratif*, 12ª ed., LGDJ, 1992, Tomo I, Paris, pp. 855; DIMAS LACERDA, *Responsabilidade civil extracontratual do Estado (alguns aspectos)*, RMP, Ano 6º, Vol. 21, pp. 43 ss; JOSÉ BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1999, pp. 1192 ss.

<sup>68</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito...*, *cit.*, p. 1236

<sup>69</sup> Cfr. o Acórdão do STA de 19 de Novembro de 1998. No mesmo sentido, cfr. Acórdão de 5 de Novembro de 2003.

risco e causasse o prejuízo, deveria ser responsabilizado<sup>70</sup>.

Assim, estas e outras mais actividades, coisas ou serviços, existem no interesse da colectividade e para satisfazer necessidades desta. Quando deles resultem prejuízos, não será justo que os lesados suportem a totalidade do prejuízo. Por esta razão, o dano é, no essencial, transferido para a colectividade, por via do pagamento de uma indemnização, financiada com o dinheiro dos contribuintes<sup>71</sup>. Motivos há para saber se o erário público dispõe de dinheiro para cobrir tais danos. A resposta é claramente negativa. Por essa razão, a doutrina tem apontado alguns limites à solução actual<sup>72</sup>.

Desde logo, essa necessidade de conter o pagamento de indemnizações no âmbito administrativo resulta da indisponibilidade de dinheiros públicos.

Por outro, tem-se feito apelo aos requisitos da lei anterior: *especialidade* e *anormalidade*. O dano especial, como sabemos, é aquele que só atinge um indivíduo ou grupo de indivíduos e não a generalidade dos indivíduos. Por isso, esse requisito significava um encargo específico imposto a cidadão ou grupos de cidadãos de tal forma que os mesmos ficavam numa situação de desigualdade<sup>73</sup>. No entanto, havendo um encargo generalizado, em princípio, seria difícil provar a situação de uns face a outros, uma vez que o prejuízo era geral. Por conseguinte, ao abrigo da legislação anterior, para que um prejuízo pudesse ser considerado especial, era necessário que se provasse que um cidadão ou grupo de cidadãos tivesse sido, através de encargo público, colocado em situação desigual em relação à generalidade das pessoas. Por seu lado, a *anormalidade* diz respeito ao *prejuízo em si* que é causado ao lesado. A gravidade desse prejuízo mede-se em relação ao que seria normalmente suportável pelo padrão de vida socialmente aceite. Com efeito, os pre-

---

<sup>70</sup> CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade administrativa...*, cit., p. 611 e ss.

<sup>71</sup> JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10ª ed., Âncora, 2010, pp. 332-333.

<sup>72</sup> Cfr. MARGARIDA CORTEZ, *Contributo para uma reforma...*, cit., pp. 257 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, *O problema...*, cit., pp. 122 e ss.; ANTÓNIO DIAS GARCIA, *Da responsabilidade civil objectiva do Estado e demais entidades públicas, in Responsabilidade extracontratual da Administração Pública*, FAUSTO DE QUADROS (coord.), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, pp. 191 e ss.

<sup>73</sup> Isto resultava de um princípio de justiça segundo o qual aquele que retira vantagens de uma determinada actividade deve suportar os riscos inerentes à mesma (teoria do risco criado).

juízos que se traduzissem em excessos face ao que a vida em sociedade normalmente comporta, deveriam ser considerados anormais<sup>74</sup>.

CARLA AMADO GOMES, na verdade, dispensaria o requisito da *especialidade* por entender que “qualquer cidadão afectado por uma acção pública especialmente perigosa deve, uma vez demonstrado o nexo de causalidade ser ressarcido do prejuízo sofrido pelo agente que controla a fonte de risco, salvo interposição de terceiro ou motivo de força maior”<sup>75</sup>. Concordamos em absoluto com tal entendimento, discordando, no entanto, que “o número de sujeitos afectos não será, em regra, relevante para a determinação da obrigação de indemnizar”<sup>76</sup>. Tal opção conduziria a uma responsabilidade objectiva ilimitada e, em última análise, levaria o Estado à falência<sup>77</sup>.

Por isso, apela-se de novo à equidade, razoabilidade e bom senso do juiz na resolução dos casos concretos. Assinale-se, contudo, que o juízo de equidade não está previsto no RRCEE. Assim sendo, é muito duvidoso que o juiz possa lançar mão de tal critério. Face ao total vazio, CARLA AMADO GOMES entende que a equidade deveria ter sido expressamente consagrada na lei como “factor modulador”<sup>78</sup> dos limites de indemnização, sustentando ainda que a indemnização deveria ficar sujeita a um duplo limite. De um lado, o montante indemnizatório destinado a cada lesado seria variável em função do tipo de danos sofridos (limites qualitativos); por outro, tomar-se-ia em atenção o universo de lesados para reduzir a indemnização equitativamente (limites quantitativos)<sup>79</sup>. A Autora acrescenta ainda que o facto de o preceito não prever a *anormalidade*, nada impede que o julgador utilize esse critério, cabendo ao lesado provar que o prejuízo sofrido reveste um grau superior ao decorrente da vida em sociedade.

Podemos assim observar que o RRCEE visa a reparação de todos os danos (patrimoniais e não patrimoniais) social e juridicamente rele-

---

<sup>74</sup> F. LÓPEZ MENUÑO, IX. *Responsabilidad Administrativa*, in *Justicia Administrativa*, RDA, n.º 43, Abril, 2009, pp. 181 e ss.

<sup>75</sup> CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade administrativa...*, cit., p. 612.

<sup>76</sup> *Ibidem*, pp. 612-613

<sup>77</sup> Pense-se naqueles casos em que é afectado um elevadíssimo número de pessoas. O que não é raro acontecer, uma vez que actividade da Administração tem a vista a realização de um bem comum afecto, em geral, a grandes unidades populacionais.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 622.

<sup>79</sup> *Ibidem* p. 622.

vantes, mas a sua reparação poderá não ser integral. Isto mesmo decorre do art. 18.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), onde se prevê a necessidade de conformidade com os princípios da necessidade, adequação e proibição do excesso<sup>80</sup>. Além disso, o juiz sempre atenderá ao grau da lesão, ao número de lesados, ao tipo de risco e às demais circunstâncias adjacentes. E não perderá de vista a disponibilidade financeira do Estado, sob pena de tornar inviável a actuação pública.

### **2.1.3. Nexo de causalidade entre facto e o dano**

O nexos de causalidade surge da obrigação extracontratual entre Estado (e demais entes públicos) e os terceiros lesados (entes públicos ou particulares). Logicamente, esse nexos é uma condição indispensável para que se possa atribuir à Administração o dever de ressarcir o dano produzido<sup>81</sup>. É necessário, pois, que exista uma relação causal que estabeleça o vínculo entre determinada actividade, coisa ou serviço administrativo (especialmente perigoso) e o dano produzido na esfera de terceiro<sup>82</sup>.

O nexos continuará a existir (hipoteticamente) mesmo nas situações em que o dano se fique a dever à ausência de actuação positiva (omissão) da Administração. Sobre esta incidem diversos deveres de acção e cuidado. E, não os impedindo, a Administração responderá não pela acção, mas pelo facto de não ter realizado a conduta a que estava obrigada<sup>83</sup>.

A noção de nexos causal é fundamental para entendermos a relação entre facto e dano, mas não vale por si só. Teremos, pois, que atender ao modo como se estabelece tal nexos, sob pena de termos uma causalidade

---

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 623.

<sup>81</sup> Para mais desenvolvimentos ver ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, *cit.*, pp. 617 e ss.; ALMIRO DO COUTO E SILVA, *A Responsabilidade Extracontratual do Estado no Direito*, in RDA, Vol. 1., Livraria e Editora Renovar Lda, Rio Janeiro, 1991, p. 23.

<sup>82</sup> JUARY C. SILVA (*A Responsabilidade do Estado por Actos Judiciários e Legislativos: Teoria da Responsabilidade Unitária do Poder Público*, Editora Saraiva, São Paulo, 1985, pp. 10-12.) afirma que o nexos causal pode ser visto num plano de ordem natural e num plano sócio-jurídico. No primeiro caso, o nexos causal opera no mundo fáctico entre o acto praticado e o dano verificado. Quanto ao segundo, o nexos corresponde ao vínculo emergente da constatação do dano provocado e da sua imputação à pessoa do agente.

<sup>83</sup> MARIA DA GLÓRIA GARCÍA, *A responsabilidade civil da Administração Pública pela inactividade*, in *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*, J. LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ e ANTONIO CALONGE VELÁSQUEZ (coords.), III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Editora Marcial Pons, Valladolid, 1997, pp. 345-356.

descabida e inadequada face aos factos apurados. Iremos aqui distinguir três teorias: a teoria da *conexão do risco*, da *causalidade adequada* e a teoria da *esfera de protecção da norma*<sup>84</sup>.

A teoria da *conexão do risco* imputa o efeito danoso a factos voluntários ou omissões, consoante eles tenham contribuído para criar ou aumentar riscos não permitidos, ou para a não diminuição ou eliminação daqueles. Assim, haverá uma imputação objectiva quando o risco criado ou mantido pela conduta da Administração contribua de forma decisiva para o prejuízo verificado.

A teoria da *causalidade adequada* parte de um juízo de *prognose póstuma* tentando reconstituir o evento à luz de critérios de probabilidade, previsibilidade e condições de normalidade social. Nesta medida, o dano será imputado à conduta administrativa quando fosse previsível que tal acção ou omissão tivesse como efeito normal aquele dano, atendendo aos conhecimentos específicos do agente (cfr. art. 563.º do C.C.).

Por último, para a teoria da *esfera de protecção da norma* haverá um nexo de causalidade quando o dano seja causado por um facto (acção ou omissão) que está contemplado no âmbito de protecção da norma, o qual confere posições jurídicas subjectivas ao lesado.

Das três, a que nos parece mais condizente com a responsabilidade pelo risco é a teoria da *causalidade adequada*. A teoria da *esfera de protecção da norma*, embora mais objectiva, parece não condizer com a norma da responsabilidade administrativa pelo risco. Pois, tratando-se de uma cláusula geral, será difícil conceber o âmbito de protecção da norma de forma concludente. A teoria da *conexão do risco*, concebida por C. Roxin, tem a vantagem de centrar a sua atenção na criação ou manutenção de riscos, bem como na não diminuição ou eliminação dos mesmos. No entanto, foi concebida para os riscos não permitidos, o que pressupõe certo grau de ilicitude.

A teoria da *causalidade adequada*, evocada frequentemente pela jurisprudência no caso da responsabilidade administrativa pelo risco, tem como principal vantagem evitar a multiplicação das causas de responsabilidade. Desta forma, assegurará também o respeito pelo princípio da repartição de custos, na medida em que não irá onerar “os contribuintes com a obrigação de assunção financeira de um dano que (...) excede

---

<sup>84</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A responsabilidade Civil...*, cit., pp. 30-32 e 39.

todos os limites da previsibilidade e, portanto, da imputabilidade<sup>85</sup>.

Assim, a Administração só poderá ser responsabilizada pelo risco se ficar provada a previsibilidade dos perigos e a eventualidade de potenciais riscos (relativamente previsíveis mas não totalmente comprovados) à luz dos vários saberes disponíveis à data do evento danoso. Não basta, por isso, que Administração prove que usou de toda a diligência em relação aos perigos previsíveis, é necessário também que tenha usado de toda a diligência em relação aos riscos potenciais.

Com efeito, a teoria da *causalidade adequada* evita que o juiz aplique indevidamente a responsabilidade pelo risco, transformando os casos de responsabilidade aquiliana em hipóteses de responsabilidade pelo risco<sup>86</sup>. Em primeira linha, caberá ao juiz debruçar-se sobre os pressupostos da responsabilidade por factos ilícitos, nomeadamente, a culpa. Só depois poderá avaliar a responsabilidade objectiva. Nessa medida, como observa CARLA AMADO GOMES, a responsabilidade pelo risco assumirá à partida um carácter subsidiário em relação à responsabilidade por factos ilícitos<sup>87</sup>.

E, nas situações de alto risco (como é o caso da energia nuclear), será possível recorrer a teoria da *causalidade adequada*? Não haverá antes uma responsabilidade absoluta? Há quem entenda que é praticamente impossível fazer a prova do nexos causal entre risco e dano para obter a reparação dos prejuízos. Como tal, ou se excluía a responsabilidade ou se presumiria a responsabilidade absoluta pelo risco<sup>88</sup>. Contudo, a afirmação da responsabilidade pelo risco de forma absoluta é, em si mesmo, um “risco” de elevado grau, pois conduziria a um sistema de responsabilidade automático sem culpa e sem causalidade, não havendo

<sup>85</sup> Cfr. CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade e a(s) sua(s) circunstância(s)*, in *Textos dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, anotação ao acórdão do STA de 4.12.2003, AAFDL, Lisboa, 2010, p. 25.

<sup>86</sup> Cfr. CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade e a(s) sua(s) ...*, cit., p. 25.

<sup>87</sup> CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade administrativa...*, cit., p. 614 e ss.

<sup>88</sup> A este propósito J. GOMES CANOTILHO (*O problema...*, cit., p. 248.) fala de “danos sem causa” fazendo referência, obviamente, às situações em que é praticamente inviável fazer prova do nexos de causalidade. No entanto, tal não significa o afastamento da responsabilidade pelo risco, antes pelo contrário. Em tais casos, considerados perigosíssimos, será de admitir uma responsabilidade pelo risco quase absoluta, pois que “a exclusão da responsabilidade por caso fortuito ou força maior” significaria uma diminuição da protecção concedida a terceiros por um sistema de responsabilidade objectiva.

lugar a causas de exclusão da responsabilidade<sup>89</sup>. Também aqui frisá-mos o efeito desastroso que um sistema absoluto traria para os cofres do Estado.

#### **2.1.4. Circunstância de o dano se não tornar imputável a um facto de força maior ou culpa concorrente do lesado**

Finalmente, mas não por último, importa tecer algumas considerações sobre o que deva entender-se por força maior<sup>90</sup> e culpa concorrente do lesado<sup>91</sup>.

Em primeiro lugar, cumpre assinalar que o RRCEE não fala de caso fortuito, referindo-se apenas à força maior. Cremos tratar-se de um lapso do legislador, pois que, apesar de distintos, produzem as mesmas consequências exoneratórias<sup>92</sup> e, em geral, a doutrina tem tratado os dois indiferentemente<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> O critério da probabilidade maior foi apontado pela jurisprudência norte-americana como um critério capaz de resolver tal questão. Seria de admitir ou de presumir o nexo de causalidade quando houvesse mais de 50 % de probabilidade que determinado facto tenha produzido aquele dano. De fora ficavam aqueles danos sem causalidade, sem causa, e, como tal insusceptíveis de serem indemnizáveis. Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *O problema..., cit.*, p. 249, nota 41.

<sup>90</sup> Para ANTUNES VARELA (cfr. *Das Obrigações..., cit.*, pp. 681/82), o caso de força maior é um acontecimento imprevisível, cujo efeito danoso é evitável com as precauções normalmente exigíveis do condutor". Diga-se ainda que tal conceito é utilizado no direito civil para excluir a responsabilidade pelo risco causada por veículos ou a responsabilidade do devedor pelo incumprimento definitivo das obrigações.

<sup>91</sup> VIEIRA DE ANDRADE, *Panorama Geral da Responsabilidade "civil" da Administração Pública em Portugal*, in *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*, J. LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ e ANTONIO CALONGE VELÁSQUEZ (coords.), III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Editora Marcial Pons, Valladolid, 1997, p. 51.

<sup>92</sup> Assim, caso fortuito assenta na ideia da imprevisibilidade: seria aquele facto não querido pelo agente e que o impossibilita de agir de acordo com a sua própria vontade. Por sua vez, o caso de força maior tem subjacente a ideia de inevitabilidade: embora possa ser previsível não se pode evitar, nem em si mesmo, nem as suas consequências. Por isso mesmo, está associado às forças naturais (inundações, incêndios, a morte, etc.) que, embora pudesse ser previsível, não poderia ser evitado. Cfr. 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*, Vol. II, Lisboa, 2010., pp. 965 e ss; EDMIR NETTO DE ARAÚJO, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2009, p. 761.

<sup>93</sup> Neste sentido, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS (*A responsabilidade Civil..., cit.*, p. 40.) concordam que o chamado caso fortuito deve

Ora, haverá uma situação de caso fortuito quando haja um acontecimento previsível mas que não se pode evitar (por exemplo, uma guerra). Existirá um caso de força maior sempre que a criação ou aumento de risco tenha sido provocado por uma circunstância inevitável (por exemplo, catástrofes naturais). Mas ambos podem excluir ou diminuir a responsabilidade pelo risco da Administração, apurando-se sempre em que proporção o risco criado e o caso fortuito ou de força maior concorreram para a produção do dano.

A culpa concorrente do lesado<sup>94</sup> é também uma causa de exclusão da responsabilidade pelo risco<sup>95</sup>. Podendo, igualmente, o tribunal reduzir ou excluir a indemnização, tendo em conta todas as circunstâncias, nomeadamente o grau de culpa do lesado e o prejuízo causado. Por isso, não se pode dizer que o dano se fique a dever a facto exclusivo do lesado, quando, na verdade, a Administração mantenha uma actividade administrativa de risco. Não seria aceitável que os funcionários, obrigados a permanecer, por causa das suas funções, em locais particularmente vulneráveis ao perigo, derivado de situações de guerra ou de tumultos, suportassem sozinhos os encargos e eventuais prejuízos associados ao desenvolvimento de uma actividade exercida em benefício da colectividade<sup>96</sup>. Por isso, se Administração, na prossecução do interesse público, colocar os seus órgãos, agente ou funcionários numa situação

---

ser também causa de exclusão da responsabilidade administrativa pelo risco. Também para EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (cfr. *Curso de Derecho Administrativo*, 7ª ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 396), o caso de força maior anda associado à ideia de factos imprevisíveis na sua produção e absolutamente irresistíveis. Realce-se que a jurisprudência espanhola inclui na responsabilidade pelo risco, incluindo o funcionamento normal dos serviços públicos, os danos resultantes de factos imprevisíveis ou inevitáveis (caso fortuito), mas produzidos dentro da prestação de serviço público ou da organização administrativa. Ver ainda MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito...*, cit., pp. 1000 e ss;

<sup>94</sup> Sobre a responsabilidade objectiva e a teoria do risco, cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 213 ss., em especial, pp. 220 ss.

<sup>95</sup> Cfr. MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade Civil da Administração por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000; CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil...*, cit., pp. 86 e ss.

<sup>96</sup> A jurisprudência francesa tem resolvido de acordo com a responsabilidade pelo risco casos de danos causados a pessoas que, por força do cumprimento das suas obrigações, são colocadas em situações de risco especial de dano (cfr. RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, Tome I, 6ª ed., Montchrestien, Paris, 1993 p. 1178).

caracterizada, em concreto, por riscos acrescidos para as suas pessoas e bens, será de toda a justiça que a mesma suporte os correspondentes encargos que daí possam advir.

Caberá, portanto, nestes casos, uma avaliação ponderada e atenda das circunstâncias.

## **2.2. “Solidários com o facto culposo de terceiro – onde pára o direito de regresso?”**

Não obstante o facto culposo de terceiro poder ser entendido como causa de exclusão da responsabilidade administrativa<sup>97</sup>, decidimos retribuir a generosidade do legislador e dedicar-lhe uns parágrafos em separado.

Ora, não contente com a abrangência do regime da responsabilidade pelo risco da Administração até aqui constatada, o legislador, num acto de coragem e generosidade social, veio consagrar mais uma surpreendente novidade:

*«Quando um facto culposo de terceiro tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem solidariamente com o terceiro, sem prejuízo do direito de regresso.»<sup>98</sup>*

Em obediência ao n.º 5 do artigo 271º da CRP, o RRCEE, vem pois, estabelecer um princípio da solidariedade mais do que consagrar o direito de regresso.

Com efeito, quando um facto culposo de terceiro<sup>99</sup> tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos, a Administração responde solidariamente com o terceiro. Diferentemente, na vigência da lei anterior, o regime da concorrência de culpa de terceiro seguia o regime previsto para o caso de culpa da vítima, ou seja, de determinação da responsabilidade segundo o grau da culpa de cada um. Agora, a Administração começará por responder *à cabeça*. É caso para dizer: “...só

<sup>97</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A responsabilidade Civil...*, cit., pp. 40-41.

<sup>98</sup> Art. 11º, n.º 2, da Lei 67/2007 de 31 de Dezembro.

<sup>99</sup> Como observam MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS (*A responsabilidade Civil...*, cit., pp. 40-41), o “terceiro responsável pode ser uma pessoa colectiva administrativa ou um particular”.

faltou (...) responsabilizar a Administração mesmo em caso de verificação de motivo de força maior!”<sup>100</sup> E, nessa medida, o lesado não tem que provar ou tampouco alegar, por exemplo, a culpa do órgão agente, funcionário do Estado. Sendo objectiva, a questão da culpa do agente só é pertinente na acção de regresso que o Estado contra ele propuser<sup>101</sup>.

Na hipótese em análise, a responsabilidade será imputada à Administração, ainda que a título solidário. A acção de regresso fica, então, para um segundo momento. Aí, para que a Administração possa eximir-se de responsabilidade ou atenuá-la, terá de provar a culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou a existência de uma situação de força maior (ou caso fortuito). Por seu lado, sublinhe-se que o direito de regresso apenas pode ser exercido “em relação a terceiros que tenham concorrido para a produção ou agravamento dos danos”<sup>102</sup> e não em relação a titulares de órgãos, funcionários ou agentes, como sucede no âmbito da responsabilidade por facto ilícito<sup>103</sup>.

A solução é bastante generosa para o terceiro e muito penalizadora para a Administração. Com efeito, o risco não é repartido na proporção de quem para ele concorreu, mas onera-se em especial a Administração. Esta opção anula, em certa medida, a lógica de risco criado e pende a balança em favor do lesado – outro grande beneficiado<sup>104</sup>. É evidente que a responsabilidade pelo risco assenta na protecção social do lesado, uma vez que este será ressarcido mesmo que o terceiro esteja falido e independentemente da acção de regresso que posteriormente possa ser intentada<sup>105</sup>. É, por isso, uma solução penalizadora da comunidade em favor do indivíduo ou grupo de indivíduos<sup>106</sup>. Acresce, por isso, que a opção do legislador aponta para uma “tendencial desresponsabilização de terceiros”<sup>107</sup>, uma vez que a Administração responderá sempre de forma solidária.

Assim, o RRCEE vem agravar a responsabilidade administrativa por apelo à solidariedade de todos em favor de um indivíduo ou grupo

---

<sup>100</sup> CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade administrativa...*, cit., p. 623.

<sup>101</sup> ALMIRO DO Couto e SILVA, *A Responsabilidade Extracontratual...*, cit., p. 23.

<sup>102</sup> Cfr. CARLOS CADILHA, *O novo regime...*, cit..

<sup>103</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A responsabilidade Civil...*, cit., p. 41.

<sup>104</sup> CARLA AMADO GOMES, *(Ir)responsabilidade do Estado...*, cit., p. 44.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>106</sup> CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade administrativa...*, cit., p. 623.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

de indivíduos<sup>108</sup>. E, numa altura em que o Estado se vê amarrado a uma crise de dívida soberana, a solução consagrada parece-nos, de facto, *arriscada*<sup>109</sup>. Não se vislumbra motivo válido para que “o erário público funcione como garante da responsabilidade de pessoas que não são titulares de órgãos ou agentes”<sup>110</sup>.

### 3. CONCLUSÃO

Analisados os pressupostos do regime da responsabilidade administrativa pelo risco, verificamos que os mesmos não oferecem segurança ao seu grande destinatário, a Administração.

Em primeiro lugar, o legislador alargou o critério quanto às actividades, coisas ou serviços abrangidos, permanecendo uma grande nuvem cinzenta sobre o seu verdadeiro alcance. Com efeito, o carácter especial é bem mais aberto que o carácter excepcional. Por isso, as tradicionais actividades de risco já não preenchem por completo a especial perigosidade. A elas acrescerão outras actividades especialmente perigosas que a realidade e o julgador tomarão em consideração<sup>111</sup>. Por nossa parte, cremos que a tendência se manterá restritiva, atendendo à *praxis* dos nossos tribunais. Mas não é descabido pensar que numa sociedade tão complexificada como a actual, os tribunais venham a incluir, cada vez mais, novas situações de especial perigo.

Acresce ainda que actual regime deixou de prever qualquer tipo de limite, bastando que a actividade seja considerada especialmente perigosa. E, face à ausência de critérios indemnizatórios (como sucede na responsabilidade por factos ilícitos), é de admitir que “as fronteiras entre responsabilidade por facto ilícito e pelo risco se esbatam”<sup>112</sup> e se opte pela responsabilidade pelo risco, como meio de aligeirar a pro-

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> Recorremos aqui à expressão «*arriscada*» que resulta do título da obra *A responsabilidade administrativa...*, *cit.*, de CARLA AMADO GOMES.

<sup>110</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A responsabilidade Civil...*, *cit.*, p. 41.

<sup>111</sup> Segundo VAZ SERRA (*Responsabilidade civil...*, *cit.*, p. 57., num futuro próximo a tendência será, porém, precisamente no sentido de uma responsabilidade objectiva ou mesmo seguradora por parte dos entes públicos, designadamente do Estado, em parte devido ao aparecimento de novas formas de responsabilidade pública, em domínios tais como os do ambiente e do urbanismo.

<sup>112</sup> CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade administrativa...*, *cit.*, p. 624.

va. Desta forma, o já aludido carácter subsidiário da responsabilidade administrativa por factos ilícitos esmorecerá e os tribunais, não obtendo prova suficiente da responsabilidade subjectiva, tentarão sempre a responsabilidade pelo risco. Tal entendimento resulta fortemente da complexidade crescente da tecnologia, o que dificulta a definição dos critérios para afirmar uma actividade, coisa ou serviço como especialmente perigosos, à luz dos melhores conhecimentos técnicos e científicos disponíveis à data.

Em consequência disso, como observa CARLA AMADO GOMES, pode suceder que a Administração se sinta desmotivada e demasiado controlada, pois que bastará um “deslize” para ser responsabilizada<sup>113</sup>. Por outro lado, aumentará a tentação de todos os potenciais lesados accionarem a responsabilidade civil extracontratual da Administração, com os olhos postos na responsabilidade pelo risco<sup>114</sup>.

É questionável se algumas situações de “franja” representam uma verdadeira situação de risco. Analisando caso a caso, deve-se, contudo, admitir o seu enquadramento na responsabilidade por factos ilícitos. Também neste sentido, FAUSTO QUADROS admite “ a passagem de situações de responsabilidade por risco a situações de responsabilidade subjectiva, até, porventura, com culpa grave”<sup>115</sup>. O Autor dá exemplo da quebra do separador numa auto-estrada. Nesta hipótese, pode acontecer que o prejuízo resulte de caso fortuito para a Administração. Mas se a situação se prolongar para além de tempo razoável, pondo em perigo a segurança da circulação, poderá configurar uma situação de ilicitude, até porventura com culpa grave, por violação do dever de vigilância por parte da Administração.

---

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> Note-se que o tribunal não está impedido de convolar em responsabilidade pelo risco um pedido indemnizatório fundado originariamente em facto ilícito, julgando eventualmente procedente a acção com um fundamento jurídico diverso daquele que foi invocado na petição inicial. Assim, nada impede que o tribunal decida pela convalidação, perante a não verificação de algum dos requisitos da responsabilidade por factos ilícitos, se não se não provar, por exemplo, a existência de conduta culposa, e condene independentemente de culpa, uma vez verificados os pressupostos da responsabilidade pelo risco. CARLOS CADILHA, *O novo regime...*, *cit.*

<sup>115</sup> FAUSTO DE QUADROS, *A responsabilidade civil extracontratual do Estado - problemas gerais*, 2001, in «<http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/prof-doutor-fausto-de/downloadFile/file/Fq.pdf?nocache=1210675906.12pp.>», acesso em 14 de Maio de 2011, pp. 3-5.

Como atenta VIERA DE ANDRADE<sup>116</sup>, a jurisprudência poderá continuar a alargar o âmbito da responsabilidade pelo risco, procedendo a uma extensão dos danos reparáveis. Contudo, é necessária uma contra-reforma estrutural da matéria, e cabe ao legislador, pois só ele a pode cabalmente realizar. Haverá, de modo especial, que definir os pressupostos do dano indemnizável, bem como o conceito de actividade, coisa ou serviço especialmente perigosos, para que fique clara a fronteira entre o risco indemnizável, risco tolerável e o caso fortuito.

A solução passará também por desonerar a Administração nas situações em que estejam em causa pequenos sacrifícios, simples encargos sociais que devam ser considerados normalmente exigíveis como contrapartida dos benefícios emergentes da existência e funcionamento dos serviços públicos<sup>117</sup>. Somente quando o dano exceda os encargos considerados normais exigíveis como contrapartida da existência e funcionamento dos serviços públicos poderá funcionar o instituto da responsabilidade pelo risco.

Um outro meio possível para desonerar o Estado poderá ser a constituição de um Fundo de indemnização, com raízes privadas, relativamente a certo tipo de riscos, como sucedeu com a queda da Ponte de Entre-os-Rios<sup>118</sup>. Outra hipótese passa por criar um Fundo Público em proveito do grupo dos mais carenciados que comprovadamente não disponham de recursos para suportar certo tipo de riscos situados em zonas de franja (como deveria ter sucedido também para o caso da queda da Ponte de Entre-os-Rios). Além disso, parece-nos que seria razoável implementar o sistema de contrato de seguro obrigatório nalgumas dessas actividades tidas como especialmente perigosas, atendendo à sua previsibilidade e forte probabilidade.

E que dizer dos prejuízos causados por situações de todo imprevisíveis e inevitáveis (como inundações, deslizamento de terras, terramotos, etc.), que integram o conceito de caso fortuito ou de força maior, serão de incluir no risco social indemnizável? Em que medida esses efeitos lesivos não poderão ter como causa indirecta a ausência de

<sup>116</sup> VIEIRA DE ANDRADE, *Panorama Geral...*, cit., p. 57.

<sup>117</sup> Parte-se do princípio de que na sociedade moderna e complexa dos nossos dias, caracterizada pela ampla intervenção do Estado, o cidadão deve suportar determinados ónus ou constrangimentos considerados normais ou contrapartida natural dos benefícios que recebe.

<sup>118</sup> CARLA AMADO GOMES, *(Ir)responsabilidade do Estado...*, cit., p. 41.

medidas de planificação, ausência de controlo e prevenção, ou, até, resultar da ilegalidade de actos administrativos de licenciamento? Quanto a nós o actual regime da responsabilidade da Administração pelo risco parece legitimar as indemnizações nesses casos por apelo ao princípio de solidariedade. Este enquadramento não pode, contudo, ser aceite! Representaria um “peso pesado” para os cofres do Estado e o Estado Social entraria em colapso<sup>119</sup>.

Apesar disso, e em jeito conclusivo, não podemos deixar de sublinhar que a flexibilização dos pressupostos constituirá um forte estímulo ao aperfeiçoamento da empresas, coisas ou serviços, tendente a diminuir o número e a gravidade dos riscos inerentes aos mesmos, bem como a segurar os envolvidos que continuamente se encontram expostos.

*Porto, Julho de 2011*

---

<sup>119</sup> Obrigar o Estado a responder por todos os encargos decorrentes da máquina administrativa poderia acarretar delicados e insolúveis problemas financeiros. Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE (*Panorama Geral...*, *cit.*, p. 51.), tal como CARLA AMADO GOMES (*A responsabilidade administrativa...*, *cit.*, pp. 613-618.), defendem que tal responsabilidade – como já vimos anteriormente – deve ser limitada em função da ideia de *anormalidade*. Essa *anormalidade*, refere o Autor (*Ibidem*) “manifesta-se na concretização e delimitação dos danos indemnizáveis, que abrangem apenas os prejuízos resultantes do funcionamento de *serviços administrativos* (reeducação de delinquentes, inimputáveis perigosos), *coisas* (explosivos, energia nuclear) ou *actividades* (actividade militares, certas actividades policiais) que sejam excepcionalmente perigosas”.