



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Responsabilidade Civil do Estado e Demais
Entidades Públicas por Funcionamento
Anormal do Serviço**

(Ir)responsabilidade estadual perante os incêndios de 2017

Ana João Gomes Alves da Costa

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2018

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades
Públicas por Funcionamento Anormal do Serviço
(Ir)responsabilidade estadual perante os incêndios de 2017**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa,
no âmbito do Mestrado em Direito Administrativo, sob a orientação do Exmo. Prof. Dr.

Mário Aroso de Almeida

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2018

Ao meu avô, por tudo o que é e me inspira a ser,

“A arte de administrar é com toda a certeza uma ciência; e todas as ciências, para fazerem progressos necessitam de juntar as descobertas das diferentes gerações, à medida que elas sucedem.”

Alexis de Toqueville, “Da Democracia na América” (1840)

Agradecimentos

Aos meus pais, a quem um dia espero retribuir em metade todo o amor, apoio e incentivo dado,

Às minhas irmãs, por terem a inesgotável paciência de me aturar sem nunca deixar de cuidar,

Aos meus amigos, em especial à caloirinha, e à minha família pelo apoio incondicional,

Ao meu orientador, o Professor Doutor Mário Aroso de Almeida, pelas palavras sábias, disponíveis e amáveis com que sempre privilegiou o nosso trato.

Resumo/Abstract

A presente dissertação focar-se-á no regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas por funcionamento anormal do serviço.

Fruto de desenvolvimento jurisprudencial, a falta do serviço só, recentemente, é alvo de consagração legal, em Portugal, e é construído como um mecanismo que possibilita a responsabilização do Estado e demais entidades públicas nos casos em que não é possível apurar concretamente o agente administrativo responsável. Nestas hipóteses, a responsabilidade do Estado nasce de um resultado atribuível a um funcionamento anormal do serviço que não agiu de acordo com o exigível.

É com base neste instituto de inspiração francesa, que tentamos apurar uma eventual responsabilidade estadual em relação aos incêndios de junho e outubro de 2017, em Portugal, que tristemente alcançaram números recorde.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil Administrativa – Falta do serviço – Funcionamento anormal do serviço – Estado – Serviço Público – Incêndios.

This thesis will focus on the legal system built for the non-contractual civil liability of the State and other public bodies due to an abnormal performance of the services.

Developed by the courts, this mechanism has only recently been object of legislation in Portugal and it is built as a method to impute civil liability to the State and other bodies when there is no way of finding out who was the responsible agent. In this cases, the governmental liability is due to a result that shows an abnormal performance of the service that didn't act as it should.

Based on this French-inspired institute, we tried to analyze a possible governmental responsibility for the fires that occurred in June and October in Portugal that sadly reached record numbers.

Keywords: Governmental liability – Lack of service – Abnormal performance of the services – State – Public Service – Fires.

Índice

Agradecimentos	6
Resumo/Abstract	7
Siglas e Abreviaturas	9
Introdução	11
Enquadramento Jurídico-constitucional da Responsabilidade Civil Administrativa em Portugal	13
O Atual Regime da Responsabilidade do Estado e demais entidades Públicas	17
Âmbito objetivo, subjetivo e material.....	17
Pressupostos da responsabilidade administrativa por facto ilícito.....	21
Teoria do Funcionamento anormal do serviço ou Falta do serviço	28
Breve enquadramento jurídico.....	28
A teoria do funcionamento anormal do serviço.....	30
Responsabilidade civil por funcionamento anormal do serviço – responsabilidade subjetiva ou objetiva?	35
(Ir)responsabilidade do Estado nos incêndios de julho e outubro de 2017 em Portugal	40
Conclusões	46
Bibliografia	48

Siglas e Abreviaturas

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
AP	Administração Pública
Al.	Alínea
AR	Assembleia da República
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
Cit.	Citado
Cit. por.	Citado por
CJA	Cadernos de Justiça Administrativa
Coord.	Coordenação
CPA	Código de Procedimento Administrativo
CRP	Constituição da República Portuguesa
CTI	Comissão Técnica Independente
Cfr.	Conforme
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
<i>Ibidem</i>	Mesmo autor e mesma obra
<i>Idem</i>	Mesmo autor, mesma obra e mesma página
N.º	Número
N.ºs	Números

Ob. cit.	Obra citada
Org.	Organização
P.	Página
Pp.	Páginas
PR	Presidente da República de Portugal
Proc.	Processo
RCEJ	Revista do Centro de Estudos Judiciários
RDP	Revista de Direito Público
RRCEE	Regime Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (Lei n.º 67/2007 de 31 de dezembro)
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ss.	(Páginas) seguintes
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TCAN	Tribunal Central Administrativo Norte
Trad.	Tradução por
Vol.	Volume

Introdução

A presente dissertação tem como objetivo primordial a análise do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas por funcionamento anormal do serviço ou por falta do serviço.

Este intento nasce após os fatais acontecimentos florestais dos meses de junho e outubro de 2017 que cercaram Portugal de chamas. É sob o manto silente de cinza negra que nasce em nós um sentimento de contestação e de busca por respostas e responsabilidades perante um sistema que, nitidamente, falhou.

É partindo desta consternação que decidimos desenvolver um tema, já versado pela nossa jurisprudência¹, mas entre nós legalmente recente: a responsabilidade por funcionamento anormal do serviço e testar a sua possível aplicabilidade aos casos concretos dos incêndios de 2017.

Como nada na vida tem o seu início no fim, começamos esta dissertação por fazer uma breve análise da evolução do princípio da responsabilidade civil da AP no ordenamento jurídico português que se marcou, numa primeira fase, pela irresponsabilidade do Estado.

Porém, este entendimento mostrou-se insustentável face à evolução da AP no sentido de um Estado democrático e intervencionista e são lançadas as bases para a construção de um princípio geral de responsabilidade do Estado e respetivo regime legal. É neste contexto que surge o DL n.º 48 051 que analisamos, de uma forma breve e um tanto crítica.

Por força das exigências nacionais e europeias, este é substituído pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. A este diploma, dedicamos o segundo capítulo do nosso trabalho onde focamos a nossa atenção na responsabilidade por facto ilícito, uma vez que é a função que, perante o tema objeto da dissertação, tem maior relevância.

Feita esta abordagem, abraçamos a tarefa de estudar mais aprofundadamente o tema que preside a nossa dissertação. A análise começará por um breve enquadramento teórico-jurídico do seu surgimento para passar, de seguida, à análise dos artigos do RRCEE que o consagram. Por fim, faremos referência a uma das grandes problemáticas doutrinárias que segue este novo instituto.

¹Atente-se o caso versado no ac. do STA, de 28 de janeiro de 1966, onde o Estado foi declarado como responsável pelo desmoronamento de uma muralha antiga na cidade do Porto que destruiu casas e provocou mortes pela não execução de obras de conservação públicas. Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2ª Ed., Almedina, Coimbra, 2011, p.737

Terminado este ponto, damos início ao último capítulo da presente dissertação que se consubstancia na tentativa de aplicação da teoria da falta do serviço aos incêndios de junho e outubro de 2017: há ou não possibilidade de imputação de responsabilidade ao Estado por funcionamento anormal do serviço quanto aos incêndios de 2017?

Não revelando desde já qual a resposta a que chegamos, deixamos essas considerações finais para o fim do último capítulo e para as conclusões.

Enquadramento Jurídico-constitucional da Responsabilidade Civil Administrativa em Portugal

“A irresponsabilidade do Estado, é possível dizê-lo com absoluta segurança, é doutrina destinada a desaparecer.” (José de Aguiar Dias)²

O caminho da responsabilização do Estado pelos seus atos e omissões caracterizou-se, ao longo dos tempos, como um trilha longo, tortuoso e cheio de obstáculos.

Inicialmente, foi necessário superar o velho dogma da irresponsabilidade do Estado assente na ideia que soberania e responsabilidade eram conceitos antagónicos e excludentes entre si. A célebre afirmação de construção jurisprudencial anglo-saxónica “The King can do no wrong” traduz claramente a conceção pré-liberal da soberania como fonte de irresponsabilidade do Estado³.

Com a formação do conceito de Estado de Direito e o abandono de uma posição abstencionista, a crescente intervenção da AP na vida económica e social reclamava novas soluções.

No nosso ordenamento jurídico, bem como na maioria dos países europeus que conosco partilham um sistema de administração executivo, a responsabilidade civil dos poderes públicos começou por ser pensada no contexto do direito privado⁴ mas rapidamente a ideia de “irresponsabilidade pública, responsabilidade privada”⁵ tornou-se insustentável perante a constante evolução da AP no sentido da descentralização, do intervencionismo e da multiplicidade dos poderes públicos.

Percorrendo de forma breve a evolução do princípio da responsabilidade estadual em Portugal, é com a nossa primeira Constituição (1822) que se rompe com o vetusto princípio da irresponsabilidade do Estado. O seu art. 14.º previa a responsabilização dos funcionários públicos pelos “erros de ofício e abusos de poder” no exercício das suas

²Cfr. JOSÉ AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade Civil*, Vol. II, 6ª Ed., Rio de Janeiro, p. 227;

³Cfr. MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade civil da administração por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado*, STVDIA IVRIDICA 52, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 14.

⁴Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, «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 Derecho Administrativo*, Madrid/Barcelona, p. 39. A este propósito o autor refere a impossibilidade do poder público ser responsabilizado enquanto tal mas que em determinados casos, o lesado conseguia ser ressarcido através de mecanismos como o “Fisco” ou então por atuações ilícitas dos agentes públicos numa relação de paridade com os demais cidadãos.

⁵*Idem*.

funções⁶, a que a maioria da doutrina se refere como a positivação de um “princípio geral de responsabilidade – pessoal e exclusiva – dos titulares dos cargos públicos e agentes”⁷.

À semelhança desta, a Carta Constitucional de 29 de abril de 1826 consagrou um princípio de responsabilidade dos funcionários públicos por “abusos e omissões praticados no exercício dos poderes”⁸. O mesmo princípio veio a refletir-se, novamente, na Constituição subsequente de 1838.

Até esse momento, o legislador constituinte fez questão de garantir, em todas as leis fundamentais mencionadas, o direito ao cidadão de expor qualquer violação da Constituição e exigir a respetiva responsabilidade do infrator.

Com a Constituição de 1911, a tendência inverte-se, não se consagra um princípio geral de responsabilização dos agentes públicos por atos ilícitos praticados no exercício das suas funções mas o direito à exposição de infrações à lei constitucional mantém-se.

Por sua vez, a Constituição de 11 de abril de 1933 não continha qualquer referência à responsabilidade dos empregados públicos, ocupando-se, apenas, de elencar os direitos e garantias individuais dos cidadãos portugueses, entre eles, o direito à reparação pecuniária no âmbito de uma lesão efetiva desde que tal direito tivesse previsão em lei própria.

Não obstante, é a partir dos anos trinta que se começa a caminhar, em Portugal, no sentido de responsabilização da Administração enquanto aparelho organizativo público, dotado de prerrogativas de autoridade e capaz de causar danos aos cidadãos com a sua atividade.

O Código Civil de Seabra (1867), na sua versão original, previa a responsabilidade pessoal dos funcionários públicos por danos e perdas provocados ao abrigo de atos que excedessem as suas atribuições, atos pelos quais respondiam como qualquer cidadão (art. 2400.º). Nos demais casos, nem o Estado nem os funcionários eram responsáveis pelos prejuízos causados no desempenho das obrigações impostas por lei (art. 2399.º).

Assim se manteve até à publicação do DL n.º 19 126, de 16 de dezembro de 1930, que procedeu à revisão do CC e passou a consagrar a responsabilidade solidária do Estado

⁶Tanto “erros de ofício” como “abusos de poder” são expressões que demonstram uma relação clara de dependência entre o ato ilícito e o exercício das funções do agente público, de acordo com MARIA JOSÉ MESQUITA, “Da responsabilidade civil extracontratual da Administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente”, in *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 88.

⁷Cfr. MARGARIDA CORTEZ, ob. cit., p. 11; MARIA JOSÉ MESQUITA, ob. cit., p. 88.

⁸Cfr. MARGARIDA CORTEZ, ob. cit., p. 12.

com os seus agentes e funcionários pelas perdas e danos causados no exercício das suas funções.

É também por volta deste período que surge o Código Administrativo de 1936 (alterado e republicado, posteriormente, em 1940) que passa a estabelecer a responsabilidade das autarquias locais.

Mas é apenas com a Constituição de 1976 que se consagra constitucionalmente, pela primeira vez, o princípio da responsabilidade do Estado e demais entes públicos, no seu original art. 21.º, atual art. 22.º. Não entrando em questões de difícil resposta⁹, é claro que o legislador constituinte pretendeu estatuir como princípio fundamental a responsabilização do Estado e demais entidades públicas pelos atos praticados no exercício da função administrativa que violem direito, liberdades e garantias ou causem prejuízo a quem não tem o ónus de os suportar.

Acresce o atual art. 271.º da CRP que prevê a responsabilidade dos funcionários, agentes do Estado e demais entidades públicas pelas “ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício”. Este artigo impõe a presença de um ato funcional e aparenta ter apenas em vista a responsabilidade pelo exercício da função administrativa¹⁰. É, ainda, através deste artigo que a CRP proíbe a garantia administrativa, tradicional mecanismo da AP que assegurava a proteção dos funcionários perante ações criminais ou civis propostas contra eles, ao fazer depender a possibilidade de responsabilização de uma autorização do Estado.

De uma forma geral e sucinta, estão lançadas as bases para a construção de um regime legal de responsabilidade da Administração.

A edificação deste regime toma os seus primeiros passos através de dois diplomas fundamentais¹¹: o CC de 1966 e o DL n.º 48 051, de 21 de novembro de 1967. O primeiro ocupou-se da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas por atos de gestão privada quando os órgãos, agentes e funcionários atuem sob as vestes de direito privado, ao passo que o segundo, veio, de forma inovadora, versar sobre a

⁹Consagra este artigo uma responsabilização apenas pela função administrativa ou abarca também a responsabilidade pela função judicial e legislativo-política? E ainda, refere-se este apenas à responsabilidade derivada de factos ilícitos e culposos ou abarca também uma responsabilidade objetiva? A este propósito, cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed., Coimbra Editora, 2007, p.430 e ss.; MARGARIDA CORTEZ, ob. cit., p. 12; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p.211.

¹⁰Uma vez que a responsabilidade dos juizes pelo exercício da função jurisdicional encontra-se previsto no art. 216.º da CRP e a responsabilidade dos titulares de cargos políticos pelo exercício da função política no art. 117.º. Cfr. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, ob. cit., p. 634.

¹¹Cfr. VIEIRA ANDRADE, ob. cit., p. 46.

responsabilidade do Estado e demais entidades por atos de gestão pública. E é este último domínio que mais nos interessa.

O DL n.º 48 051 concretizou legalmente o princípio geral da responsabilidade da AP. De acordo com este, sempre que um facto ilícito danoso fosse praticado por um agente ou titular de um órgão, no exercício de atividades públicas, haveria sempre lugar a responsabilidade da AP, variando de acordo com o grau de culpa dos agentes ou titulares. Assim, a responsabilidade seria exclusiva da AP, em casos de culpa leve (com possibilidade de direito de regresso se estivermos perante casos de culpa grosseira) e solidária, quando o facto ilícito funcional fosse praticado com dolo. Fora estes casos, mantinha-se a responsabilidade pessoal e exclusiva do titular do órgão ou agente quando o ato ilícito extravasasse as funções atribuídas ou seja praticado por motivos meramente pessoais.

Ora, apesar do DL em análise se ter revelado como um importante marco de vanguarda perante o direito então vigente¹², a verdade é que o mundo e a sociedade estão em permanente mutação o que, inevitavelmente, tem repercussões ao nível do ordenamento jurídico, tornando, na maioria dos casos, legislação pertinente em considerações obsoletas e insuficientes à luz das novas exigências sociais.

Uma das principais lacunas que este DL apresentava era a ausência total da possibilidade de responsabilização por falta de serviço, isto é, não continha nenhuma solução que se pudesse aplicar a situações que, apesar da clara necessidade de responsabilização da AP por um dano provocado a um particular que não tem a obrigação de o arcar, não era possível identificar e individualizar o responsável pelo comportamento lesivo e como tal não era possível encaixar esta situação em nenhum dos casos da responsabilidade civil extracontratual do Estado¹³.

Acresce que a CRP ao estabelecer, no seu art. 22.º, como princípio geral a solidariedade entre o Estado e os seus órgãos, agentes ou representantes, tornou o DL em parte inconstitucional¹⁴ pelo que a necessidade de adoção de uma nova legislação, mais consciente da realidade administrativa, apta a resolver os problemas e em total consonância com a nossa CRP, tornou-se evidente.

¹²Cfr. FREITAS DO AMARAL, «Problemas Gerais – Colóquio sobre “A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado”», in *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado - Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra Editora, 2002, p.45.

¹³Neste sentido, FREITAS DO AMARAL (*Idem*) que realça a magna lacuna do DL em causa e a importância que a previsão e regulação da teoria da falta do serviço assume.

¹⁴Era este o entendimento da doutrina maioritária. Cfr. FREITAS DO AMARAL, ob. cit., p.46; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, ob. cit., p.436; e MARIA JOSÉ MESQUITA, ob. cit., p.59.

Por fim, a revogação do DL urge, também, por imposição europeia. Efetivamente, o direito europeu compreende soluções claras no que toca à responsabilização pública, previstas nas diretivas n.º 89/665/CE, de 21 de dezembro de 1989 e n.º 82/13/CEE, de 25 de fevereiro de 1992, diretamente aplicáveis entre nós pelos tribunais pelo que o Estado Português deve adaptar as suas soluções nacionais à medida das europeias¹⁵⁻¹⁶.

O Atual Regime da Responsabilidade do Estado e demais entidades Públicas

“(...) A LRCEE¹⁷ veio não apenas responder aos imperativos do Estado de Direito, mas também assegurar – dando cumprimento ao Estado Constitucional português – a proteção adequada de quem é lesado pela atuação ilícita das entidades públicas(...)”
(Manuel Afonso Vaz e Catarina Botelho)¹⁸.

Âmbito objetivo, subjetivo e material

Hoje, o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas encontra-se regulado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, alterada em 17 de julho pela Lei n.º 31/2008. Esta revogou o DL 48051, de 21 de novembro de 1967 que, como mencionado, com o passar dos anos mostrou-se desatualizado e lacunoso.

O RRCEE pretendeu dar uma resposta necessária e eficaz a todas as dificuldades que se levantam na problemática da aferição da responsabilidade do Estado e demais entes. Começou por romper com o tradicional paradigma do anterior DL, ao passar a ser aplicável às várias funções do estado: (i) função administrativa [regulada entre o artigo 7.º a 11.º]; (ii) função jurisdicional [art. 12.º a 14.º] e função política-legislativa [artigo 15.º]. Quanto à função administrativa, o dano pode ocorrer tanto através de uma conduta ilícita, como de uma lícita (indenização pelo sacrifício) ou ainda, resultar do risco inerente a certa atividade que a AP leve a cabo.

¹⁵Cfr. TIAGO VIANA BARRA, “Mecanismos de Tutela pela Violação de direitos fundamentais pelos poderes públicos”, in *RDP*, Ano III, n.º 6, 2011, pp.225-226.

¹⁶A Comissão, durante o período de elaboração e aprovação da Lei n.º 67/2007, chegou a mover uma ação por incumprimento a Portugal que culminou numa condenação do Estado Português (processo n.º C-275/03). Por não ter tomado as necessárias medidas no seu devido tempo, o Estado português foi, ainda, condenado ao pagamento de uma sanção pecuniária compulsória diária (processo n.º C-70/06).

¹⁷Sigla utilizada pelos autores *infra* referidos e que diz respeito ao RRCEE.

¹⁸Cfr. MANUEL AFONSO VAZ e CATARINA BOTELHO, “Comentário às disposições introdutórias da Lei n.º 67/2007”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica, Lisboa, 2013,p.39.

O legislador optou por uma formulação positiva do conceito de função administrativa como método distintivo face às demais funções geradoras de responsabilidade do Estado¹⁹. Segundo o art. 1.º, n.º 2²⁰, os dois critérios caracterizadores da função administrativa são o exercício de prerrogativas de poder público e a sujeição a um regime de direito administrativo.

O exercício de prerrogativas de poder público traduz-se na faculdade de uma entidade, de forma unilateral, editar normas jurídicas, produzir efeitos com repercussão imediata na esfera jurídica de terceiro e ter ao seu dispor, sempre que necessário, meios coercivos para executar as suas decisões²¹. É de assinalar que a função administrativa não envolve somente a atividade jurídica mas também a atividade material, ligada à qualidade da AP enquanto corpo responsável pela prestação de determinados serviços à sociedade e pela satisfação de necessidades coletivas, tarefas que persegue numa posição de supremacia face aos particulares²².

Quanto à sujeição a um regime de direito administrativo, o número exige que a entidade seja regulada por “disposições ou princípios de direito administrativo.”. Este último preceito aparenta ter a intenção de delimitar a aplicação deste regime a pessoas de direito privado.

Ao contrário do que acontece com o novo regime, o antigo DL distinguia entre os dois tipos de atos da AP com as inerentes diferenças de regime aplicável: caso estivéssemos perante um ato de gestão pública, a responsabilidade administrativa por este ato era regida por disposições de direito público e o tribunal competente era o tribunal administrativo, ao passo que nos atos de gestão privada, apenas as disposições de direito privado vigoravam e a responsabilidade era efetivada nos tribunais judiciais. O RRCEE eliminou esta distinção e trouxe à baila um grande debate doutrinal sobre se este é somente

¹⁹A presente dissertação deixará de parte a análise à função político-legislativa e judicial e focar-se-á apenas função administrativa do Estado por ser esta a mais relevante para o tema da tese. Note-se, apenas, que em relação à função jurisdicional é aplicável o regime da função administrativa, exceto nos casos expressamente previstos por lei.

²⁰Alertamos para o facto de que, ao longo desta dissertação, sempre que um determinado artigo não se fizer acompanhar da menção do respetivo diploma é porque este pertence ao RRCEE.

²¹CARLOS CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas Anotado*, 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p.35.

²²Neste sentido, CARLOS CADILHA, *idem*, que defende que mesmo nos domínios de prestação e satisfação de necessidades coletivas de caráter cultural ou material ou de produção de bens e serviços, é frequente a atribuição à AP de poderes, nomeadamente a aptidão de configurar unilateralmente certos aspetos da vida dos cidadãos. Aposto a este entendimento, ALEXANDRA LEITÃO (*in 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*, 2011,p.5) considera a norma redutiva ao utilizar o conceito de “prerrogativas de poder” porquanto esta, nas suas tarefas de prestação, aparece despida de poderes de autoridade.

aplicável aos atos de gestão pública ou se, inovadoramente, é aplicável aos atos de gestão privada.

O art. 1.º, n.º2 encarrega-se da delimitação da função administrativa e parece restringir a aplicação do RRCEE aos atos de gestão pública ao exigir o exercício de poderes de autoridade ou a sujeição a um regime de direito público.

Mas, se prestarmos particular atenção à complexidade do direito administrativo, encontramos o art. 2.º, n.º 3 do CPA que diz serem aplicáveis a qualquer atuação da AP, mesmo de gestão privada ou meramente técnica, os princípios gerais da atividade administrativa e normas presentes no CPA. Ou seja, hoje, toda a atividade administrativa é regulada, de forma mais ou menos direta, por disposições ou princípios de direito administrativo pelo que, o RRCEE aplica-se à generalidade de ações e omissões administrativas²³.

Acresce o atual art. 4.º, n.º1, al.g) do ETAF que alargou a competência dos tribunais administrativos a todas as questões de responsabilidade civil administrativa extracontratual, inclusive aos atos praticados sob um regime de direito privado.

Não obstante, se a intenção do legislador fosse, claramente, a de romper com uma longa tradição e sujeitar os atos de gestão privada da Administração ao RRCEE e não ao regime do CC, teria assumido tal posição de forma expressa²⁴.

Abraçamos neste ponto, o entendimento de FILIPA CALVÃO, e terminamos da mesma forma dizendo que, “por um argumento de igualdade de razão, também aqui se conclui pela restrição do âmbito de aplicação do presente regime às pessoas coletivas privadas apenas na sua atividade pública”²⁵.

Quanto ao seu âmbito subjetivo, a responsabilidade civil extracontratual imputável ao Estado e às demais entidades públicas não se esgota nestes mas pode também resultar da responsabilidade dos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes.

Em primeiro lugar, este diploma é aplicável ao Estado e demais pessoas coletivas públicas, ou seja, para além do Estado, no âmbito das atividades legislativas, jurisdicional e administrativa, estão também sujeitas a este regime as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, quanto às atividades legislativa e administrativa, bem como, no contexto

²³Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos”, in *RLJ*, ano 137º, Coimbra, 2008, p.361.

²⁴Cfr. FILIPA CALVÃO, “Comentário ao artigo 1º”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica, Lisboa, 2013,p.63.

²⁵*Idem*.

da atividade administrativa, as entidades administrativas independentes, os institutos públicos, as entidades públicas empresariais ou empresas locais, os municípios e as freguesias, os consórcios administrativos e as ordens profissionais²⁶.

Em segundo lugar, este regime pauta a responsabilidade dos titulares de órgãos, funcionários, agentes públicos e demais trabalhadores ao serviço das entidades públicas²⁷ quando a sua conduta, positiva ou negativa, geradora de um dano tenha sido praticada no exercício da função administrativa e por causa desse exercício (art. 1.º, n.ºs 3 e 4).

Por fim, por força do art. 1.º, n.º 5, podemos incluir, ainda, neste vasto leque de entidades, pessoas coletivas de direito privado e respetivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares mas apenas pelos danos decorrentes do exercício da função administrativa.

Assim, o RRCEE aplica-se às pessoas coletivas de direito privado na estrita medida em que exerçam a função administrativa. Como salientam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA²⁸, o que está aqui em causa é uma ação ou omissão jurídica-pública, ou seja, não releva, em princípio, qual a relação orgânica ou a relação jurídica de emprego que vincula o agente público mas sim se este desempenha uma atividade jurídico-pública²⁹. O que parece ser o limiar do inegável é o seguinte: sempre que uma determinada atividade satisfaça, ou pelo menos, contribua para o interesse público e não um determinado e específico interesse particular, mesmo que sob as vestes do direito privado, a atividade deve ser considerada jurídica-pública para efeitos de responsabilização³⁰.

Têm-se aqui em vista as pessoas coletivas de direito privado que exercem a função administrativa, seja porque foram desde logo instituídas por entidades públicas com essa incumbência, ou porque, embora sendo entidades puramente privadas, a lei delegou nelas o exercício de poderes públicos ou a AP, recorrendo aos institutos da concessão, as incumbiu de exploração de bens, obras ou serviços públicos³¹.

²⁶Cfr. FILIPA CALVÃO, ob. cit., p.65.

²⁷De agora em diante passaremos a utilizar a seguinte designação substitutiva, “agentes administrativos”, por uma questão de comodidade e necessidade de síntese.

²⁸Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob.cit., p.434.

²⁹ Sob o conceito de jurídico-público existem várias teorias, como a teoria da subordinação, dos interesses ou da sujeição, que deixaremos mais profundo desenvolvimento para outras lides.

³⁰ Já se mostra excessivo equiparar aos titulares dos órgãos, funcionários e agentes, as entidades privadas que atuam no exercício privado de funções públicas, como é o caso dos notários, que enquanto entidades privadas exercem poderes públicos mas atuam em nome próprio e como tal, responderão diretamente pelos danos que causem.

³¹Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo. O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 483.

Ficam assim de fora do âmbito da RRCEE os atos praticados fora do exercício das funções, enquanto atos pessoais e os atos que, embora praticados no exercício das funções, não encontram neste desempenho a sua razão de ser³².

Como ressalva CARLOS CADILHA³³, a distinção entre atos pessoais e atos funcionais não contende no já abordado dilema da diferenciação entre atos de gestão privada e atos de gestão pública para efeitos de aplicação do RRCEE. Ou seja, os tribunais administrativos apenas têm competência para aferir responsabilidade de atos de agentes administrativos que possam ser imputados às respetivas entidades públicas (atos funcionais), ainda que esses comportamentos, pelas circunstâncias do caso concreto, possam estar submetidos a um regime de direito privado ou de direito público. Estamos perante atos que possuem uma conexão com a função administrativa, por visarem, em primeira linha, a satisfação de interesses próprios da AP, não obstante os meios especificamente utilizados para a realização do interesse público. Ao passo que, os atos pessoais, por dizerem apenas respeito à vida privada do respetivo autor e visarem a prossecução de interesses particulares, nada têm a ver com a AP e ficam sujeitos à competência dos tribunais judiciais e ao regime da responsabilidade civil constante do CC.

Diferente é a questão de saber se os agentes administrativos podem ser responsabilizados direta ou indiretamente, ponto analisado nos capítulos seguintes.

Pressupostos da responsabilidade administrativa por facto ilícito

O art. 7.º do RRCEE inicia a disciplina jurídica da responsabilidade civil pelo exercício da função administrativa ao discorrer sobre os requisitos de verificação obrigatória para que o dever indemnizatório se gere na esfera jurídica do Estado. Esta responsabilidade assenta em dois pilares que delimitam o campo de atuação deste: por um lado, a vinculação da AP aos direitos fundamentais e o necessário respeito pelas posições jurídicas subjetivas dos particulares e por outro lado, o princípio da legalidade³⁴.

Tal como no direito civil, também a responsabilidade da AP se afere através da verificação cumulativa de cinco pressupostos: facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano

³²Cfr. PAULO OTERO, “Responsabilidade civil pessoal dos titulares de órgãos, funcionários e agentes da administração do Estado”, in *La Responsabilidad Patrimonial de los poderes*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999, pp.493-494.

³³Cfr. CARLOS CADILHA, ob. cit., p. 44.

³⁴ Cfr. GUILHERME DA FONSECA/MIGUEL BETTENCOURT DA CÂMARA, *A Responsabilidade civil dos poderes públicos – a responsabilidade do legislador, do “juiz” e da administração Pública e a Acção contra o Estado*, 1ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 55.

e o nexó de causalidade³⁵. Cumpre-nos discorrer sobre cada um dos requisitos de forma breve.

i. Facto voluntário

O elemento básico da responsabilidade é o facto do agente³⁶ - facto humano dominável pela vontade - pois só em relação a este tipo de ato é possível formular um juízo de culpa, de ilicitude e de obrigação de reparação do dano.

Este facto do agente tanto pode consistir numa ação como numa omissão. No contexto da AP, as ações consubstanciam-se em atos administrativos, regulamentos e outras atuações administrativas³⁷, típicas ou informais, ao passo que a omissão se caracteriza na abstenção, por parte da AP, da adoção de determinado ato ou comportamento devido.

Em relação à prática de determinado comportamento (ação), a *ratio* subjacente ao dever indemnizatório resta no dever geral de abstenção ou não ingerência, que obriga a AP a não lesar efetivamente as posições jurídicas subjetivas de outrem. Ao passo que, em relação às omissões, está em causa a omissão de um dever de praticar determinado ato ou adotar certo comportamento.

A omissão pode apresentar-se como uma situação de inércia ou pura inatividade³⁸ ou então na falta de uma determinada atividade jurídica (como por exemplo, o Governo não praticou determinado ato jurídico devido) ou atividade material. Mas não é toda e qualquer omissão da AP que dará origem a um direito indemnizatório para o lesado mas apenas aquela que é devida. Ou seja, devemos entender que a omissão é a causa do dano sempre que haja o dever jurídico de ação que, caso fosse cumprido, seguramente ou com muita probabilidade, teria impedido a consumação do dano³⁹.

No âmbito da AP, torna-se notório a relevância acrescida que as omissões ganham no apuramento da sua responsabilidade face ao direito civil, uma vez que são numerosas as exigências e normas que lhe impõe um dever de atuação, desde que devidamente caracterizadas.

³⁵É jurisprudência pacífica e unânime do STA que a responsabilidade do Estado e demais entidades públicas por facto ilícito assenta nestes cinco pressupostos. Cfr. Acs. do STA de 10/10/2000, recurso n.º 40576; de 12/12/2002, recurso n.º 1226/02; e de 6/11/2002, recurso n.º 1311/02, disponíveis em www.dgsi.pt.

³⁶ Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 7ª Ed., Almedina, 1991, p. 517.

³⁷Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 1ª Ed., Dom Quixote, Lisboa, 2008, p. 20.

³⁸ A este propósito, CARLOS CADILHA (ob.cit., p.146), fala da falta de ação devida e que, nesse sentido, se pode falar da existência de uma responsabilidade *in omittendo* ou uma responsabilidade *in vigilando*.

³⁹Cfr. ANTUNES VARELA, ob.cit., p. 518.

Vejamos alguns dos exemplos que MARIA DA GLÓRIA GARCÍA⁴⁰, tão oportunamente, dá que tornam claro as repercussões prejudiciais e nefastas que a omissão de deveres de agir por parte da AP pode ter na vida dos cidadãos: a não realização de serviços públicos, seja o não leccionamento de uma determinada disciplina numa escola pública ou a falta de prestação de cuidados médicos num hospital por carência de médicos especialistas ou a ausência de fiscalização de uma determinada obra pública que se vem a mostrar deficientemente construída. Mesmo a nível da organização da AP, a inobservância de deveres de ação por parte das entidades públicas, pode ter consequências na vida dos particulares, veja-se o caso do não exercício da superintendência ou da passividade da AP perante infrações disciplinares.

Por fim, interessará relevar as palavras de RAQUEL CARVALHO⁴¹ que reconduz muitos dos casos de inobservância do dever legal de agir ao instituto da responsabilidade por funcionamento anormal do serviço, previsto nos n.ºs 3 e 4 do art. 7.º, tema objeto da dissertação em causa.

Ressalvam-se apenas os seguintes aspetos, ato voluntário não se confunde com o ato querido pois o que nos importa, para efeitos de preenchimento do requisito, é a mera possibilidade de controlar o ato ou a omissão e não se a conduta foi pensada ou pré-determinada⁴² e é de notar que ficam excluídos para efeitos de responsabilidade, os casos naturais (de força maior ou de circunstâncias fortuitas) e os atos reflexos ou praticados sob coação física⁴³.

ii. Ilicitude

A AP deve conduzir toda a sua atuação com base num princípio que assume particular relevância neste ponto: o princípio da legalidade.

A ilicitude traduz-se numa conduta desconforme ao bloco de legalidade que rege toda a atividade administrativa. O art. 9.º do RRCEE define como ilícitos todos os atos que “violem disposições ou princípios, constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado, e de que resulta a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos” (n.º1) bem como aqueles cuja ofensa do

⁴⁰Cfr. MARIA GLÓRIA GARCIA, “A responsabilidade civil da Administração Pública pela inactividade”, in *La Responsabilidad Patrimonial de los poderes públicos*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999, p.353.

⁴¹Cfr. RAQUEL CARVALHO, “Comentário ao art. 7.º”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica, Lisboa, 2013, p.173.

⁴²Cfr. ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 520.

⁴³Cfr. MARCELO R. SOUSA e ANDRÉ S. MATOS, ob.cit.,p.20.

direito ou interesse legalmente protegido, resulte do funcionamento anormal do serviço (n.º2).

O legislador optou por proceder a uma ampliação do conceito de ilicitude⁴⁴. É aqui que MÁRIO AROSO DE ALMEIDA chama a atenção para uma clara influência do direito francês sob a configuração do conceito de ilicitude no RRCEE, na medida em que não só estamos perante um facto ilícito quando se verifica uma violação do bloco legal ou regulamentar mas também quando exista uma violação dos deveres objetivos de cuidado que ao agente se impõe. Note-se que, em termos muito idênticos, o direito francês preenche o conceito de *faute* como a violação consciente de um dever ou de uma obrigação impostas pela ordem jurídica, que tanto se pode demonstrar através da inobservância de deveres legalmente ou regulamentarmente impostos bem como na violação do dever geral de conduta prudente, que decorre genericamente do dever de não prejudicar outros com a própria conduta⁴⁵. O primeiro é aferido objetivamente, bastando-se a violação das regras específicas de conduta para que se reconheça a existência de *faute*, ao passo que o segundo remete para a conduta do agente concreto e o juízo de censura que poderá ser exercido sob este, tendo em conta o modelo ou o padrão médio que lhe era exigido.

Apesar do nosso ordenamento jurídico encarar com gravidade a violação de um dos princípios últimos da AP, o respeito pela legalidade, não se trata, entre nós, de uma responsabilidade aferida objetivamente mas com recurso a uma presunção de culpa (prevista no art. 10.º, n.º1) que onera de forma gravosa a entidade pública mas permite que esta demonstre que, embora tenha agido de forma ilegal, adotou a conduta que lhe era exigível.

Tal demonstra que existe, desde logo, uma diferença substancial entre os dois ordenamentos jurídicos que impede a afirmação de uma influência plena do direito francês sob o direito português: entre nós, a culpa é um requisito singular da ilicitude, ao passo que no direito francês, a ilicitude e a culpa residem, simultaneamente, no conceito de *faute*.

O que importa ressaltar a este propósito é que, para além da sua autonomia face aos demais requisitos, não é qualquer violação de normas ou deveres objetivos de conduta

⁴⁴Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Comentário ao artigo 9º”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica, Lisboa, 2013, p. 242.

⁴⁵*Ibidem*, p.243

que constitui, só por si, um facto ilícito, é necessário que da violação dessas regras resulte a ofensa dos direitos e interesses de outros⁴⁶. A doutrina clássica distingue uma ofensa de direito de uma ofensa de interesses legalmente protegidos⁴⁷ mas como oportunamente refere CARLOS CADILHA⁴⁸, com a evolução do direito e a constante menção de ambos os conceitos de forma indistinta, seja pelo legislador constituinte seja pelo legislador ordinário, faz com que, hoje em dia, se venha a admitir que, não obstante a diferença de conteúdo que os separa, estão no fundo sujeitos a um único e indiferenciado regime de proteção, tanto no plano procedimental como no plano contencioso⁴⁹.

Cumpre-nos referir que a propósito do art. 9.º, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA aponta para a consagração de três tipos de ilicitude: (i) a ilegalidade, (ii) a inobservância dos deveres de cuidado, e o (iii) funcionamento anormal do serviço⁵⁰.

Destaque particular para a terceira modalidade que o art. 9.º, n.º 2 prevê como “funcionamento anormal dos serviços”. Trata-se aqui da importação de um novo conceito para o nosso ordenamento jurídico que permite dar resposta e proteger o lesado nas situações em que não é possível apurar qual o agente administrativo responsável pelo dano, seja porque a individualização desse agente é impossível, seja porque a responsabilidade se dilui nas diversas tarefas da máquina administrativa. De qualquer das formas, tendo em conta as circunstâncias concretas e os padrões médios de resultado, era razoavelmente exigível ao serviço a adoção de uma conduta suscetível de não ter causado ou ter evitado os danos produzidos.

iii. Culpa

A culpa traduz-se na formulação de um juízo de censura a um comportamento de um determinado agente quando este não agiu de acordo com o padrão de conduta e a diligência que a lei lhe impõe. Este juízo de censura representa, assim, “um desvalor atribuído pela ordem jurídica ao facto voluntário do agente, que é visto como axiologicamente reprovável”⁵¹.

Ora, a maioria da doutrina administrativa fala de uma tendência clara do nosso ordenamento jurídico para a objetivação da culpa ou do predomínio da ideia de ilicitude

⁴⁶*Ibidem*, p. 241.

⁴⁷Direito subjetivo traduz-se num “interesse individual diretamente protegido pela norma” ao passo que o interesse legalmente protegido consubstancia-se um “interesse individual reflexamente protegido pela norma”. Cfr. CARLOS CADILHA, ob. cit., p. 182.

⁴⁸*Idem*.

⁴⁹*Ibidem*, p. 183.

⁵⁰Cfr. MÁRIO A. DE ALMEIDA, ob.cit., p.242 e ss.

⁵¹Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações. Vol. I – Introdução. Da Constituição das Obrigações*, 13ª Ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 280.

sobre a de culpa⁵² no domínio da responsabilidade da AP por facto ilícito, através da consagração de mecanismos que desvalorizam o juízo de censura ético-comportamental de um determinado agente face ao requisito da ilicitude⁵³.

Não obstante, a verdade é que o legislador ainda configura a culpa como um requisito autónomo da ilicitude e confere-lhe um importante papel no âmbito da responsabilização da AP: repartir a responsabilidade entre o Estado e demais entidades públicas e os seus agentes administrativos (art. 8.º).

A culpa apresenta duas modalidades: o dolo e a negligência. A primeira caracteriza-se pela vontade ou intenção de praticar determinado ato danoso e a segunda pela violação, consciente ou inconsciente, de deveres objetivos de cuidado⁵⁴.

O dolo pode ser direto (quando a produção daquele resultado danoso era o motivo primário na adoção da conduta ilícita), necessário (quando o agente, apesar de pretender a produção de um resultado diferente do danoso, aceita este último como consequência necessária) ou eventual (quando o agente tem como possível a verificação do resultado danoso e aceita essa possibilidade). A negligência, por sua vez, subdivide-se em leve (o agente não previu o resultado danoso como possível) ou grave (o agente representou o resultado danoso como possível mas conformou-se com a sua não verificação).

É de acordo com o comportamento concreto de cada um dos agentes administrativos e a modalidade de culpa em que se inserem que se determina quem ou quais são os sujeitos sob quem recai a obrigação de indemnizar e em que extensão. Importa a este nível articular o art. 7.º com o art. 8.º para determinar os casos em que há uma responsabilidade exclusiva da AP (quando o agente age com culpa leve) e os casos em que a AP só responde a título de solidariedade (quando o agente atua com dolo ou diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontrava obrigado). Nestas situações, o art. 8.º determina que os agentes administrativos são diretamente responsáveis pelos prejuízos causados e a AP goza de direito de regresso sob estes.

Inovadoramente, o RRCEE estabelece, no seu art. 10.º, duas presunções de culpa leve quanto à prática de atos jurídicos ilícitos e ao incumprimento de deveres de vigilância (independentemente da possibilidade de demonstração posterior de dolo ou culpa grave).

⁵²Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “Panorama geral...”, cit.,p. 45.

⁵³Cfr. *Idem*; CARLA AMADO GOMES, Riscando a culpa do mapa da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas?, in *RCEJ*, n.º 2, Lisboa, 2014, p.205; RUI MEDEIROS, “Comentário ao artigo 10.º”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica, Lisboa, 2013, p. 266.

⁵⁴Cfr. MARCELO R. SOUSA e ANDRÉ S. MATOS, ob.cit.,p. 26.

Também de forma inédita, o RRCEE corta com as amarras civilísticas que o anterior DL estabelecia quanto à aferição da culpa. No passado, o DL n.º 48 051 remetia para o art. 487.º do CC como parâmetro de aferição da culpa dos agentes administrativos - o velho critério civil da diligência do homem médio ou do *bonus pater familias*. Hoje, o RRCEE adota como bitola o critério da diligência de um funcionário médio, ou seja, a conduta dos servidores administrativos afere-se tendo em conta a especial qualidade da pessoa que praticou o ato (titular do órgão, funcionário, agente...) uma vez que é nesta qualidade que o seu comportamento deve ser avaliado, tendo em conta padrões de competência técnica, profissionalismo e eficiência que devem estar presentes em qualquer atuação administrativa⁵⁵.

iv. Dano

Só pode existir obrigação de indemnizar se, do outro lado, existir um dano sofrido. Isto é, não basta que um determinado agente tenha praticado um ato censurável ou eticamente reprovável para que nasça responsabilidade para o agente administrativo, é necessário que esse ato tenha gerado um prejuízo ou um dano a alguém.

Segundo MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, dano é definível como “a diminuição ou extinção de uma vantagem que é objeto de tutela jurídica”⁵⁶. Os referidos autores dividem o conceito de dano pelas seguintes situações: danos emergentes e lucros cessantes (privação de vantagens que já existiam ou iriam existir na esfera jurídica do lesado), danos presentes e danos futuros (no momento da fixação do montante da indemnização, os primeiros já ocorreram ao passo que os segundos não⁵⁷), e danos patrimoniais e danos não patrimoniais ou morais (caso os danos sejam suscetíveis de avaliação pecuniária ou não).

v. Nexó de causalidade

Por fim, é necessário que o dano possa ser imputado a uma determinada conduta ilícita. Apesar de este pressuposto não se encontrar claramente estipulado no RRCEE, a sua indispensabilidade não levanta problemas uma vez que é claro, não só para nós juristas mas como para todos os cidadãos, que só podemos responsabilizar alguém se e na medida que a sua atuação foi a causa do prejuízo verificado na esfera jurídica do lesado.

⁵⁵Cfr. RUI MEDEIROS, ob.cit., p. 274.

⁵⁶*Idem*.

⁵⁷Atente-se o art. 3.º, n.º3 do RRCEE.

Os nossos tribunais administrativos e a doutrina maioritária adotam a teoria dominante da causalidade adequada⁵⁸ para identificar e delimitar o âmbito dos danos a indemnizar. Esta teoria pressupõe a imputação de uma determinada conduta ao resultado danoso quando fosse previsível que a mesma daria origem ao prejuízo. Perante uma omissão, a conduta omissiva será causa do dano quando esta, em circunstâncias de razoabilidade e normalidade, fosse capaz de impedir a produção do dano. Assim, a averiguação da adequação abstrata do facto a produzir o dano⁵⁹ só pode ser realizada através de uma prognose póstuma, ou seja, um juízo de previsibilidade *a posteriori* do dano, atendendo sempre aos conhecimentos específicos do agente.

Teoria do Funcionamento anormal do serviço ou Falta do serviço

“A possibilidade de os administrados obterem reparação dos danos imputáveis ao poder público é uma peça essencial do Estado liberal; para além do seu valor prático, toda a teoria da responsabilidade reflete uma certa forma de civilização.”

(Jean Rivero)⁶⁰

Breve enquadramento jurídico

Como já mencionado na breve análise introdutória da evolução do princípio da responsabilização do Estado, vigorou durante muito tempo o entendimento de que o poder público era irresponsável pelos danos que pudesse provocar aos particulares, uma vez que era “próprio da soberania impor-se a todos sem compensações”⁶¹.

Nos inícios do século XIX, entendia-se que o vínculo estabelecido entre o funcionário público e o Estado consubstanciava-se num mandato civil segundo o qual apenas os atos que respeitassem a lei e o direito vigente se poderiam considerar imputáveis ao Estado, ao passo que atos ilegais ou contrários aos demais parâmetros jurídicos geravam responsabilidade pessoal⁶². E mesmo esta responsabilidade pessoal nem sempre se verificaria visto existir, nas ordens jurídicas europeias continentais, um sistema de garantia administrativa que impedia a responsabilidade pessoal de um agente administrativo sem autorização.

⁵⁸Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “Panorama geral...”, cit., p. 51.

⁵⁹Cfr. MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 312.

⁶⁰JEAN RIVERO, *Direito Administrativo*, (trad. ROGÉRIO SOARES), Almedina, Coimbra, 1981

⁶¹E. LAFERRIÈRE, cit. por. MARCELO R. SOUSA e ANDRÉ S. MATOS, ob. cit., p. 12.

⁶²Cfr. JOÃO CAUPERS, *Introdução ao direito administrativo*, 9.º Ed., Ancora editora, Lisboa, 2007, p. 252.

Não obstante, a evolução do pensamento jurídico e em especial, do direito administrativo enquanto ramo primígena do direito público, impôs a adoção de uma nova perspectiva que permitisse ao lesado o direito a uma justa compensação, independentemente do estatuto político e social da entidade causadora do prejuízo. O Estado abandona a sua faceta autoritária para passar a assumir-se como um Estado Social, constitucionalmente baseado na divisão de poderes e com maior poder de intervenção, sobretudo nos campos social e económico⁶³.

É neste contexto que a possibilidade de responsabilização do Estado por atos ilícitos de gestão pública surge e que funcionário deixa de responder a título estritamente pessoal, deixando de suportar os encargos indemnizatórios com o seu próprio património

Este princípio foi desenvolvido com base na teoria civilística da responsabilidade, herdando todos os seus requisitos, nomeadamente o da culpa. Assim, a responsabilidade emergente de danos provocados ao abrigo da função administrativa foi construída como uma responsabilidade subjetiva, implicando a existência de um juízo de censura sobre o comportamento do causador do prejuízo por não ter adotado uma outra conduta, não censurável nem danosa⁶⁴. Ou seja, cria-se uma relação estreita entre a possibilidade de responsabilização do Estado e demais entidades e a culpa do autor do ato lesivo concreto.

O que se sucede é que, por vezes, não é possível identificar quem é o autor do ato danoso e por conseguinte, em relação a quem se deve apurar individualmente a culpa.

Nestes casos, se aplicássemos rigorosamente os pressupostos da responsabilidade civil, iríamos tropeçar e cair numa situação de gritante injustiça para o lesado pois este, apesar de ter sofrido objetivamente um dano, não poderia ser ressarcido face à impossibilidade do preenchimento do requisito da culpa. Isto é, uma vez que se desconhece ou não se consegue apurar, de forma individual, quem é o autor do dano, não é possível formular um juízo de censura, seja de negligência ou de dolo, o que levaria à não efetivação prática da responsabilidade do Estado. Esta solução não só seria iníqua como contrária aos fundamentos da responsabilidade civil por facto ilícito⁶⁵.

Face à crescente dimensão e complexidade da máquina administrativa, este tipo de situações, atualmente, proliferam na AP pelo que o nosso legislador se preocupou em dar

⁶³Cfr. TIAGO V. BARRA, “A Responsabilidade Civil Administrativa do Estado”, in ROA, ano 71, 2011, p.132.

⁶⁴*Ibidem*, p.139.

⁶⁵Cfr. MARCELO R. SOUSA e ANDRÉ S. MATOS, ob.cit.p. 27.

uma resposta mitigada a esta situação através da consagração de uma responsabilidade cada vez mais objetivada⁶⁶.

É neste contexto que a jurisprudência e doutrina desenvolveram a teoria do funcionamento anormal do serviço ou falta do serviço que se apresenta hoje consagrada no RRCEE e se revela como um novo paradigma de responsabilidade civil da AP.

A teoria do funcionamento anormal do serviço

A teoria do funcionamento anormal do serviço surgiu em França⁶⁷ e traduz-se na possibilidade de imputação de responsabilidade ao Estado e demais entidades públicas por danos decorrentes de um funcionamento anormal do serviço que, tendo em conta o caso concreto, não podem ser imputados a um comportamento individual de um determinado agente⁶⁸. Estamos perante responsabilidade por *faute du service*⁶⁹.

Em Portugal, este modelo de imputação de responsabilidade começou por ser admitido apenas pela jurisprudência que baseava as suas decisões condenatórias em princípios gerais de direito dos quais se destaca a necessidade de dar uma proteção efetiva aos particulares lesados pela atividade pública, mesmo quando não seja possível ou fácil identificar os agentes administrativos envolvidos no caso concreto⁷⁰.

Como referem os reconhecidos autores de direito administrativo, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e VIEIRA DE ANDRADE, este é um dos casos inéditos em que a jurisprudência se sobrepôs e extrapolou a letra da lei e admitiu a responsabilização de entidades públicas através da construção de um conceito que não encontrava reflexo legal. Como ressaltam, num sistema jurídico como o português, é notável que estejamos

⁶⁶Cfr. CARLA A. GOMES, ob. cit., p. 205.

⁶⁷ O princípio da responsabilização deu os seus primeiros passos com os Acs. *Blanco e Pelletier* (1873) que culminaram no ac. *Anguet* (1911). A partir destes, tantos outros contribuíram para a densificação deste conceito, como por exemplo, o Ac. *Lafont* (1967) onde o Conselho de Estado condena a administração local por uma falha grave no dever de informação.

⁶⁸Cfr. MÁRIO A. DE ALMEIDA, “Comentário ao artigo 7º”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica, Lisboa, 2013, p. 218

⁶⁹ Importa a este propósito fazer duas breves distinções recorrentes na doutrina francesa. A *faute du service* não se confunde com *faute personnelle* nem com *faute de service*. *Faute personnelle* diz respeito à responsabilidade pessoal dos agentes administrativos pelos factos ilícitos praticados fora do âmbito das funções. Cfr. GUY BRAIBANT, *Le Droit Administratif Français*, 3ª Ed., Dalloz, Paris, p. 266 e ss.. Por sua vez, *faute de service* distingue-se de *faute du service* por dizer respeito a factos ilícitos praticados por agentes administrativos suscetíveis de serem identificados ao passo que na *faute du service* o facto lesivo deu-se porque um determinado serviço público funcionou mal. Cfr. MARIA J. MESQUITA, ob. cit., p. 49; ROUGEVIN-BAVILL, SAINT MARC, LABETOULLE, *Leçons de droit administratif*, que a este propósito dizem ser indiferente a distinção para efeitos de aplicação do regime da responsabilidade, uma vez que a jurisprudência trata as duas situações de igual forma.

⁷⁰Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “A responsabilidade por danos...”, cit., p. 363.

perante um instituto cuja evolução e limitação de contornos deve-se à nossa jurisprudência.

Trata-se aqui de um verdadeiro “case law”⁷¹ que apenas passados largos anos de começar a ser admitida pelos tribunais administrativos⁷², foi reconhecida normativamente em Portugal.

Hoje, a teoria do funcionamento anormal do serviço ou da falta do serviço encontra-se consagrada no art. 7.º, n.º 3 do RRCEE segundo a seguinte redação:

“ O Estado e as demais pessoas coletivas de direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da ação ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço ”.

Deste modo, o nosso ordenamento jurídico consagra a possibilidade de imputação de responsabilidade ao Estado e demais entes públicas mesmo quando não seja possível ou se mostre de grande dificuldade individualizar o agente administrativo faltoso, bastando-se, neste caso, evidenciar que o serviço público funcionou anormalmente.

Esta evolução normativa visa, essencialmente, a proteção do particular lesado que para levar a cabo a sua pretensão indemnizatória deixa de depender exclusivamente da identificação do agente administrativo responsável para passar a poder dirigir-se diretamente à AP, na medida em que os danos sejam imputáveis a um funcionamento dos serviços abaixo dos parâmetros mínimos exigíveis.

Entre os nossos vizinhos europeus mais próximos (França, Itália e Espanha) esta possibilidade já se encontrava legalmente positivada, em moldes similares mas não coincidentes com os nossos, demonstrando uma tendência clara para a formulação de uma culpa mais objetivada. A este propósito referem os autores naturais destes países⁷³ que a responsabilidade direta da AP permitiu, sem dúvida, uma maior e mais consistente proteção dos particulares ao libertá-los, agilizando os encargos de prova por parte destes, criando uma garantia patrimonial dos cidadãos perante a AP que cobre, não só os danos imputáveis a agentes administrativos que com as suas ações concretas criaram um

⁷¹Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “Panorama Geral...”, cit., p. 47.

⁷²Como são exemplo, os acs. do STA de 16/05/1996, proc. 036075, de 07/12/1999, proc. 044836, e de 10/02/2000, proc. 045191, disponíveis em www.dgsi.pt.

⁷³Cfr. JÉSUS LEGUINA VILLA, “La protección jurídica del administrado: la responsabilidad patrimonial de la Administración”, p.87 e MICHEL FROMONT, “La responsabilité de l’État en droit français”, p.157, ambos in *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado - Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra Editora, 2002; e ELIO CASETA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, 2014, Milano, p. 653.

prejuízo, como também os danos resultantes de um funcionamento impessoal ou anónimo da máquina administrativa.

A teoria do funcionamento anormal do serviço comporta duas modalidades possíveis: a falta coletiva e a falta anónima.

A primeira (*faute collective*) diz respeito às hipóteses em que o dano não resulta de um comportamento concreto de um determinado agente (independentemente, deste ser identificável ou não) mas antes, é atribuível a uma atuação global do serviço, em que a responsabilidade extravasa os limites individuais e dispersa-se por diversos setores ou intervenientes, porventura espalhados no decorrer do tempo⁷⁴. Aqui o dano é imputável a um funcionamento anormal do serviço, considerado como um todo global, uma vez que o dano não se verificaria caso o(s) serviço(s) tivesse agido de acordo com padrões médios expectáveis.

Como exemplo paradigmático de um caso de falta coletiva, a jurisprudência francesa menciona, frequentemente, o caso do cidadão que se dirige a um hospital com uma mera enfermidade benigna de relevo diminuto ou para realizar uma intervenção cirúrgica rotineira e de risco praticamente nulo e é vítima de sequelas graves, sem que seja possível identificar, com exatidão, qual a conduta que deu origem ao dano⁷⁵.

A segunda modalidade (*faute anonyme*) reporta-se às situações em que apesar de o dano ser imputável à ação de um determinado agente administrativo, não é possível provar a autoria pessoal da ação ou omissão ilícita. Não obstante, a existência do dano demonstra uma falha do serviço na medida em que se o agente indeterminado procedesse como deveria este não se verificaria.

Movemo-nos, recorrentemente, nestes casos, no âmbito da omissão de condutas devidas. Atente-se as situações de omissão de sinalização de obstáculos, obras ou depressões na via pública, na boa manutenção dos edifícios ou das estradas ou na conservação do parque arbóreo urbano⁷⁶. Hipóteses aliás que, em larga medida, se encontram compreendidas pela presunção de culpa por incumprimento de deveres de

⁷⁴Cfr. MÁRIO A. DE ALMEIDA, “Comentário ao art. 7.º”, cit., p.221.

⁷⁵Veja-se a este propósito o Ac. do STA de 22/05/2006, proc. n.º 137/05. Já não sobre a problemática hospitalar mas sobre a possibilidade de indemnização a este título por violação do direito de acesso à justiça em prazo razoável, atente-se o seguinte Ac. do TCAN de 22/02/2013, proc. n.º 01945/05.7BEPRT.

⁷⁶Entre os vários Acs. que versam sobre esta temática, veja-se, a título exemplificativo, os seguintes acs. do STA de 09/05/2002, proc. n.º 048077; de 14/10/2004, proc. n.º 0813/04; de 23/09/2009, proc. n.º 0606/09; e de 12/03/2009, proc. n.º 067/09, disponíveis em www.dgsi.pt.

vigilância (prevista no art. 10.º, n.º3) que leva a uma inversão do *onus probandi* a cargo da entidade pública⁷⁷.

A este propósito, VIEIRA DE ANDRADE diz mobilizar-se duas distinções que considera impróprias, por ambas se reconduzirem no fundo a uma falta de serviço⁷⁸, uma vez que estão sempre em causa danos atribuíveis e reveladores de um mau funcionamento do serviço, seja o serviço considerado de forma global seja através de um agente indeterminado, na medida em que se o serviço tivesse agido como deveria os danos não se teriam produzido.

Em suma, o artigo 7.º, n.º 3 consagra uma responsabilidade exclusiva do Estado e demais entidades públicas quando se verifique uma situação de funcionamento anormal do serviço, quer na modalidade de falta anónima quer na de falta coletiva. Ou seja, a entidade pública responde pelos danos resultantes de um atuação danosa ilícita, mesmo quando não seja possível imputar essa conduta a nenhum indivíduo concreto mas apenas um mau funcionamento do serviço, seja porque a responsabilidade se dilui na atividade operativa do serviço globalmente considerado, seja porque é muito difícil ou mesmo impossível identificar o autor do dano⁷⁹.

O art. 7.º, n.º 4 dá-nos o critério de aferição da falta do serviço, considerando que há um funcionamento anormal do serviço quando, “atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos”. Este deve ser apreciada em abstrato, atendendo a padrões de rendimento médio exigíveis ao serviço nas circunstâncias do caso concreto⁸⁰ em detrimento do padrão de comportamento referência, previsto no art. 10.º, n.º1, aplicável às demais situações de ilicitude, que se reporta ao comportamento concreto do agente zeloso e cumpridor.

Os danos suscetíveis de serem atribuídos a um funcionamento anormal do serviço dividem-se em três grandes grupos: (i) há dano porque o serviço, globalmente considerado, falhou por completo, estamos perante uma plena inércia administrativa⁸¹;

⁷⁷ Cfr. MÁRIO A. DE ALMEIDA, “Comentário ao art. 7.º”, cit., p.222; CARLA A. GOMES, ob.cit., p.214.

⁷⁸ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “A Responsabilidade por danos...”, cit., p. 363. O autor utiliza a expressão “culpa do serviço”, denominação que absteve-me de usar por razões que fundamentarei no próximo ponto.

⁷⁹ Cfr. CARLOS CADILHA, ob.cit., p. 164.

⁸⁰ Cfr. MÁRIO A. DE ALMEIDA, ob.cit., p.223; CARLOS CADILHA, ob.cit., p.165. A este propósito, refere MARCELO R. DE SOUSA e ANDRÉ S. MATOS que o número é ambíguo ao referir-se a “padrões médios de resultado” e demasiado restrito, por parecer reduzir-se às omissões enquanto conduta capaz de evitar o dano.

⁸¹ Cfr. GEORGES DUPUIS/MARIE-JOSÉ GUÉDON, *Droit Administratif*, 4ª Ed., Armand Colin, Paris, 1993, p. 481

(ii) há dano porque este agiu tardiamente, casos de atraso abusivo como é exemplo o atraso na recuperação de edifícios que acabam por ruir; ou então, (iii) o dano deveu-se a uma atuação somenos aos *standards* mínimos de atuação dos agentes administrativos⁸².

À semelhança do art. 6.º do anterior regime, o art. 9.º do RRCEE ocupa-se da determinação dos parâmetros segundo os quais o pressuposto da ilicitude se deve guiar. De forma inédita, o n.º 2 do art. 9.º equipara os casos de danos decorrentes de um funcionamento anormal do serviço às situações onde a responsabilidade das entidades públicas decorre da imputação de um concreto ato ilícito lesivo à conduta de um agente determinado⁸³.

Como já mencionado, o que sucede é que a prioridade do legislador no RRCEE é proporcionar uma efetiva proteção dos particulares lesados pela atividade administrativa mesmo quando não seja possível identificar o agente público interveniente no caso concreto. Para tal, a lei passou a situar no plano da ilicitude um problema que antes se equacionava na culpa, qualificando como ilícita a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos quando resultem do funcionamento anormal do serviço⁸⁴.

Por conseguinte, a ilicitude do facto lesivo não se avalia em função de um padrão normativo de conduta mas de um padrão objetivo de funcionamento⁸⁵, ou seja, há responsabilidade quando, no caso concreto, fosse razoavelmente exigível que o serviço evitasse a produção do dano.

O que se trata aqui não é do apuramento de uma conduta concreta violadora de normas ou de deveres objetivos de cuidado mas “reconhecer que a grande dimensão da AP, a complexidade das suas funções, a constante variação dos seus serviços, a morosidade dos seus processos de trabalho, a rigidez das suas regras financeiras, e tantos outros fatores de efeito análogo, transformam muitas vezes uma sucessão de pequenas faltas desculpáveis, ou até de dificuldade e atrasos legítimos, num conjunto globalmente qualificável, *ex post*, como facto ilícito culposo.”⁸⁶

Deste modo, a falta de serviço está construída tendo em vista o resultado, ou seja, a lesão antijurídica do direito ou do interesse legalmente protegido (ilicitude de resultado –

⁸²A este propósito, os autores *supra* citados dão o exemplo de atos praticados com negligência, erros, perda de registos administrativos, entre outros (*Idem*).

⁸³Cfr. MÁRIO A. ALMEIDA, “Comentário ao art.9.º”, cit.,p. 242.

⁸⁴Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social”, in *RLJ*, n.º 3969, Ano 140.º, 2011, p. 349.

⁸⁵Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “A responsabilidade por danos...”, cit.,p. 366. A este propósito, refere o autor que a concretização do art. 7.º, n.º 4 pressupõe a estandardização da qualidade dos serviços a nível médio e não a um nível elevado, apesar de ser sempre mais exigente para os serviços.

⁸⁶ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso de...*, cit., p. 738

art. 9.º, n.º2) ao contrário da responsabilidade civil por facto ilícito onde o juízo de desvalor reporta-se não ao resultado mas à conduta do lesante, seja uma ação ou omissão (ilicitude da conduta – art. 9.º, n.º1)⁸⁷.

Como nota LUÍS CABRAL DE MONCADA⁸⁸, o que acontece, nestes casos, é uma transferência da ilicitude do plano da conduta para o plano do dano, uma vez que a ilicitude deixa de se reportar necessariamente a uma conduta e como tal, ao desvalor subjetivo da ação para passar a dizer respeito ao resultado, que se traduz no prejuízo injusto sofrido pelo lesado⁸⁹.

Em sentido oposto, CARLOS CADILHA sustenta ser necessário verificar-se os requisitos de ilicitude objetiva e subjetiva para que se verifique um comportamento ilícito: isto é, que se trate de ações ou omissões que violem “disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado” (art. 9.º, n.º1) que resultem na “ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos” (art. 9.º, n.º 2) mesmo quando o autor não é identificável ou os danos são imputáveis à atuação do serviço globalmente considerado⁹⁰.

Com a devida vénia, permitam-nos discordar deste último entendimento e seguir a perspetiva já enunciada segundo a qual a intenção legislativa é a de assumir que, tal como existe ilicitude quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos se deve à violação de normas, princípios ou deveres objetivos de cuidados, também há ilicitude quando o dano se dá por funcionamento anormal do serviço, tal como é perspetivado nos arts. 7.º, n.ºs 3 e 4.

Responsabilidade civil por funcionamento anormal do serviço – responsabilidade subjetiva ou objetiva?

Uma das grandes questões debatidas em torno da teoria do funcionamento anormal do serviço é se, no nosso ordenamento jurídico, esta teoria se deve encaixar na responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas por facto ilícito e culposo (responsabilidade subjetiva) ou antes, deve ser agrupada enquanto uma modalidade de responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito mas não culposo (responsabilidade

⁸⁷É com base nesta distinção entre ilicitude de conduta e ilicitude de resultado que MÁRIO A. DE ALMEIDA perspetiva a falta de serviço como uma modalidade autónoma de ilicitude. Cfr. “Comentário ao art. 9.º”, cit., p. 253.

⁸⁸LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado*, 2008, pp. 74-76.

⁸⁹Segundo, mais uma vez, o pensamento de MÁRIO A. DE ALMEIDA, “Comentário ao art. 7.º”, cit., p. 220.

⁹⁰Cfr. CARLOS CADILHA, ob.cit.,p. 195.

objetiva⁹¹). Ou, ainda, se não estaremos perante uma nova situação jurídica inserida entre as duas modalidades acabadas de mencionar, isto é, uma espécie de *tertium genus*⁹².

Como previamente abordado, a falta do serviço é um instituto de inspiração francesa que corresponde a uma tradução (deficiente⁹³) da *faute du service*. O problema que surge numa importação integral do instituto é o de que a responsabilidade delitual em França se constrói com base no conceito de *faute*, definida tradicionalmente como a violação de uma obrigação pré-existente⁹⁴, no sentido da existência de conduta comissiva ou omissiva merecedora de um juízo de censura⁹⁵.

De forma muito sumária, *faute* compreende dois elementos distintos num só conceito, a ilicitude e a culpa⁹⁶, existindo enquanto violação consciente de um dever ou uma obrigação impostos pela ordem jurídica, mas também enquanto desrespeito pelos deveres legais ou regulamentares como a preterição do dever geral de se comportar diligentemente, de forma a não causar prejuízos a outrem⁹⁷. A primeira situação afere-se objetivamente, bastando-se com a violação legal, ao passo que a segunda deve dizer respeito ao modelo de comportamento exigível ao agente administrativo.

A verdade é que, no contexto internacional da responsabilização do Estado por factos ilícitos, a tendência nas diversas ordens jurídicas nacionais é clara: caminha-se no sentido de exclusão ou de redução, maior ou menor, da relevância da culpa do agente⁹⁸, isto é, perspetiva-se a imputação de responsabilidade com um certo grau de objetivação.

Veja-se a nossa vizinha Espanha cujo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado difere em larga medida da responsabilidade clássica do direito privado por se tratar de um regime unitário e geral⁹⁹, direto e objetivo. Este, de forma muito sucinta,

⁹¹Ou uma responsabilidade objetivada, uma vez que a responsabilidade objetiva como o caso da responsabilidade pelo risco existe independentemente de culpa e de ilicitude.

⁹²FILIPPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, “Responsabilidade civil médica nos estabelecimentos públicos de saúde”, in *CJA*, 2016, p. 33.

⁹³Cfr. MARGARIDA CORTEZ, ob.cit.,p. 93, uma vez que *faute* compreende dois elementos distintos.

⁹⁴“La faute est un manquement à une obligation préexistante” (tradução nossa). MARCEL PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*,

⁹⁵Cfr. RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, Tome 1, 15^a Ed., Montchrestien, Paris, 2001, p. 1295.

⁹⁶RENÉ CHAPUS (*idem*) refere que, de certo modo, as noções de culpa e ilicitude são independentes uma da outra no ordenamento jurídico francês mas quando se trata de decidir sobre o ressarcimento de um dano estes conceitos estão, a contrário, ligados. Podemos considerar que se trata de um elemento objetivo (ilicitude) e subjetivo (culpa) ou então de um elemento material e de um elemento psicológico. Cfr. MARGARIDA CORTEZ, ob. cit., p. 93 e MICHÈLE-LAURE RASSAT, *Responsabilité civile*, 3^aed. P.U.F., Paris, 1988, p. 25 e ss.

⁹⁷Cfr.MÁRIO A. DE ALMEIDA, “Comentário ao art. 9.º”, cit.,p.242-243.

⁹⁸Cfr.VIEIRA DE ANDRADE, “A responsabilidade indemnizatória...”, p. 348.

⁹⁹ Unitário na medida que se aplica a todas as entidades públicas sem exceção, atuem estas ao abrigo do direito administrativo ou privado; e geral porque todo o tipo de atuação se encontra sujeita ao sistema de responsabilidade, seja uma ação jurídica, material ou uma omissão.

assenta na ideia de que importa mais satisfazer o direito do indivíduo lesado do que castigar uma atividade administrativa ilegal ou culposa.

Ora, encontramos como alicerces legislativos da responsabilidade civil administrativa em Espanha, a Constituição Espanhola e a Lei 30/1992, de 26 de novembro, que reiteram o entendimento¹⁰⁰ de que há obrigação de indemnizar sempre que estejamos perante um dano provocado por um funcionamento normal ou anormal dos serviços públicos.

A culpa não deixa de ser um pressuposto a ter em conta quando se avalia a possibilidade de imputação de responsabilidade à AP mas deixa de ser o fundamento último de forma a proteger o particular indevidamente prejudicado. A própria jurisprudência espanhola conclui que não há dúvidas que se encontra consagrada uma responsabilidade objetiva, uma vez que esta existe, independentemente da consciência ou intenção do agente. Isto é, há obrigação de indemnizar quando o dano resulta de um funcionamento anormal do serviço, nos casos em que não é possível identificar o agente que atuou ilicitamente, e ainda, nos casos em o dano apenas pode ser imputado a um funcionamento normal do serviço (o agente agiu de acordo com a lei e sem culpa) mas o lesado não tem obrigação de suportar o prejuízo ou arcar com aquele sacrifício.

Uma breve menção ao sistema italiano, onde se destaca a Sentença n.º 500/99, de 22 de julho de 1999, pela *Corte di Cassazione*, que simplifica um sistema deveras complexo e traz à superfície a questão da culpa e da falta do serviço ao referir-se a parâmetros de boa administração¹⁰¹. Assim, o tribunal continua a pressupor a existência de culpa mas fala-se de uma culpa mais objetivada, na medida em que esta não se mede a partir do agente concreto mas antes a partir da AP que deve guiar a sua atuação de acordo com princípios como da boa fé, da imparcialidade e da boa administração, subordinando-se à Constituição e aos standards da boa administração¹⁰².

E nós? Bem, o princípio da responsabilidade subjetiva (responsabilidade fundada na culpa¹⁰³) continua a ser a regra no RRCEE. Isto é, o legislador nacional, não obstante a clara tendência para uma progressiva objetivação da culpa, continua a construir um

¹⁰⁰Cfr. FERNANDO GARRIDO FALLA, «Panorama General de la responsabilidade “civil” de la administración pública», in *La Responsabilidad Patrimonial de los poderes públicos*, cit., p. 31 que destaca o facto de a lei 30/1992 regressar ao entendimento já vertido no anterior art. 40.º da *Ley de 1957*.

¹⁰¹Cfr. ANA PEREIRA DE SOUSA, “A culpa do serviço no exercício da função administrativa”, in *ROA*, ano 72, 2012, Lisboa, p.343.

¹⁰²Atente-se o art. 97.º da Constituição da República Italiana, que impõe uma boa organização e andamento aos serviços públicos e roga pela imparcialidade na administração (trad. nossa).

¹⁰³GUILHERME FONSECA/MIGUEL B. DA CÂMARA, ob.cit.,p.54.

regime de responsabilidade estadual onde a culpa e a ilicitude são tidos como conceitos diferentes, inconfundíveis e que perfazem pressupostos autónomos.

Ora, a questão que aqui se levanta é a seguinte: sendo a culpa uma noção iminentemente subjetiva,¹⁰⁴ poderemos formular um juízo de censura em relação à pessoa coletiva pública quando não é possível apurar o(s) indivíduo(s) que atuou danosa e culposamente¹⁰⁵?

Num primeiro e fugaz vislumbre do assunto, o legislador parece prescindir de um juízo de censura quando de um mau funcionamento do serviço resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos (art. 9.º, n.º2). Estaríamos assim perante uma situação de responsabilidade objetiva, onde a imputação de responsabilidade à entidade pública reconhece-se independentemente da aferição da culpa do agente, uma vez que é impraticável elaborar-se um juízo de censura subjetiva quando estamos perante faltas anónimas ou coletivas¹⁰⁶.

Mas a verdade é que, após uma leitura mais atenta dos artigos em questão, parece não se poder confundir o regime da falta do serviço com um regime de responsabilidade objetiva como, por exemplo, o da responsabilidade pelo risco. Isto porque, neste último caso, estamos perante situações em que o que está em causa é a reparação de danos inerentes ao próprio funcionamento normal dos serviços, danos estes causados por um determinado nível de perigosidade social das coisas que utilizam ou das atividades que desempenham¹⁰⁷, independentemente de culpa ou mesmo de ilicitude¹⁰⁸.

Ao passo que, quando se fala de um dano resultante de um funcionamento anormal do serviço, a imputação de responsabilidade não opera automaticamente mas depende da

¹⁰⁴Ou seja, só age com culpa o indivíduo. Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso de...*, cit.,p.737.

¹⁰⁵Contra este entendimento, FILIPE ALBUQUERQUE MATOS (ob.cit.,p.33), que atenta à personalidade jurídica da pessoa coletiva diz não ser razoável assacar um juízo de censurabilidade às mesmas. Em sentido oposto, ANA RAQUEL MONIZ defende que “a circunstância de o Estado e demais entidades públicas serem pessoas coletivas não imped[iria]e, sem mais, a afirmação de uma responsabilidade subjetiva...”, cfr. “A responsabilidade médica no contexto do alargamento da responsabilidade administrativa, in *Estudos em homenagem ao Prof.Doutor Guilherme de Oliveira*, vol.II, Almedina, p.100.

¹⁰⁶Neste sentido, MARCELO R. SOUSA e ANDRÉ S. MATOS, ob.cit. p. 27; ALEXANDRA LEITÃO, ob.cit., p.20; CARLA A. GOMES, ob.cit., p.212, ao falar de uma responsabilidade “praticamente objetiva”; TIAGO V. BARRA, “A responsabilidade...”, cit.,p. 171; e VIEIRA DE ANDRADE, in “A responsabilidade por danos...”, cit.,p.363 mas que mais recentemente, defende que se trata de uma “desvalorização da ideia de culpa pessoa, subjetiva ou psicológica do agente” mas não necessariamente da “desvalorização da ideia de culpa como censura ética”, in “A responsabilidade indemnizatória...”, cit.,p.349.

¹⁰⁷Cfr. MÁRIO A. DE ALMEIDA, “Comentário ao art. 9.º”, cit.,p.250 que chama ainda a atenção, a este propósito, para a responsabilidade do direito espanhol (funcionamento normal e anormal do serviço).

¹⁰⁸Como ressalva VIEIRA DE ANDRADE, “a ideia de uma verdadeira responsabilidade objetiva só se verifica quando se dispense a própria ilicitude do facto lesivo como pressuposto da obrigação indemnizatória”, in “A responsabilidade indemnizatória...”,cit.,p.349.

formulação de um juízo de censura. A grande diferença é que este juízo não se reporta à conduta de um agente determinado mas sim ao funcionamento global dos serviços¹⁰⁹. Atente-se no art. 7.º, n.º 4 que fornece os parâmetros para o preenchimento do juízo de censura: há um funcionamento censurável do serviço quando “atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado” era “razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos”.

Assim, a falta do serviço comporta referências típicas da presença de um conceito de culpa: refere-se a um padrão de comportamento e alerta para a necessidade de atender às circunstâncias específicas do caso¹¹⁰. Portanto, para haver imputação de responsabilidade a título de um funcionamento anormal do serviço, é necessário avaliar o padrão médio exigível àquele serviço e verificar se este, tendo em conta todas as circunstâncias do caso concreto, teve uma atuação normal, suscetível de evitar o dano que mais tarde se verificou. Para definir o padrão de comportamento exigível, CARLOS CADILHA sugere atendermos às “normas internas do serviço, relatórios relativos a índices de produtividade e quaisquer outros elementos de aferição.”¹¹¹

Caso o serviço tenha agido de acordo com todos os padrões de comportamento e *standards* de eficiência aplicáveis, é possível afastar essa responsabilidade.

No fundo, o que está aqui em causa é uma “deficiência no funcionamento normal do serviço”¹¹², tendo em conta o que seria expectável de uma atuação mediana desse serviço. O juízo de censura ou a culpa surge abaixo desse nível.

Falamos, neste âmbito, não de uma culpa objetiva mas sim, de uma culpa aferida objetivamente, na medida que não se avalia em função de um padrão normativo de conduta pessoal mas em função de um *standard* objetivo de funcionamento¹¹³, tendo em conta a atuação do serviço globalmente considerado e o resultado por ele produzido.

Em suma, o legislador opta, assim, por desvalorizar a ideia de culpa “como censura ético-comportamental, subordinando-a à ideia de ilicitude”,¹¹⁴ conferindo-lhe contornos

¹⁰⁹ Seguindo aqui o entendimento precursor de MÁRIO A. DE ALMEIDA (*in* “Comentário ao art. 9.º, cit.p.250) que considera que o n.º2 do art. 9.º ao equiparar as situações de falta do serviço às previstas no seu n.º1 implica (tal como no primeiro número) a formulação de um juízo de censura em relação ao serviço que funciona mal. Esse juízo é, naturalmente objetivado, na medida em que não se reporta ao comportamento específico de um determinado agente administrativo mas não deixa de existir como tal. Aparentemente no mesmo sentido, MARGARIDA CORTEZ, “A responsabilidade civil da Administração por omissões”, *in CJA*, n.º 40,2003, p.35.

¹¹⁰Cfr. MARGARIDA CORTEZ, *Idem*.

¹¹¹Cfr. CARLOS CADILHA, *Regime...*, cit., p. 165

¹¹²Cfr. JEAN RIVERO, *ob. cit.*, p. 320.

¹¹³Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “A responsabilidade indemnizatória...”, cit., p. 349.

¹¹⁴Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, “Panorama geral...”, cit., p. 45.

objetivos ao descartar a necessidade de existência de culpa pessoal ou subjetiva numa determinada conduta, e tendo apenas em conta, o resultado produzido e a necessidade de garantir uma justa compensação pelos danos causados a direitos e interesses legalmente protegidos que o cidadão não tem obrigação de suportar. Mas a «desvalorização da ideia de culpa pessoal, subjetiva ou “psicológica do agente”» não significa a «desvalorização da ideia de culpa como censura ética» que continua a ser requisito para caracterização da ilicitude relevante.

A título conclusivo, cumpre-nos apenas justificar o porquê de, ao contrário da doutrina maioritária, utilizarmos a expressão “falta do serviço” em vez de “culpa do serviço”.

Abstivemo-nos de impregar esta última expressão por a considerarmos redutora, uma vez que a mesma nos remete imediatamente para a âmbito da culpa e, como procuramos demonstrar ao longo da dissertação, a particularidade deste instituto não reside necessariamente neste aspeto. Basta encararmos o grande percussor e a inspiração jacente à nossa responsabilidade por funcionamento anormal do serviço - *a faute du service* - para verificarmos que este conceito traz tanto de ilícito como de culpa. Como alerta MARGARIDA CORTEZ¹¹⁵, esta figura é impropriamente conhecida entre nós como “culpa do serviço” pois deve é ser conhecida em sede de ilicitude uma vez que se traduz num juízo feito objetivamente quanto a um serviço e à sua eficiência.

(Ir)responsabilidade do Estado nos incêndios de julho e outubro de 2017 em Portugal

“Todos temos uma fundada expectativa – nem é só esperança, é expectativa – de que tenham sido retiradas lições e que aquilo que vivemos não seja vivido novamente.”

(Marcelo Rebelo de Sousa, Presidente da República)¹¹⁶

Nesta dissertação, propusemo-nos a analisar, do ponto de vista jurídico, uma das maiores batalhas que Portugal tem travado ao longo dos anos: os incêndios.

Todos os anos, na altura de tempo mais quente, as televisões e jornais inundam os lares portugueses com a mesma notícia desoladora - os incêndios começaram - e juntamente com estes, milhares de hectares de florestas destruídos, casas devastadas e campos de cultivo reduzidos a cinzas, estilhaçando sonhos, vidas e anos de trabalho duro, causando

¹¹⁵Cfr.MARGARIDA CORTEZ, “A Responsabilidade...omissões”, cit., p.35.

¹¹⁶Em entrevista ao Jornal “Público” de 8 de maio de 2018,p.3.

prejuízos na casa dos milhões de euros, em questões de minutos. É aquela altura do ano em que somos consumidos por um sentimento de impotência e de profunda inquietação cívica.

Acontece que, apesar de os incêndios serem uma realidade anual, nunca tiveram a dimensão que os incêndios de (17 a 24) junho e (14 a 16) outubro de 2017 alcançaram: mais de cem pessoas morreram, cerca de quinhentos mil hectares de área arderam, centenas de casas foram destruídas e empresas reduzidas a cinzas¹¹⁷.

Nunca, em Portugal, se tinha registado um número tão elevado de baixas humanas por este motivo. Os incêndios de junho ficaram marcados pelo elevado impacto a nível humano (64 pessoas morreram) e em especial pelo trágico acontecimento de Pedrógão Grande. Mas, por sua vez, os incêndios de outubro revelaram-se como “o maior fenómeno piro-convectivo registado na Europa até ao momento e o maior do mundo em 2017, com uma média de 10 mil hectares ardidos por hora entre as 16 horas do dia 15 de Outubro e as 5 horas do dia 16”¹¹⁸, que resultou na morte de 48 pessoas, na afetação de 521 empresas, 4500 postos de trabalho em 30 municípios, causando prejuízos estimados na ordem dos 275 milhões de euros¹¹⁹.

Estes números recordes trazem consigo um forte sentimento de indignação e uma pergunta fundamental: a quem devemos exigir responsabilidade para que o ano de 2017 se torne um caso sem exemplo?

É neste contexto que o presente capítulo levará a cabo a arriscada intenção de analisar a eventual responsabilidade do Estado e demais entidades públicas pelos incêndios que ocorreram no passado ano de 2017, o pior ano vivido em Portugal, a este nível.

Após a breve análise previamente feita ao RRCEE nesta dissertação, estaremos em condições para afirmar que a possibilidade de responsabilidade do Estado no caso dos incêndios de 2017 existirá no âmbito do exercício da função administrativa, na modalidade por facto ilícito¹²⁰.

¹¹⁷ Todos os dados enunciados têm como base os relatórios elaborados pela CTI a pedido da AR e que constam em bibliografia.

¹¹⁸Cfr. Relatório elaborado pela CTI de avaliação dos incêndios de outubro, p.15.

¹¹⁹*Idem*, p.7.

¹²⁰ Não se discute a este propósito a atuação dos tribunais (art. 12.º) nem, em primeira linha pelo menos, a atuação do legislador (art. 15.º). A situação em análise tão pouco se encaixa numa indemnização pelo sacrifício, uma vez que o dano não se dá por razões de interesse público (art. 16.º) ou de responsabilidade pelo risco, visto não estarmos perante atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos (art. 11.º).

O grande problema para os lesados caso pretendam levar avante uma possível ação de responsabilização é identificar o indivíduo ou os indivíduos que atuaram de forma ilícita e danosa.

Se olharmos, por exemplo, para o relatório elaborado na sequência dos incêndios florestais ocorridos nos concelhos de Pedrógão Grande, Castanheira de Pera, Ansião, Alvaiázere, Figueiró dos Vinhos, Arganil, Góis, Penela, Pampilhosa da Serra, Oleiros e Sertã, entre 17 e 24 de junho de 2017, pela CTI criada pela AR (através da Lei n.º 49-A/2017, de 10 de julho), o mesmo conclui que há falhas na resposta aos incêndios a vários níveis, desde a resposta inicial aos diversos alertas meteorológicos, ao combate do fogo até à evacuação atempada do território.

Não obstante o conjunto de circunstâncias especiais, como as condições meteorológicas, que servem de atenuantes, o relatório conclui que os incêndios em causa se dão por três razões principais: “conhecimento, qualificação e governança”.

Na impossibilidade de condensar todo o relatório na dissertação, seguem alguns exemplos das falhas enumeradas pela CTI: desadequação entre as funções desempenhadas por cada um dos diversos agentes envolvidos e as respetivas qualificações e competências, como por exemplo, ao nível da autoridade de proteção civil, onde a falta de criação de uma carreira especificamente dedicada a este tipo de formação e a constante instabilidade nos postos de chefia e coordenação da prevenção e combate, causada pelos ciclos governativos, atribuem a esta função um desempenho fortuito; a instabilidade da governança na nossa floresta, veja-se a nossa autoridade florestal nacional que apenas em vinte anos mudou seis vezes de “figurino institucional”; e a falta de pré-posicionamento de meios antes do despoletar dos incêndios, após as previsões difundidas entre o Instituto Português do Mar e Atmosfera e o Comando Nacional de Operações de Socorro que alertaram para as condições meteorológicas adversas e o grande perigo de incêndio para estas regiões¹²¹.

Quanto aos incêndios ocorridos em outubro de 2017, um relatório idêntico foi elaborado pela CTI onde se conclui por uma identificação dos problemas e causas destes incêndios com os de junho e ainda se chama a atenção para outras problemáticas importantes como a inoperabilidade ou ineficiência dos Planos Municipais encarregados de ordenar e gerir os territórios afetados; a falta de divulgação de informações e instruções à população, algumas destas fundamentais à sua sobrevivência; e ainda a atuação

¹²¹Cfr. Relatório final elaborado pela CTI de análise dos incêndios de junho.

“limitada” do Instituto Nacional de Emergência Médica por falha na rede de comunicações. Mais uma vez, as condições atmosféricas excepcionais e propícias à expansão do fogo não são suficientes para afastar a responsabilidade destas possíveis falhas humanas neste resultado trágico.

Entre estes pontos, muitos outros podem ser repescados mas sempre com o risco desta dissertação cair no erro de entrar num campo preconizado por opções políticas e interesses alheios ao direito.

Independentemente, tais afirmações permitem chegar a uma conclusão: não foi apenas um indivíduo que não agiu de forma diligente nem mesmo apenas um serviço que não funcionou bem. O que está em causa é um funcionamento anormal generalizado dos poderes públicos, que contribuíram, em termos de “concausalidade”¹²², para a produção do dano.

Há, de uma forma global, uma falha do Estado no cumprimento dos seus deveres de cuidado e de proteção da população, tendo em conta as circunstâncias concretas.

Caímos, assim, na possibilidade de imputação de responsabilidade civil ao Estado e demais entidades por mau funcionamento do serviço. Em especial, na modalidade de falha coletiva, uma vez que a responsabilidade se dilui em toda a atividade operativa de resposta aos incêndios, desde a prevenção, ao combate das chamadas à evacuação das populações.

Os danos não podem ser diretamente imputados ao comportamento de alguém mas apenas a uma atuação danosa global, dispersa por diversos setores ou intervenientes, prolongada ao longo do tempo, sendo, por isso, imputável a uma deficiente funcionamento do serviço, na medida em que, de acordo com padrões médios de resultado, a adoção atempada de determinadas condutas ou a abstenção da prática de outras, poderia ter evitado este resultado ou pelo menos, minimizado a gravidade dos danos.

Como já analisado, não é qualquer comportamento deficiente da AP que implica um dever de indemnizar mas apenas aquele que seja suficientemente caracterizado, ou seja, que seja suscetível de violar direitos ou interesses legalmente protegidos¹²³. No caso em análise pensamos não restar dúvida que há uma clara violação destes direitos e interesses.

¹²²Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, “Ilicitude e presunções de culpa na responsabilidade pelo exercício da função administrativa” in *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, p. 19.

¹²³Cfr. CARLOS CADILHA, *ob.cit.*, p.165.

Em relação à formulação de um juízo de censura, este é, naturalmente, objetivado, mas não deixa de existir como tal. É necessário atender aos *standards* de resultado e às circunstâncias específicas do caso e apurar se o serviço funcionou como devia, ou seja, com a diligência que lhe era devida ou se atuou de um modo censurável, não observando a diligência que lhe era exigível¹²⁴.

Tendo em conta os avanços do conhecimento nos domínios da gestão da floresta, da meteorologia preventiva, da gestão do fogo florestal, das características físicas do território, da previsibilidade e recorrência deste fenómeno no nosso país e das consequências imensuráveis que daí advieram, era razoavelmente exigível que o comportamento estadual fosse eficiente ou, no mínimo, diligente. Ou seja, em função dos meios e modelos de organização que os vários serviços dispõem, no momento e nas circunstâncias concretas dos factos, era exigível que funcionasse bem, seja atuando com maior rapidez, seja adotando medidas diferentes do que as que adotou, seja agindo nas alturas certas e em que nada fez.

Nunca na história de Portugal se havia registado um número tão elevado de mortos e de prejuízos materiais, no domínio dos incêndios. Ou seja, a falha denotada do serviço torna-se ainda mais gritante quando a repetição da tragédia se deu num intervalo de apenas três meses.

Atente-se que o que está em causa não é o dever do Estado em cuidar ou acudir, dentro dos possíveis, as vítimas dos incêndios, tal como aconteceria se estivéssemos perante uma catástrofe natural, como por exemplo um terramoto, mas sim, o dever de se responsabilizar pela omissão ou atuação ineficiente dos seus serviços administrativos, tendo em conta o trágico resultado e a diligência que lhe era exigível¹²⁵.

Perante esta situação de flagelo, o Conselho de Ministros aprovou a 21 de outubro de 2017, a Resolução n.º 157-C/2017 que criou um mecanismo extrajudicial de adesão voluntária destinado ao pagamento de indemnizações pela morte das vítimas dos incêndios de junho e outubro, que, mais tarde, se tornou extensível aos feridos graves (Resolução de Ministros n.º 179/2017).

¹²⁴ Abraçando, assim, o entendimento de MÁRIO A. DE ALMEIDA (expresso ao longo dos “Comentário ao art. 7.º e ao art. 9.º”, cit.).

¹²⁵ Tal forma de responsabilização é independente da imputação de responsabilidade criminal a todos os sujeitos que interferiram nos incêndios de forma penalmente reprovável. Aqui, apenas está em causa uma atuação globalmente considerada da AP, na prevenção, análise e combate, claramente censurável, dado o número altíssimo de baixas humanas, recorde na história do Estado Português.

Ora, no nosso entendimento estes mecanismos visam oferecer uma resposta rápida às vítimas mas não invalidam a possibilidade de os lesados se dirigirem aos tribunais, mais tarde, caso não tenham renunciado a este direito. Tais indemnizações devem ser tidas como provisórias e antecipatórias e não podem impedir que, posteriormente, as vítimas possam exercer os seus direitos em tribunal. Considere-se, por exemplo, o facto de que nem todos os danos são danos patrimoniais e que nem sempre o montante fornecido por estes mecanismos corresponde a uma reparação integral do prejuízo.

Assim sendo, defendemos que a possibilidade de responsabilização do Estado e demais entidades públicas pelos acontecimentos versados fundamentada num funcionamento anormal do serviço é uma causa justa, possível e aliás, necessária, para que situações desta natureza não caiam no esquecimento.

Conclusões

Em suma, a problemática da responsabilidade civil da AP reconduz-se a uma ideia simples: a AP, no exercício da sua atividade, pode causar prejuízos injustos aos particulares e sempre que tal aconteça, deve ressarcir esses danos¹²⁶.

Este princípio decorre da tradicional lógica indemnizatória do direito privado que, no contexto da vida administrativa, enche-se de pequenas exceções e notáveis particularidades. Desde logo, porque a AP não interfere na vida do cidadão num só plano linear e concreto mas, num contexto de Estado Social, cria uma teia complexa entre administrados e administradores e o número de tarefas que se lhe impõe.

É neste contexto que desenvolvemos o nosso tema, a teoria do funcionamento anormal do serviço ou da falta do serviço, enquanto modelo flexível de imputação de responsabilidade ao Estado. Este distingue-se do modelo clássico de responsabilidade pois não assenta no comportamento de um determinado agente mas, ao invés, permite a imputação de responsabilidade nos casos em não é possível determinar o agente administrativo culpado, seja porque a responsabilidade se dilui pela complexidade do próprio modelo administrativo (falta coletiva) seja porque não é, de todo, possível identificar o agente faltoso (falta anónima)¹²⁷.

Apesar de, aparentemente, o legislador ter consagrado uma responsabilidade independente de culpa, parece-nos ser de concluir, após uma leitura atenta do RRCEE, que o funcionamento anormal do serviço pressupõe a formulação um juízo de censura. Este é aferido objetivamente, ao reportar-se a padrões médios de resultado e a *standards* objetivo de funcionamento, mas não deixa de existir enquanto tal.

Por fim, abraçamos a arriscada tarefa de aplicar a teoria à prática, neste caso, a falta do serviço aos incêndios ocorridos em Portugal entre junho e outubro de 2017.

De uma forma geral, estes incidentes revelaram uma extraordinária fragilidade da AP ao nível da prevenção e do combate aos incêndios e face à dimensão do desastre ocorrido, era exigível que mais fosse feito, tal como os relatórios elaborados pela CTI demonstram. Há, assim, um funcionamento anormal do serviço globalmente considerado que culmina no pior dos cenários, mais de cem vidas perdidas.

¹²⁶ MARIA JOSÉ MESQUITA, ob.cit., pp. 45 e 46.

¹²⁷ Desde que os demais pressupostos de responsabilidade estejam presentes: haja um dano que resulte de um comportamento ilícito que apenas pode imputado a um funcionamento anormal do serviço

Na nossa opinião, esta conclusão não só abre caminho à possível efetivação judicial de responsabilidade do Estado, como também deixa uma porta aberta para uma tão necessária mudança na AP, no sentido da modernização e adequada defesa do bem comum, tão bem sintetizada na passagem do discurso do PR a 17 de outubro de 2017: *“Pode e deve dizer que a melhor, se não a única forma de verdadeiramente pedir desculpa às vítimas de junho e de outubro - e de facto, é justificável que se peça desculpa - é por um lado reconhecer com humildade que portugueses houve que não viram os poderes públicos como garante de segurança e de confiança, e por outro lado romper com o que motivou a fragilidade, ou motivou o desalento ou a descrença dos portugueses.”*¹²⁸

¹²⁸ Emissão no canal televisivo RTP1, 17/10/2012, 20h45min.

Bibliografia

ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral do Direito Administrativo. O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2016;

ALMEIDA, Mário Aroso de, “Comentário ao artigo 7.º”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas* (org. de Rui Medeiros), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013;

ALMEIDA, Mário Aroso de, “Comentário ao artigo 9.º”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas* (org. de Rui Medeiros), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013;

AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.^a Ed., (com a colaboração de Pedro Manchete e Lino Torgal), Almedina, Coimbra, 2011;

AMARAL, Diogo Freitas do, «Problemas Gerais – Colóquio sobre “A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado”», in *Responsabilidade civil extracontratual do Estado - Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002;

ANDRADE, Vieira de, “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social”, in *RLJ*, n.º 3969, Ano 140.º, 2011;

ANDRADE, Vieira de, “A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos”, in *RLJ*, n.º 3951, Ano 137.º, Coimbra, 2008;

ANDRADE, Vieira de, «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 Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999;

BARRA, Tiago Viana, “A Responsabilidade Civil Administrativa do Estado”, in *ROA*, n.º 1, Ano 71, 2011;

BARRA, Tiago Viana, “Mecanismos de Tutela pela Violação de direitos fundamentais pelos poderes públicos”, in *RDP*, n.º 6, Ano 2, 2011;

BRAIBANT, Guy, *Le Droit Administratif Français*, 3ª Ed., Presses de La Fondation Nationale des Sciences Politiques, Dalloz, Paris, 1984;

CADILHA, Carlos, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas Anotado*, 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011;

CALVÃO, Filipa, “Comentário ao artigo 1º”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas* (org. Rui Medeiros), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013;

CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007;

CARVALHO, Raquel, “Comentário ao art. 7.º”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas* (org. Rui Medeiros), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013;

CASETA, Elio, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2014;

CAUPERS, João, *Introdução ao direito administrativo*, 9.º Ed., Ancora editora, Lisboa, 2007;

CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, Tome 1, 15.ª Ed., Montchrestien, Paris, 2001;

CORREIA, Sérvulo, *Noções de direito administrativo*. Vol. I, Editora Danúbio, Lisboa, 1982;

CORTEZ, Margarida, “A responsabilidade civil da Administração por omissões”, in *CJA*, n.º 40, Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2003;

CORTEZ, Margarida, *Responsabilidade civil da administração por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado*, STVDIA IVRIDICA

52, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2000;

DIAS, José de Aguiar, *Da Responsabilidade Civil*, Vol. II, 6.^a Ed. (revista e aumentada), Editora Forense, Rio de Janeiro, 1979;

DUPUIS, Georges/GUÉDON, Marie-José, *Droit Administratif*, 4.^a Ed., Armand Colin, Paris, 1993;

FALLA, Fernando Garrido, «Panorama general de la responsabilidade “civil” de la administración pública», in *La Responsabilidad Patrimonial de los poderes públicos - III Colóquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999;

FONSECA, Guilherme/CÂMARA, Miguel Bettencourt da, *A responsabilidade civil dos poderes públicos - a responsabilidade do legislador, do “juiz” e da Administração Pública*, 1.^a Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013;

FROMONT, Michel, “La responsabilité de l’État en droit français”, in *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado - Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002;

GARCÍA, Maria da Glória F.P.D., “A responsabilidade civil da Administração Pública pela inactividade”, in *La Responsabilidad Patrimonial de los poderes públicos - III Colóquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999;

GOMES, Carla Amado Gomes, “Riscando a culpa do mapa da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas?”, in *RCEJ*, n.º 2, Lisboa, 2014;

LEITÃO, Alexandra, “Ilicitude e presunções de culpa na responsabilidade pelo exercício da função administrativa” in *Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas* (coord. Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo), Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2012;

LEITÃO, Alexandra, “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. Ilicitude e presunção de culpa”, Out/2011, www.icjp.pt/sites/default/files/media/artigo-responsabilidade2.pdf, consultado em 02/Janeiro/2018;

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações. Volume I – Introdução. Da Constituição das Obrigações*, 13ª Ed., Almedina, Coimbra, 2016;

MATOS, Filipe Miguel Cruz de Matos, “Responsabilidade civil médica nos estabelecimentos públicos de saúde”, *CJA*, n.º 118, Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2016;

MEDEIROS, Rui, “Comentário ao artigo 10.º”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas* (org. de Rui Medeiros), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013;

MESQUITA, Maria José Rangel de, “Da responsabilidade civil extracontratual da Administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente”, in *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública* (org. de Fausto Quadros), Almedina, Coimbra, 1995;

MONCADA, Luís Cabral de, *Responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, 2008;

MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005;

OTERO, Paulo, “Responsabilidade civil pessoal dos titulares de órgãos, funcionários e agentes da administração do Estado”, in *La Responsabilidad Patrimonial de los poderes públicos - III Colóquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999;

RASSAT, Michèle-Laure, *Responsabilité civile*, 3ªed. P.U.F., Paris, 1988;

RIVERO, Jean, *Direito Administrativo*, (trad. Rogério Soares), Almedina, Coimbra, 1981;

ROUGEVIN-BAVILL, Mechel/MARC, Renault Denoix de Saint /LABETOULLE, Daniel, *Leçons de droit administratif*, Éditions Hachette, Paris, 1989;

SOUSA, Ana Pereira de, “A culpa do serviço no exercício da função administrativa”, *in ROA*, Ano 72, Lisboa, 2012;

SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado, *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 1.ª Ed., Reimpressão, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 2008;

VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 7.ª Ed., Almedina, Coimbra, 1991;

VAZ, Manuel Afonso/BOTELHO, Catarina Santos, “Comentário às disposições introdutórias da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro”, *in Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, (org. Rui Medeiros), Universidade Católica, Lisboa, 2013;

VILLA, Jesús Leguina “La protección jurídica del administrado: la responsabilidad patrimonial de la Administración”, *in Responsabilidade civil extra-contratual do Estado - Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002;

Relatórios

GUERREIRO J./FONSECA C./SALGUEIRO A./ FERNANDES P./LOPEZ Iglésias E./NEUFVILLE, R. de/MATEUS F./ CASTELLNOU Ribau M./SILVA, J. Sande/MOURA, J. M./REGO, F. Castro/CALDEIRA, D. N. (coords.): Comissão Técnica Independente, *Análise e apuramento dos factos relativos aos incêndios que ocorreram em Pedrógão Grande, Castanheira de Pera, Ansião, Alvaiázere, Figueiró dos Vinhos, Arganil, Góis, Penela, Pampilhosa da Serra, Oleiros e Sertã, entre 17 e 24 de junho de 2017 – Relatório Final*, Assembleia da República, Lisboa, outubro 2017. Disponível em www.parlamento.pt/, consultado em 17 de outubro de 2017.

GUERREIRO J./FONSECA C./SALGUEIRO A./ FERNANDES P./LOPEZ Iglésias E./NEUFVILLE, R. de/MATEUS F./ CASTELLNOU Ribau M./SILVA, J. Sande/MOURA, J. M./REGO, F. Castro/CALDEIRA, D. N. (coords.): Comissão Técnica

Independente, *Avaliação dos incêndios ocorridos entre 14 e 16 de outubro de 2017 em Portugal Continental - Relatório Final*, Assembleia da República, Lisboa, março 2018. Disponível em www.parlamento.pt/, consultado a 6 de maio de 2018.

Jurisprudência

Ac. do **STA**, de 16 de maio de 1996, proc. n.º 036075, disponível (e consultado a 20 de abril de 2018) em www.dgsi.pt;

Ac. do **STA**, de 7 de dezembro de 1999, proc. n.º 044836, disponível (e consultado a 20 de abril de 2018) em www.dgsi.pt;

Ac. do **STA**, de 10 de fevereiro de 2000, proc. n.º 045191, disponível (e consultado a 30 de abril de 2018) em www.dgsi.pt;

Ac. do **STA**, de 10 de outubro de 2000, proc. n.º 40576, disponível (e consultado a 15 de abril de 2018) em www.dgsi.pt;

Ac. do **STA**, de 09 de maio de 2002, proc. n.º 048077, disponível (e consultado a 5 de maio de 2018) em www.dgsi.pt;

Ac. do **STA**, de 6 de novembro de 2002, proc. n.º 1311/02, disponível (e consultado a 15 de abril de 2018) em www.dgsi.pt;

Ac. do **STA**, de 12 de dezembro de 2002, proc. n.º 1226/02, disponível (e consultado a 15 de abril de 2018) em www.dgsi.pt;

Ac. do **STA** de 14 de outubro 2004, proc. n.º 0813/04, disponível (e consultado a 6 de abril de 2018) em www.dgsi.pt;

Ac. do **STA**, de 22 de maio de 2006, proc. n.º 137/05, disponível (e consultado a 30 de abril de 2018) em www.dgsi.pt;

Ac. do **STA** de 12 de março de 2009, proc. n.º 067/09, disponível (e consultado a 30 de abril de 2018) em www.dgsi.pt;

Ac. do **STA** de 23 de setembro de 2009, proc. n.º 0606/09, disponível (e consultado a 30 de abril de 2018) em www.dgsi.pt;

Ac. do **TCAN**, de 22 de fevereiro 2013, proc. n.º 01945/05.7BEPRT, disponível (e consultado a 5 de maio de 2018) em www.dgsi.pt.

Ac. *Blanco*, **Tribunal des conflits**, de 8 de fevereiro de 1873, disponível (e consultado a 05 de março de 2018) em www.tribunal-conflits.fr/decisions-quelques-grands-arrets.html.

Ac. *Pelletier*, ***Tribunal des conflits***, de 30 de julho de 1873, disponível (e consultado a 05 de março de 2018) em www.tribunal-conflits.fr/decisions-quelques-grands-arrets.html.

Ac. *Anguet*, ***Conseil d'Etat***, de 3 de fevereiro de 1911, disponível (e consultado a 20 de abril de 2018) em www.legifrance.gouv.fr.

Ac. *Lafont*, ***Conseil d'Etat***, de 28 de abril de 1967, disponível (e consultado a 05 de maio de 2018) em www.legifrance.gouv.fr.

Ac. n.º 500, ***Suprema Corte di Cassazione***, de 22 de julho de 1999, disponível (e consultado a 10 de maio de 2018) em www.leggioggi.it.