



UNIVERSIDADE  
CATÓLICA | FACULDADE  
PORTUGUESA | DE DIREITO  
ESCOLA DE LISBOA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA-  
CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO POR OMISSÃO  
DE DEVERES DE PROTECÇÃO CONTRA  
COMPORTAMENTOS DE TERCEIROS**

**TRABALHO FINAL APRESENTADO NO ÂMBITO DO  
MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO E  
CONTRATAÇÃO PÚBLICA (2009/2011) POR  
BRUNO MIGUEL ADREGO MAIA, E ORIENTADO PELO  
SR. PROFESSOR DOUTOR RUI MEDEIROS**

**16 MAIO DE 2011**

**[RESUMO]**

*O Estado e outras entidades públicas desenvolvem, no quadro do exercício da função administrativa, e com vista a assegurar a protecção dos cidadãos e a tutela da legalidade, um conjunto de poderes com vista a evitar ou limitar a produção da danos.*

*Contudo, no direito português não são claras e não foram ainda objecto de estudo quais as consequências do incumprimento, por estas entidades, deste dever de vigilância.*

*Este trabalho focará a susceptibilidade do Estado e demais entidades públicas virem, em determinadas circunstâncias, no quadro do desenvolvimento de poderes de fiscalização da actividade dos privados. E concluirá pela sua efectiva possibilidade em determinadas situações.*

*Analisa primeiramente o regime de direito civil em matéria de responsabilidade por omissão de deveres de vigilância, e depois as incumbências do Estado em matéria de protecção e fiscalização.*

*Por fim, analisa, o regime de responsabilidade civil por omissão de deveres de vigilância do Estado e demais entidades públicas nos termos em que está consagrado legalmente.*

**[ABSTRACT]**

*The State and other public bodies pursue, exercising the administrative function, and in order to ensure the protection of citizens and the rule of law, a set of powers to prevent or limit damage.*

*However, under Portuguese law, the consequences of failing to uphold these duties of care are unclear, and have not yet been studied by the literature.*

*This paper will focus on the possible liability of State and other public bodies regarding the breach of duties of care. Ant it will conclude that these bodies, under certain circumstances, ate liable.*

*It analyses primarily civil law regarding the liability for failure of due diligence, followed by an analysis of the tasks of the State regarding protection of citizens and oversight.*

*Finally, it analyzes the system of civil liability for failure of due diligence of the state and other public bodies in terms of what is legally applicable.*

## ÍNDICE

<b>A. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>4</b>
1. Objecto do Estudo .....	4
2. Plano de Estudo.....	7
<b>B. OS DEVERES DE VIGILÂNCIA LEGAIS NO DIREITO CIVIL .....</b>	<b>8</b>
1. Fundamento dos deveres de vigilância legais .....	8
2. Conteúdo dos deveres de vigilância .....	12
3. Aproximação ao Regime de Responsabilidade Civil e Análise dos pressupostos da responsabilidade civil por omissão de deveres de vigilância .....	14
3.1 Dano .....	18
3.2 Facto e Nexo de Causalidade .....	21
3.3 Ilicitude e Culpa .....	25
<b>C. DA ACTIVIDADE POLICIAL DA ADMINISTRAÇÃO .....</b>	<b>27</b>
1. Fontes do Dever de Fiscalizar das Entidades Públicas.....	27
2. Actividade Administrativa de Polícia .....	29
3. Direito Penal, Direito Contra-Ordenacional, Sanções Administrativas e Medidas de Polícia .....	37
<b>D. DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO DE DEVERES DE PROTECÇÃO RELATIVAMENTE A ACTOS OU OMISSÕES DE TERCEIROS .....</b>	<b>44</b>
1. Quadro Geral do Direito Português.....	44
2. Análise dos Pressupostos de Responsabilidade Civil à Luz do Direito Português .....	48
2.1 Dano .....	48
2.2 Facto e Nexo de Causalidade .....	49
2.3 Qualificação do Facto: Ilicitude .....	52
2.4 Qualificação do Facto: Culpa.....	58
3. Responsabilidade pelo Risco.....	60
4. Concurso de responsabilidades entre Administração e ofensor .....	61
<b>E. CONCLUSÕES .....</b>	<b>62</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>65</b>

## A. INTRODUÇÃO

### 1. Objecto

Desde a teorização do conceito de Estado que lhe é associado, como função primeira, a protecção dos cidadãos de agressões internas ou externas ao mesmo<sup>1</sup>, radicado a sua origem numa obediência a um imperativo racional de transferência de poder do indivíduo para a comunidade política (HOBBS, Leviathan).

Contudo, tem-se assistido, desde a origem do conceito de Estado, a um progressivo alargamento do âmbito de protecção concedido por este e pelos poderes públicos aos cidadãos, desde logo manifestado no reconhecimento de um espectro crescente de *direitos humanos*. É disso exemplo não só a consagração dos chamados direitos de terceira geração – ou seja, direitos complexos, multipolares - mas também o advento do Estado de bem-estar, e a progressiva afirmação da regulação da actividade dos privados<sup>2</sup>.

Este reconhecimento de uma panóplia crescente de direitos – com tradução constitucional, como acontece no caso português – tem significado obrigações crescentes dos poderes públicos com a efectivação dos mesmos, não só através de prestações directas aos cidadãos – como sucede, por exemplo, em matéria de segurança social – mas também no âmbito do exercício de uma actividade fiscalizadora que assegure o respeito pelos direitos reconhecidos não só por parte do Estado, mas também pelos demais cidadãos.

Neste ponto, da efectivação do cumprimento dos direitos de particulares por parte de outros particulares, os poderes públicos têm continuado a evoluir os mecanismos de mitigação de potenciais conflitos, estabelecendo normativamente regras para o relacionamento das pessoas jurídicas, como sucede de forma mais evidente com o direito civil. Contudo, é traço comum

---

<sup>1</sup> Neste sentido REINHOLD ZIPPELIUS, Teoria Geral do Estado , pág. 162

<sup>2</sup> GOSTA ESPING-ANDERSEN, Three Worlds of Welfare Capitalism, em The Welfare Reader, ob. cit., pág. 160

dos Estados a inscrição no respectivo ordenamento jurídico de mecanismos preventivos e sancionatórios de comportamentos antijurídicos dos particulares, como é o caso do sancionamento através do direito penal e contra-ordenacional, mas também da previsão de sanções administrativas destinadas à protecção de interesses colectivos e públicos (por exemplo, em Portugal e ao nível do urbanismo, as figuras como o embargo e a cessação de utilização).

Contudo, com a inflação deste núcleo de protecção do Estado permite que se coloque com mais acuidade a questão de saber qual a responsabilidade dos poderes públicos decorrente da verificação de danos causados em particulares por terceiros e em que haja, por parte destes mesmos poderes públicos, um dever de fiscalização. JOÃO RAPOSO de alguma forma dá o mote, ao salientar, a propósito das *novas fronteiras* da responsabilidade civil da administração, não merecer seguramente controvérsia que nesses casos de actuação inspectiva ou fiscalizatória inexistente ou insuficiente a Administração não deve ficar impune<sup>3</sup>.

Saber se verdadeiramente assim é, e em que termos, é a questão que procurarei responder no presente estudo.

Trata-se antes de mais de um tema restrito à responsabilidade civil no âmbito do exercício função administrativa das entidades públicas. Está excluída deste trabalho, portanto, qualquer indagação relativamente à responsabilidade no exercício de outras funções do Estado, designadamente em matéria de omissão do dever de legislar – em que a questão se colocou, aliás, no âmbito do caso Aquaparque<sup>4</sup> -, ou da prevenção de danos futuros em sede jurisdicional, quando se omite, por exemplo a condenação de um criminoso que perpetue as suas actividades ilícitas.

---

<sup>3</sup> In *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58

<sup>4</sup> Sobre esta matéria ver, a título meramente exemplificativo, Maria Lúcia Amaral, "Dever de Legislar e Dever de Indemnizar a propósito do caso Aquaparque do Restelo", in *Themis*, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Ano I, nº2, 2000, pág. 93, citando os Acs. TC nºs. 1/97, 330/97 e 517/99

Está também excluído do âmbito deste trabalho qualquer indagação relativamente à responsabilidade civil contratual do Estado, uma vez que a pedra de toque deste estudo é a inexistência de obrigações contratuais.

Está ainda excluída da análise feita no presente trabalho a responsabilidade por exercício de exercício do poder regulamentar. Desde logo, embora possíveis, são de pequena relevância prática as situações em que um lesado possa vir demandar a Administração porque, por via regulamentar, não evitou que terceiros viessem a causar danos (embora, *mutatis mutandis*, o caso Aquaparque revele que a situação é possível). Por outro lado, os contornos específicos da questão implicam uma análise do conteúdo do poder regulamentar, da hierarquia das leis, e coloca problemas específicos por contra-ponto com a prática de actos administrativos ou o desenvolvimento de acções materiais pelos poderes públicos.

Julgo que a matéria que aqui se trata é de enorme alcance prático, uma vez que, em todas as áreas em que os poderes públicos estão incumbidos da protecção de direitos dos cidadãos contra potenciais ofensas de terceiros, este é um tema central, seja ao nível da segurança pública, da regulação bancária e do consumo, ou do urbanismo.

Contudo, este é um tema que não tem merecido da doutrina considerável atenção. No campo do direito da medicina, especificamente no que toca aos serviços prestados pelos estabelecimentos públicos de saúde, a questão tem sido analisada, e pontualmente os tribunais têm vindo a ser chamados a decidir relativamente a estas matérias. Mas não existe uma abordagem mais integrada à questão, que tentarei.

## **2. Plano de Estudo**

O tratamento do tema enunciado leva-me em primeiro lugar a analisar sumariamente a previsão dos deveres de vigilância no quadro do direito civil, designadamente no que respeita à respectiva função, fundamento, e natureza.

Seguidamente, e assente nesta base, será possível analisar em que medida os poderes públicos estão adstritos a um dever geral de fiscalização ou, pelo menos, de protecção. Partirei daí para a análise da possibilidade de verificação (ou não) dos pressupostos de responsabilidade civil extra-contratual dos poderes públicos no quadro da protecção dos particulares contra o comportamento de terceiros.

Finalmente, analisarei algumas questões conexas, designadamente relacionadas com o eventual concurso de responsabilidades dos poderes públicos com os particulares causadores do dano.

## B. OS DEVERES DE VIGILÂNCIA LEGAIS NO DIREITO CIVIL

### 1. Fundamento dos deveres de vigilância legais

A actividade humana implica riscos, *i.e.*, a *exposição a e o desenvolvimento de* um conjunto de actividades ou comportamentos com potencial de causar danos na esfera jurídica própria ou de outros. Em face da especial perigosidade do desenvolvimento de algumas actividades ou do comportamento de certos sujeitos, o ordenamento jurídico impõe, em determinadas circunstâncias, um dever de vigilância explícito ou implícito àqueles que, em regra, estão em melhores condições para gerir esse risco. É assim, por exemplo, no que toca aos menores, em que, no artigo 491.º do Código Civil, se prevê uma responsabilidade daqueles que, por lei ou negócio, estejam obrigados à vigilância daqueles. Existe, nestes casos, uma responsabilidade por monitorizar e eventualmente minorar o risco.

São várias as referências doutrinárias e jurisprudenciais aos deveres de vigilância. Os tribunais superiores referem-se-lhe frequentemente<sup>5</sup>, bem como a doutrina<sup>6</sup>, sendo certo, porém, que raramente é concretizada a respectiva definição<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Ver, a título meramente exemplificativo, a propósito dos deveres de vigilância da administração do condomínio, Ac. Rel. Porto de 18.10.2010 (proc. n.º 5166/06.3TBVNG.P1) ou, a propósito do dever de vigilância que incumbe aos pais, desde que não inibidos do poder paternal, Ac. STJ de 06.05.2008 (proc. n.º 08A1042).

<sup>6</sup> A título meramente exemplificativo, no que se refere responsabilidade civil da Administração, ver CARLOS CADILHA, “*Regime da Responsabilidade civil...*”, ob. cit. pág. 168, e no que tange à responsabilidade em sede de direito civil, HENRIQUE ANTUNES, *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*, ob. cit. e bibliografia aí citada.

<sup>7</sup> Deve não obstante referir-se que o citado Ac. STJ de 06.05.2008 (proc. n.º 08A1042) leva a cabo uma aproximação ao conceito, distinguindo, naquele caso, entre uma vertente ampla de dever de vigilância (que corresponde à adequada formação da personalidade do menor, através da sua educação) e uma mais restrita (que corresponde aos cuidados e cautelas que, em concreto, devem ser adoptados em cada momento e em cada situação), mas não constitui propriamente uma definição do conceito.

No Código Civil, expressões relacionadas com obrigações de vigilância são relativamente escassas: encontram-se no n.º 1 do artigo 489.º (indenização por pessoa não imputável), no artigo 491.º (responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem) n.º 1 do artigo 493.º, no artigo 1121.º (noção de parceria pecuária), no artigo 1906.º e 1954.º (exercício do poder paternal em caso de divórcio, e atribuições de conselho de família, respectivamente), e no artigo 2320.º (noção de testamentaria).

É aliás merecedor de destaque o facto de as referências a *vigilância* em sede das normas destinadas a regular a responsabilidade civil serem as mais numerosas, facto que não é seguramente coincidência. Aliás, a própria doutrina aborda frequentemente a matéria dos deveres extra-contratuais de vigilância no quadro do respectivo regime de responsabilidade civil: explica-o essencialmente o facto do regime de responsabilidade civil extra-contratual esclarecer as situações em que as condutas legalmente impostas serão juridicamente censuradas, assim definindo os limites da legalidade do comportamento do vigiante – embora tal não afecte o juízo sobre o cumprimento ou incumprimento do dever de vigilância, que é pressuposto à aplicação do regime de responsabilidade civil, mas que cronologicamente sucederá antes da necessidade de convocar o regime de responsabilidade civil.

Por exemplo, tanto o artigo 491.º como o artigo 493.º prescrevem respectivamente uma presunção de culpa dos incumbidos da vigilância de terceiros, e daqueles que tenham em seu poder coisas móveis ou imóveis, com o dever de as vigiar. Mas de igual forma contemplam a possibilidade da presunção ser elidida através da demonstração, no primeiro caso, que inexistiu culpa da parte daqueles – ou que, mesmo com a diligência devida, se não teriam evitado os danos – e, no segundo, que nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua.

De todo o modo, será em última instância o regime da responsabilidade civil – e não o regime próprio e concreto de cada dever de vigilância – que ditará se um eventual incumprimento dos deveres de vigilância terá consequências. Poderá dizer-se até que o regime da responsabilidade civil está assim para os deveres de protecção, como o regime do incumprimento do contrato está para os deveres contratuais.

Mas noutra perspectiva, o regime de responsabilidade civil permite também perceber algumas características dos deveres de vigilância:

- a) Desde logo, através da sua análise é melhor perceptível em que termos implicam em regra relações jurídicas complexas, em que pode estar em causa não apenas uma relação tendencialmente bi-lateral entre dois sujeitos, mas que implica terceiros além do vigiante e o vigiado (pense-se no exemplo da criança que não é impedida pelos pais de causar danos num veículo de um terceiro). E mesmo que não implique pessoas jurídicas terceiras, exige pelo menos, de um objecto externo aos sujeitos (em vez da criança, um imóvel em ruínas).
- b) Por outro lado, e retomando o exemplo dos artigos 491.º e 493.º, verifica-se no âmbito da sua análise que os deveres em causa não são obrigações de resultado. Com efeito, a responsabilização não operará sempre que se verificar apenas o dano que se pretenderia evitar com a vigilância: não é portanto *matemático* que em todas as situações em que um menor produza danos em veículos alheios haja responsabilidade dos pais. Exige-se, ao invés, uma avaliação da contribuição da conduta do agente para a efectiva produção dos danos, ainda que em ambos os casos dos artigos citados o lesado beneficie de uma presunção de culpa que pende sobre obrigado aos deveres de vigilância.

Dada esta relevância sumariamente comprovada do regime de responsabilidade civil no quadro dos deveres de vigilância, irei dedicar a maioria desta primeira parte à análise do regime de responsabilidade civil por violação de deveres de vigilância. Porém, antes de o fazer, é mister delimitar o conceito de deveres de vigilância, bem como o conteúdo comum a todos estes deveres, a fim mesmo de delimitar os conceitos utilizados e permitir um posterior contraste com o regime da responsabilidade da administração por omissão de deveres de vigilância.

\*

Deve deixar-se claro que, em sede de responsabilidade civil, a acepção de risco – ou, melhor, de responsabilidade pelo risco – que aqui utilizei, embora útil para compreender o fenómeno

dos deveres de vigilância, é juridicamente desajustada, uma vez que o conceito em termos jurídico assume, como se sabe, um significado distinto: *responsabilidade pelo risco* não será uma obrigação de minimizar um *potencial de lesão*, mas uma enumeração legal de casos em que, independentemente da culpa do agente, este responderá por danos causados (vide 483.º, n.º 2 do Código Civil).

Como refere ANTUNES VARELA a consagração da responsabilidade é limitada, dado que “*não seria justa a solução de obrigar as pessoas a responder perante outrem por actos de que não são culpadas*”, justificando-se a respectiva consagração com a existência de “*importantes sectores da vida em que as necessidades sociais de segurança se têm mesmo de sobrepor às considerações de justiça alicerçadas sobre o plano das situações individuais*”<sup>8</sup>.

Existe, por isso, uma diferença entre *vigiar um risco*, e dever indemnizar a título de *responsabilidade pelo risco*: veja-se, neste sentido, a previsão do artigo 491.º do Código Civil respeitante à responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância – e, diríamos, de minimização do risco do comportamento – de outrem, enquadrado fora da subsecção dedicada à responsabilidade pelo risco.

\*

Apesar de já se ter referenciado supra, é importante sublinhar que ao longo de toda esta exposição apenas nos referimos aos deveres de vigilância legais. Embora deveres de vigilância legais e contratuais partilhem algumas referências em sede de responsabilidade delitual, designadamente no artigo 491.º, dispõem de contornos diferentes, e apenas os primeiros permitirão depois confrontar com o regime dos eventuais deveres de vigilância legais da Administração.

---

<sup>8</sup> ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, pág. 631

## 2. Conteúdo dos deveres de vigilância

Nos casos citados dos artigos 491.º e 493.º o dever de vigilância não corresponde a uma obrigação de resultado, mas de meios. Ora da análise dos demais artigos referentes à responsabilidade subjectiva por factos ilícitos – designadamente também do artigo 492.º - percebe-se que a natureza da obrigação (meios, e não fins) é efectivamente um traço comum a todos os deveres de vigilância, o que aliás se justifica com facilidade: o vigiante dificilmente tem domínio sobre todas as situações que podem eventualmente causar o resultado que a lei pretendia evitar, e, assim sendo, a ser responsabilizado pelo resultado, estaria a ser sancionado por algo que não estava no seu campo de possibilidades evitar.

Mas então a que meios (ou, melhor dito, a que diligências) estão os obrigados aos deveres de vigilância adstritos. Ou seja, a que corresponderá a *vigilância*?

Como vimos, várias situações jurídicas correspondem a deveres de vigilância, seja dos pais de menores, ou dos proprietários dos edifícios. E todas dispõem de conteúdos funcionais diferentes. Contudo, existem vários denominadores comuns, a saber:

- a) Todas correspondem a deveres jurídicos s.s., nos termos do qual o vigiante responde por actos próprios;
- b) Em todas, o conteúdo da obrigação de vigilância é necessariamente composta, uma vez que o agente obrigado ao dever de vigilância está incumbido:
  - a. De um dever de atenção/accompanhamento das actividades a ser desenvolvidas relativamente ao objecto da vigilância, que corresponde semanticamente a uma obrigação de vigiar, decorrente da previsão legal específica que consagra o dever;
  - b. De uma dever de intervenção nos casos em que se verifique a iminência de ofensa de um direito de terceiro, que, uma vez consumado, pode redundar na

aplicação do regime de responsabilidade civil constante dos artigos 483.º e seguintes do Código Civil, como veremos.

Ou seja, o guarda-florestal não deve apenas permanecer vigilante, mas, detectando o início de um incêndio, não pode permanecer indiferente, tomando medidas no sentido de alertar para a respectiva mitigação. O proprietário de um cão perigoso deve não só assegurar a colocação de açaimes, mas também intervir nos casos em que este ataque terceiros. O proprietário de um imóvel deve não só assegurar o bom estado do mesmo, mas também a intervenção reparadora quando detecte que um eventual estado de degradação pode ameaçar terceiros (ou a promoção de outras acções que evitem a ameaça, como a colocação de avisos).

Poder-se-á assim definir o dever de vigilância legal como o *dever de levar a cabo um conjunto de acções com vista a limitar riscos alheios ao próprio sujeito, através do acompanhamento de determinado objecto e de intervenção junto deste.*

\*

Contudo, deve salientar-se que a muitas vezes a mera existência de uma relação funcional não tem sido entendida por si só fundamento bastante para a existência subjacente de um dever de vigilância: a relação de paternidade, por exemplo, não deve ser entendida como significando uma obrigatoriedade de vigilância ininterrupta, sob pena até de perturbar o normal desenvolvimento da criança. Assim o referia VAZ SERRA<sup>9</sup>, interpretação que tem vindo a ser seguida pelos Tribunais<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> *Responsabilidade de Pessoas Obrigadas...*, pág. 400

<sup>10</sup> Ver, a título meramente exemplificativo, Ac. do STJ de 20/3/91, (BMJ 405, pág.220), Ac do STA de 15-10-2002 (processo n.º 02A2638) e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05-12-2006 (processo n.º2000/03.0TBVIS.C1)

### 3. Aproximação ao Regime de Responsabilidade Civil e Análise dos pressupostos da responsabilidade civil por omissão de deveres de vigilância

A produção de um dano é uma consequência de um comportamento (ou ausência deste), e assim sendo cronologicamente este antecede a produção de daquele. Mesmo nos casos em que o comportamento seja praticamente contemporâneo da lesão, existirá sempre nem que seja uma fracção de segundo que os separa. Numa injúria, o som propaga-se e, chegando a mensagem ao destinatário, carece de intelectualização e compreensão. Numa agressão, após o impacto do lesante seguem-se processos físicos e biológicos que geram uma possível incapacitação ou dor, ou outro possível resultado daquela.

Contudo, apurar a responsabilidade de um sujeito implica o processo inverso: permito-me discordar de PEDRO NUNES DE CARVALHO, que refere que é o facto social que chama a atenção do Direito. É o dano que justifica em primeiro lugar a consagração de um regime de responsabilidade civil, é no plano concreto é o dano que justifica o início de uma averiguação com vista a identificar a origem da lesão, e afinal se existe dever de ressarcir.

De todos os pressupostos da responsabilidade civil – que podemos admitir, embora com algumas divergências na literatura<sup>11</sup>, como sendo o *dano*, *nexo de causalidade*, *facto*, *ilicitude* e *culpa* – os três primeiros, total ou parcialmente este propósito investigatório causal: mapeiam duas referências no tempo e no espaço, testando o caminho entre elas, ora mais ou menos acidentado. E apenas depois se procura qualificar juridicamente o facto identificado. Já a doutrina tradicionalmente faz uma aproximação metodologicamente diferente aos pressupostos da responsabilidade civil – seguindo a praticamente inversa ordem, começando por descreve-los como facto, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade<sup>12</sup>. Mas esta abordagem desde logo não sinaliza um ponto de partida *usável* na aplicação prática do instituto, e recorre ao que poderíamos provocatoriamente referir como *marcadores somáticos*

---

<sup>11</sup> Neste sentido, e a título meramente exemplificativo, ver MENEZES LEITÃO, Direito das Obrigações, vol. I, pág. 255, ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, vol. I, pág.

<sup>12</sup> ANTUNES VARELA, por exemplo, identifica o facto, ilicitude, imputação do facto ao lesante, dano e um nexo de causalidade entre o facto e o dano (Obrigações em Geral, vol. I, pág. 526).

*jurídicos* para identificar um facto de onde partir para a análise. Mas é inconcebível, para procurar a origem de um dano, começar o percurso racional por todos os factos humanos, mesmo que delimitados por determinado *raio de acção*.

Por exemplo, quando se verifique uma colisão automóvel, temos por certa a existência de um dano, mas, a convicção sobre a origem do mesmo, embora empiricamente formada no momento da colisão, pode vir a revelar-se errada: pense-se por exemplo no caso de o choque ter sido em cadeia.

E por isso, para efeitos da presente exposição, começarei, portanto – de forma naturalisticamente temperada – pelo pressuposto dano, descortinando a cadeia de eventos e pressupostos que, com os critérios legalmente estabelecidos, se pode considerar juridicamente a causa desta lesão e fundadora do dever de indemnizar. Este método poderá até determinar que não se encontre a final um comportamento humano passível de constituir a causa do dano. Mas tal apenas se saberá com certeza depois de percorrer este caminho.

\*

Os deveres de vigilância podem ter por objecto, como vimos, pessoas físicas ou objectos. Consequentemente, nem sempre existirá uma relação triangular entre três pessoas jurídicas: bastará para tal que o dano seja causado por um objecto e não por uma pessoa. Não irei, contudo, debruçar-se sobre estes casos, dado que seria de pouca utilidade para a discussão central deste trabalho: não têm depois paralelo com as situações de hipotética responsabilização da Administração por comportamentos de terceiros, que pressupõe a existência de uma relação triangular.

\*

Tendo também presente a especial complexidade das situações de vigilância, é comum vir a verificar-se mais do que um facto inserido no processo causal que conduziu à lesão. Tome-se o exemplo de uma criança, submetida a vigilância, que arremesse pedras a carros que transitem na via pública. Existe aqui uma acção aparentemente causadora do dano – o

arremessar de pedras – bem como uma omissão – a falta de promoção de diligências com vista a evitar esse comportamento do vigiado. Evidentemente que *no plano meramente causal*, como veremos, verificar-se causalidade relativamente aos factos de ambos os sujeitos, um porque produziu uma acção, e o segundo porque não a evitou. Contudo, em situações normais, cronologicamente o vigiante deve evitar o comportamento do vigiado antes de este se ter produzido, neste caso evitando a projecção das pedras (embora não seja inconcebível que a acção do vigiante seja posterior ao facto, mas ainda assim em tempo de evitar o dano, desviando, por hipótese, o rumo das pedras).

Na ordem cronológica invertida que adopto dever-se-á, por isso, analisar primeiro o comportamento daquele que surge mais recentemente ou, melhor dito, mais facilmente relacionável com o dano, quanto a todos os pressupostos de responsabilidade civil – ou seja, do vigiado.

A responsabilização do vigiante apenas operará por referência à actuação do vigiado. Dado que o vigiante actua em cumprimento de uma sujeição que especificamente lhe é dirigida pelo ordenamento jurídico, e responde por actos próprios, apenas fará sentido discutir a sua responsabilização caso se verifiquem, relativamente ao vigiado, os pressupostos de responsabilidade civil que não dependem da apreciação de uma vontade livre e esclarecida, ou seja, a culpa. Esgotada a análise dos pressupostos de responsabilidade civil e preenchidos os respectivos pressupostos – à excepção de culpa – se poderá equacionar a responsabilização do vigiante.

De novo invocando o exemplo da criança lançadora das pedras, se este arremesso for feito no âmbito de um jogo numa feira de diversões, e se partir um copo cujo objectivo era precisamente que fosse partido no jogo, não se justifica a sua responsabilização e, por arrasto, do vigiante.

Poder-se-ia salientar que o próprio vigiante poderia ele próprio produzir directamente determinado dano. Mas neste caso, e como será mais visível na análise em sede de ilicitude, aqui ele não estaria a agir no quadro das obrigações de vigilância uma vez que seria este agente de primeira linha na causa do dano.

\*

É a análise do preenchimento ou não dos pressupostos da responsabilidade civil que permitirá apurar em que circunstância poderá haver responsabilização por violação dos deveres de vigilância. Impõe-se por isso percorrer telegraficamente o regime dos artigos 483.º e seguintes do Código Civil, bem como os pressupostos de responsabilidade civil extra-contratual que referi.

Sem prejuízo de não ser comportável neste estudo a análise e discussão crítica aprofundada de cada um dos pressupostos, ainda assim far-se-á uma referência sumária aos contornos mais específico da responsabilidade civil por omissão de deveres de vigilância.

### 3.1 Dano

Como referimos, apenas verificado um dano se justificará procurar junto dos demais pressupostos da responsabilidade civil a existência de um eventual dever de indemnizar, cumprindo assim a função reparadora deste instituto.

O dano é definido pela doutrina de diversas maneiras, seja como “*perda in naura que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar*”<sup>13</sup>, como “*frustração de uma utilidade que era objecto de tutela jurídica*”<sup>14</sup> ou como “*todo o prejuízo que o indivíduo sujeito de direito sofra na sua pessoa e bens jurídicos com a ressalva dos causados pelo próprio*”<sup>15</sup>. São também feitas tradicionalmente distinções entre:

- a) *Dano real e dano patrimonial*, sendo que o primeiro corresponde ao prejuízo físico ou moral resultante do comportamento do lesante (por exemplo os bens partidos ou danificados), e o segundo os encargos necessários com vista a repor a situação que não existiria não fosse a lesão (por exemplo o custo dos bens para substituir os bens danificados).
  
- b) *Danos patrimoniais e danos morais*, entendendo-se aqui o *dano patrimonial* como abrangendo “*os prejuízos que, sendo susceptíveis de avaliação pecuniária, podem ser reparados ou indemnizados senão directamente (...) pelo menos indirectamente*”<sup>16</sup>. Já os *danos morais* serão os “*prejuízos que, sendo insusceptíveis de avaliação pecuniária (apenas podem ser compensados com a obrigação pecuniária imposta ao agente*”<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, ob. cit. pág. 598

<sup>14</sup> MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, ob. cit. pág. 294

<sup>15</sup> GOMES DA SILVA, *Dever de prestar e dever de indemnizar*, pág. 6

<sup>16</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, ob. cit. pág. 600

<sup>17</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, ob. cit. pág. 601

c) *Danos directos e indirectos*

MANUEL GOMES DA SILVA<sup>18</sup>, retomado depois por PEDRO NUNES DE CARVALHO<sup>19</sup>, enuncia quatro classes de danos:

- a) “*Aquele que consiste na perda ou deterioração de um bem existente no património jurídico do ofendido*”, que obviamente poderá verificar-se no caso de uma criança não vigiada partir causar ferimentos a um terceiro;
- b) “*Gastos extraordinários que, em virtude da lesão dum direito, o ofendido é forçado a fazer*” por exemplo, com a substituição de bens partidos em consequência do desmoronamento de um muro;
- c) “*Dano consistente no desaproveitamento de despesas já feitas*”, como, segundo refere o autor, acontecerá no caso de desaproveitamento dum bilhete de comboio que o respectivo proprietário se vê impedido de utilizar;
- d) *Lucros cessantes*, que poderão suceder caso o lesado seja impedido de realizar um negócio do qual adviriam vantagens patrimoniais.

Ora estes danos tanto podem suceder nos casos de acção, como omissão, e ainda especificamente de omissão de deveres de vigilância, pelo que se conclui que um eventual incumprimento de um dever de vigilância ao nível do dano não apresenta traços ou características distintivos próprios relativamente às demais situações susceptíveis de redundar na conclusão de um dever de indemnizar<sup>20</sup>.

\*

---

<sup>18</sup> *Dever de prestar e dever de indemnizar*, pág. 74 e 75

<sup>19</sup> *Omissão e Dever de Agir...*, ob. cit., pág. 82

<sup>20</sup> Implicitamente, PEDRO NUNES DE CARVALHO, *Omissão e Dever...*, ob. cit., pág. 83

Por último, embora não seja também um traço característico dos deveres de vigilância, deverá chamar-se a atenção para um aspecto que nestes é comum: nos casos em que o apuramento da responsabilidade civil extra-contratual implique mais do que dois sujeitos jurídicos (mesmo que se não verifique o requisito culpa relativamente a um destes) o **mesmo dano** será relevante para analisar o comportamento do vigiado como do vigiante.

### 3.2 Facto e Nexo de causalidade

Verificado um dano a um bem jurídico tutelado, o passo lógico seguinte é encontrar a sua origem, estando preparados para que esta resida (ou não) num comportamento de terceiro, e que seja ora mais evidentemente originário, ora menos. E só identificado este facto, será possível percorrer os demais pressupostos da responsabilidade civil, até porque a ilicitude e a culpa apenas podem ser analisadas por referência a um comportamento concreto dominável pela vontade.

Neste processo investigatório da origem do dano, o intérprete desenvolve operações com vista, como refere ANTUNES VARELA, a “*seleccionar aqueles que o direito considera causados pelo facto*”<sup>21</sup> num processo cognitivo dialéctico que opera essencialmente, num *primeiro momento*, identificando um facto físico com contornos passíveis de satisfazer critérios de relacionamento com o dano, e, num *segundo momento*, aprofundando a análise relativa à causalidade juridicamente relevante entre este facto e o dano, já com critérios diferentes.

\*

Esta procura é feita desde logo entre fenómenos físicos (aqui entendidos em sentido lato, incluindo omissões), e não virtuais, porque apenas exteriorizações (ou ausência destas) são capazes de produzir consequências, e assim consequências jurídicas. Mas para que revista relevância jurídica, o facto deverá corresponder a uma conduta humana, e ser dominável ou controlável pela vontade, sob pena de não ser possível responsabilizar qualquer sujeito. Isto não significa, porém, que a conduta deva corresponder meramente a uma acção. Como se sabe, é inteiramente pacífico que quer as condutas positivas ou omissivas são potencialmente geradoras de responsabilidade civil – aliás, como nos recorda o artigo 486.º do Código Civil. E no quadro da omissão de deveres de vigilância, se o conteúdo do dever é, como vimos, acompanhar determinada realidade e, em situações patológicas, intervir, o facto apenas poderá corresponder a uma falta de diligência, e portanto a um comportamento omissivo.

---

<sup>21</sup> *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., pág. 617

\*

Na busca do facto causador do dano, a identificação do facto no primeiro momento que referi não deixa de ter em consideração uma ideia pré-concebida de causalidade, mesmo que não a juridicamente relevante. A não ser assim, nos casos em que os eventos não fossem testemunhados, nenhuma razão haveria para que fosse seleccionado um determinado facto e nenhum outro (em regra dificilmente se irá invocar como causador do dano, no caso de uma colisão frontal entre dois veículos, ao invés da ultrapassagem perigosa, por absurdo o facto de um transeunte estar a caminhar no passeio com um saco na mão).

Contudo, uma vez seleccionado um facto, e para que seja juridicamente relevante, não basta só estabelecer uma relação causal meramente naturalística entre este e o dano: a ser assim, estaríamos perante a teoria da condição *sine qua non* – hoje unanimemente afastada pela doutrina – e que tomaria como causa do dano o facto sem o qual aquele não se produziria. Contudo, como é frequentemente assinalado, esta formulação implicaria a possível responsabilidade de sujeitos cujo comportamento nada teria de censurável, apenas porque se encontravam no *caminho crítico* que levou à produção de determinado dano (como o lojista que se demorou um pouco mais a entregar determinado bem, demora sem a qual o adquirente não estaria a atravessar a rua quando um automóvel em excesso de velocidade se aproximou e o atropelou).

De entre os vários critérios para o estabelecimento do nexo de causalidade – que não cabe no âmbito deste trabalho discutir –, é praticamente unânime na doutrina que o legislador acolheu a teoria da causalidade adequada, sendo que na leitura da jurisprudência dominante, a **teoria da causalidade adequada**, postula que “*para que um facto seja causa de um dano é necessário, antes de mais, no plano naturalístico, que ele seja condição sem o qual o dano não se teria verificado e, depois, que o facto concreto apurado seja, em geral e em abstracto, adequado e apropriado a produzir o dano*”. Apontando a existência de duas variantes – positiva e negativa – refere-se que, segundo a primeira, “*o facto só será causa adequada do dano sempre que este constitua uma consequência normal ou típica daquele, isto é, sempre que verificado o facto, se possa prever o dano como uma consequência natural ou como um*

*efeito provável dessa verificação”, prevendo a negativa que “o facto que actuou como condição do dano deixa de ser considerado como causa adequada, quando para a sua produção tiverem contribuído decisivamente circunstâncias anormais, excepcionais, extraordinárias ou anómalas, que intercederam no caso concreto”*<sup>22 23</sup>.

O artigo 593.º do Código Civil, cuja epígrafe é precisamente “*nexo de causalidade*” está formulado nos seguintes termos: “*A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão*”. Ou seja, o B só terá de indemnizar o A pelos estragos na porta do carro deste, se se verificar que a porta provavelmente não estaria amolgada se o B não tivesse embatido nela. Assim, como explica MENEZES LEITÃO, “*a averiguação da adequação abstracta do facto a produzir o dano só pode ser feita a posteriori, através da avaliação se seria previsível que a prática daquele facto originasse aquele dano (prognose póstuma)*”<sup>24</sup>.

Este critério recomenda, pois, que se idealize um cenário em que não existisse a acção ou omissão, e apurar se, provavelmente, em face da ausência desta, os danos se produziram igualmente ou não. Se se responder afirmativamente, ou seja, que os danos se produziram do mesmo modo, então não haverá nexo de causalidade (dado que o agente não interferiu negativamente no processo causal). Se se responder negativamente, ou seja, que os danos provavelmente não se produziram, então o facto ou a omissão relevou e deve ser tido como verificado o nexo de causalidade.

Explica PEREIRA COELHO que “[no artigo 563.º] se consagrou a teoria da causalidade adequada, pois, ao empregar a palavra «provavelmente», o legislador quis afirmar uma ligação positiva, em termos de juízo de probabilidade, entre o facto lesivo e o dano”<sup>25</sup>. A

---

<sup>22</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02.04.2004 (processo n.º 04A3457, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

<sup>23</sup> Em sentido semelhante veja-se, a título de exemplo, PEDRO NUNES DE CARVALHO, *Omissão e Dever de Agir em Direito Civil*, ob. cit., pág. 61

<sup>24</sup> *Direito das Obrigações*, vol. I, ob. cit. pág. 305

<sup>25</sup> Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil, ob. cit., pág. 412

maioria da doutrina e a jurisprudência encontram-se alinhadas neste ponto, entendendo-se ainda que o legislador consagrou a formulação negativa da teoria da causalidade adequada<sup>26</sup>, embora, como reconhece ANTUNES VARELA “*não há nenhuns elementos seguros, nem na letra, nem no espírito da disposição que indiquem uma opção firme por parte da lei*” embora este autor venha depois a perfilhar a formulação negativa<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02.04.2004 (processo n.º 04A3457, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), no qual se lê que “*Por mais criteriosa, deve reputar-se adoptada pela nossa lei a formulação negativa da teoria da causalidade adequada*”

<sup>27</sup> Das Obrigações em Geral, vol. I, pág. 900

### 3.3 Ilicitude e Culpa

Da previsão do artigo 483.º, encontra-se a referência à violação ilícita “*de direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios*”, sendo que a doutrina tradicionalmente releva a violação de deveres de vigilância no quadro desta segunda modalidade, que por sua vez, no tema que aqui trato, se identifica com o conceito de normas de protecção (uma vez que a fonte da obrigação não é o contrato).

Acompanho PEDRO NUNES DE CARVALHO quando defende que “*o legislador português optou pelo sistema formal de definição das fontes do dever de garante*”<sup>28</sup> e consequentemente, no que respeita a cada facto, deve procurar identificar se, em face da distinção feita *supra* acerca do conteúdo dos deveres de vigilância, o comando legal foi ou não respeitado.

Afastando-se a obrigação de um dever de atenção (como o faz, aliás, o Ac. do STJ de 06-05-2008 (processo n.º 08A1042) não estarão verificados os pressupostos de responsabilidade. Existindo uma violação do dever de intervenção sem que preexistisse um dever de atenção, nenhum ónus jurídico imponderia sobre determinado agente compelindo-o a agir.

De todo o modo, a ilicitude sempre traduzirá uma qualificação do facto: o facto não é naturalisticamente ilícito, apenas adquirindo essa qualidade em face do contexto jurídico que o classifica.

\*

Já no que respeita ao quinto e último pressuposto, o aspecto mais relevante a destacar no quadro dos deveres de vigilância é a presunção legalmente consagrada nos artigos 491.º e 493.º. A consagração desta presunção, no caso do artigo 491.º significa que, uma vez provados os respectivos pressupostos, ficará o vigiante com o ónus de provar que os comportamentos não procederam de culpa sua (artigo 491.º).

---

<sup>28</sup> *Omissão e Dever de Agir...*, pág. 213

Mas o que apareceria como uma questão de culpa acaba sendo mais ampla: a prova do cumprimento dos deveres de vigilância não implica apenas uma prova de acção diligente, mas uma prova da conformidade com os comandos legais que sobre este pendem.

## C. DA ACTIVIDADE POLICIAL DA ADMINISTRAÇÃO

### 1. Fontes do Dever de Fiscalizar das Entidades Públicas

A atribuição, aos cidadãos, de um conjunto de direitos ou a salvaguarda de posições de protecção ficariam incompletas sem a previsão de um conjunto de mecanismos que os permitam salvaguardar de incursões lesivas de terceiros.<sup>29</sup> Tal apenas não seria assim constatada que fosse a *ausência de qualquer risco* de adopção de comportamentos incompatíveis com as normas vigentes, ou um custo social e económico desprezível desse incumprimento que tornasse injustificada a aplicação de recursos públicos nas funções preventivas e sancionadoras – o que obviamente não sucede. Assim, é novamente necessário aqui retomar a ideia de *risco* para justificar uma resposta adequada ao potencial incumprimento da lei, e que alguma doutrina estrangeira associa à maximização directa ou indirecta o bem-estar social<sup>30</sup> (muito embora não julgue que esta correlação possa ser estabelecida, desde logo porque o cumprimento da própria lei, pela sua eventual imperfeição, pode não ter como consequência esse desiderato).

A transferência de poderes da esfera individual para a esfera pública, designadamente para o Estado e para as demais entidades públicas - no quadro do exercício da soberania que reside no povo (artigo 2.º) e é exercida em nome deste (*vide* artigo 202.º da Constituição), justifica que este, em nome do mesmo interesse colectivo transferido, exerça a sua autoridade de exigir coercivamente a aplicação das regras.

Esta é, aliás, uma condição para a garantia da segurança dos cidadãos constitui um dos fundamentos do Estado, assegurando, no plano interno – que aqui releva - a protecção dos cidadãos contra agressões de outras pessoas, sejam elas singulares ou colectivas, privadas ou públicas.

---

<sup>29</sup> Sobre a necessidade de manutenção das funções policiais no quadro do Estado Social, ver ANDRÉ FOLQUE, Curso de Direito da Urbanização, ob. cit. , pág. 261

<sup>30</sup> A. MITCHELL POLINSKY E STEVEN SHAVELL, ob. cit. pág

Em abstracto, é concebível que uma actividade fiscalizadora – ou seja, de detecção e sancionamento – não tenha como fundamento a lei. São aliás vários os Estados que não utilizam a lei – ou que recorrem a interpretações sem sustentação legal - como critério no quadro da actividade de detecção e eventual punição de comportamentos. Tal não é, contudo, traço comum ao regime gizado na Constituição Portuguesa e comum às democracias ocidentais, em que a igual condição dos cidadãos e a sua igual contribuição individual para a permissão de exercício de poder pelos órgãos de soberania justifica a também a generalidade e abstracção em sede das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, como é o caso das leis que prevejam a possibilidade de aplicação de uma sanção.

## 2. Actividade Administrativa de Polícia

Na Constituição da República Portuguesa encontram-se variadas referências explícitas a deveres de fiscalização do Estado: veja-se o conteúdo do n.º 5 do artigo 63.º (fiscalização da actividade e funcionamento das instituições particulares de solidariedade social), da alínea b) do n.º 3 do artigo 64.º (fiscalização das formas privadas de medicina), do n.º 2 do artigo 75.º (fiscalização do ensino particular e cooperativo) ou do n.º 1 do artigo 86.º (fiscalização, pelo Estado, da actividade empresarial)<sup>31</sup>.

O artigo 272.º - cuja epígrafe é, precisamente, “*Polícia*”, assume, neste tema, uma preponderância especial. Como explicam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, este preceito agrega o chamado direito constitucional de polícia – não se limitando a tratar o conceito de polícia administrativa, mas estabelecendo “*princípios gerais aplicáveis a todos os tipos de polícias, de forma a abranger a) a polícia administrativa em sentido estrito b) a polícia de segurança e c) a polícia judiciária*”<sup>32</sup> – mas considerando-o numa perspectiva também funcional, vocacionada para a defesa dos direitos dos cidadãos.

É aliás, esta a vertente que importa salientar no quadro deste estudo: o texto constitucional acentua, no quadro da dimensão pessoal dos órgãos de polícia, a tónica da defesa, por estes, da legalidade democrática e de garantia da segurança interna e dos direitos dos cidadãos. Ainda segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a propósito da referência da lei fundamental à “*legalidade democrática*”, escrevem estes autores que nela se deve ler “*a ideia de garantia de respeito e cumprimento das leis em geral, naquilo que concerne à vida em colectividade*”<sup>33</sup>, acrescentando ainda, sobre o n.º 1 do artigo 272.º, que “*é também função da polícia defender os direitos dos cidadãos (n.º 1, in fine). Trata-se de uma das vertentes da obrigação da protecção pública dos direitos fundamentais – que deve ser articulada com o*

---

<sup>31</sup> Não referimos aqui obviamente as referências a fiscalização de actos normativos, dado que se inserem no círculo interno da actividade dos poderes públicos.

<sup>32</sup> Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. II, ob. cit., pág. 858

<sup>33</sup> Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. II, ob. cit., pág. 859

*direito à segurança (art. 27.º-1) – constituindo o Estado na obrigação de proteger os cidadãos contra a agressão de terceiros dos seus direitos”.*

Este comando constitucional claro especificamente dirigido, mediante intermediação pela legislação ordinária, à preservação dos direitos fundamentais e dos direitos dos cidadãos em geral deve ser tido em consideração na avaliação, posteriormente feita da responsabilidade da Administração.

\*

A par destas referências explícitas, são previstas na Constituição, em especial no quadro dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais (Título III) incumbências do Estado num conjunto variado de domínios, que se estendem da saúde à habitação e à qualidade de vida, à habitação e à vida familiar, apenas para mencionar alguns.

A promoção destes valores é garantida através da adopção de medidas positivas assegurem a garantia do núcleo essencial dos direitos consagrados na Constituição, mas frequentemente através de competências que visam evitar o decréscimo de garantias asseguradas no quadro constitucional e legal, que é afinal, uma actividade fiscalizadora.

\*

Ao nível da legislação ordinária multiplicam-se as referências a competências de fiscalização, atribuídas variados órgãos e entidades: a título meramente exemplificativo cite-se, em matéria de ruído, os artigos 26.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 9/2007, de 17 de Janeiro (regulamento geral do ruído), em matéria urbanística os variados artigos dedicados à matéria da fiscalização e preservação da legalidade urbanística, em matéria de contratação pública.

Não obstante as alterações de modelo ocorridas em matéria de regulação<sup>34</sup> e as diferenças de aproximação em função consoante o sector económicos que esteja em causa, assiste-se nos últimos anos uma tendência para a desvalorização do controlo *ex ante* da actividade dos privados, incrementando e valorizando o grau de controlo (fiscalização) *ex post*. Cite-se a título de exemplo, as alterações operadas nos últimos anos operadas ao regime jurídico da urbanização e da edificação quer pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro, quer pelo Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30 de Março, ou o recente diploma referente ao “Licenciamento Zero” (Decreto-lei n.º 48/2011, de 1 de Abril).

Mas muito embora, também da leitura do texto constitucional e da legislação ordinária, se conclua que a fiscalização é um dado adquirido no quadro constitucional português, essa presença não dispensa uma curta incursão no campo dos fundamentos e justificação do conceito de fiscalização: o próprio conceito de fiscalização deve ser *fiscalizado* e concretizado, para garantir compreensibilidade e delimitação do universo em discussão, especialmente tendo em consideração que, no que toca ao panorama doutrinal nacional, poucas são as referências a esta matéria.

\*

O texto constitucional não parece afastar-se da acepção tradicional de fiscalização, que tem com sinónimos os conceitos de *vigiar*, *examinar*, ou *velar por*. Contudo, releva desde logo salientar que o objecto a actividade fiscalizadora da Administração Pública não se reconduz unicamente ao acompanhamento dos comportamentos das pessoas, **podendo incidir sobre a própria actividade administrativa.**

Ao dispor de uma rede de distribuição de gás, a entidade pública estará naturalmente obrigada a fiscalizar as condições de segurança sob sua exploração, estando em causa consequentemente e causa a contenção de riscos próprios da sua actividade. De todo o modo, tal não deixa de revelar que **existe um tipo de fiscalização que poderá não implicar o exercício de prerrogativas de autoridade**, mas não obstante é desenvolvida por uma

---

<sup>34</sup> Veja-se, neste sentido, *Regulação em Portugal...*, ob. cit., pág. 27

entidade pública no exercício das suas atribuições, e como tal dificilmente poderia deixar de se classificar como pública.

Daí que a expressão *fiscalização pública* consista num conceito amplo que efectivamente abarca fiscalização meramente interna de controlo de riscos próprios das entidades públicas, mas também o *controlo exercido pela Administração sobre a actividade dos particulares*. Ora esta actividade na doutrina portuguesa tem vindo a ser designada de *actividade policial da Administração*.

O conceito de Polícia é hoje mais comumente associado a uma **perspectiva orgânica**, ou seja a estruturas construídas por profissionais que exercem funções de segurança pública, armados e uniformizados, - como seja a Lei n.º 53/2007, de 31 de Agosto, que aprova a orgânica da Polícia de Segurança Pública. Contudo, subsiste ainda um **sentido funcional de polícia**, trabalhado pela doutrina, que não se identifica com o orgânico, e que mantêm ainda acolhimento na Lei: veja-se, por exemplo, no âmbito da lei-quadro que define o regime e forma de criação das polícias municipais (Lei n.º 19/2004, de 20 de Maio), a enunciação de que as polícias municipais são “*serviços municipais especialmente vocacionados para o exercício de funções de polícia administrativa*”.

No quadro da doutrina portuguesa deve ressaltar-se desde logo o esforço de MARCELLO CAETANO para delimitar esta realidade funcional. Percorrendo a evolução do conceito de *Polícia* do século XVIII ao século XX, e a sua transmutação do conteúdo original de “*acção do príncipe dirigida a promover o bem-estar a comodidade dos vassallos*”, propõe depois que este instituto, no contexto actual, seja utilizado para descrever o “*modo de actuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das actividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objectivo evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuravam prevenir*”<sup>35</sup> <sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Manual de Direito Administrativo, ob. cit. pág. 1150

<sup>36</sup> Retomado depois pela doutrina e pela jurisprudência com frequência: veja-se, a este propósito, o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral de República, publicado no Diário da República (II Série) de 29 de Janeiro de 2000, ou o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo da 2.ª Sub., de 30 de Janeiro de 2001

Já SÉRVULO CORREIA define polícia, nesta perspectiva funcional, como “*a actividade da Administração Pública que consiste na emissão de regulamentos e na prática de actos administrativos e materiais que controlam condutas perigosas dos particulares com o fim de evitar que estas venham ou continuem a lesar bens sociais cuja defesa preventiva através de actos de autoridade seja consentida pela Ordem Jurídica*”<sup>37</sup>

JOÃO RAPOSO, por sua vez, refere-se-lhe como “*os actos jurídicos e as operações materiais desenvolvidas por certas autoridades administrativas – as autoridades policiais – e respectivos agentes de execução, com vista a prevenir ocorrências de situações danosas, em resultado de condutas humanas imprevidentes ou ilícitas*”<sup>38</sup>, encontrando-se na doutrina estrangeira semelhante definição a propósito do (não tão semelhante) conceito de (public) *enforcement*, dada por A. MITCHELL POLINSKY e STEVEN SHAVELL, que se lhe referem como o “*emprego de agentes públicos (inspectores, inspectores fiscais, polícia, procuradores públicos) para detectar e sancionar violadores de regras legais*”<sup>39</sup>.

Embora não oferecendo uma definição da actividade policial, MANUEL VALENTE salienta que a materialidade da função de polícia não se restringe hoje às situações jurídico-administrativas e jurídico-criminais, apresentando assim três quadrantes que segundo este autor sintetizam as medidas de índole policial: são eles as medidas de polícia, como primeiro, como segundo aquele se se prende com a designada polícia de natureza administrativa, e um terceiro, que se funda na ideia de polícia de natureza judiciária<sup>40</sup>.

Finalmente, PAULO CAVACO, faz corresponder a actividade policial da administração a uma “*actividade administrativa específica e destinada, na relação que estabelecem as autoridades e serviços de polícia com os particulares, a garantir e prevenir a defesa da*

---

<sup>37</sup> “Polícia” in Dicionário Jurídico, Vol. VI, pág. 393

<sup>38</sup> Direito Policial, vol. I, pág. 26

<sup>39</sup> A. MITCHELL POLINSKY e STEVEN SHAVELL, *Public Enforcement of Law ...*, pág. ...

<sup>40</sup> Teoria Geral do Direito Policial, ob. cit. pág. 57

*legalidade democrática, da segurança interna e dos direitos dos cidadãos, seja ela ablativa de direitos ou prestacional, tenha ela por base, respectivamente, um interesse público ou particular*<sup>41</sup>.

Esta última definição tem a virtude de acompanhar mais de perto o texto constitucional (artigo 272.º, n.º2), de sublinhar a tendência recente para um acentuar das garantias individuais dos cidadãos, operada através da legislação ordinária<sup>42</sup>, e para a qual os órgãos de polícia estão encarregados de contribuir. Por outro lado, não restringe a intervenção à função preventiva, mas também de intervenção no sentido de fazer cessar uma eventual agressão.

\*

Deve notar-se que as definições apresentadas apontam, em termos comuns para o recurso a meios e agentes públicos para o desenvolvimento de actividades de polícia. Ora tal que pode não ser inteiramente correcto, a não ser que tomemos a expressão “*Administração Pública*” no seu sentido funcional.

Isto porque no actual panorama legal actual, embora o monopólio estatal da actividade sancionatória permaneça a regra em matéria policial, não parece ser correcto referir que apenas desenvolvam actividades fiscalizadoras os trabalhadores abrangidos por um regime de emprego público ou que exerçam funções junto de entidades públicas.

A título de exemplo, “*a fiscalização do cumprimento das normas referentes à cobrança de portagens em infra-estruturas rodoviárias, designadamente em auto-estradas e pontes, é efectuada, na respectiva área de actuação, por agentes representantes das empresas concessionárias ou subconcessionárias*” (artigo 3.º, n.º 1 da Lei n.º 25/2006, de 30 de Junho,

---

<sup>41</sup> A Polícia no Direito Português, Hoje” in Estudos de Direito de Polícia, ob. cit., pág. 107

<sup>42</sup> A título de exemplo, cite-se, no âmbito do Decreto-Lei n.º 156/2005, de 15 de Setembro (regime do institui a obrigatoriedade de existência e disponibilização do livro de reclamações em todos os estabelecimentos de fornecimento de bens ou prestação de serviços), a possibilidade de exigir a presença de autoridade policial nos casos em que não seja facultado o livro de reclamações, no âmbito de uma relação de prestação de serviços entre particulares – ainda que com posterior intervenção das entidades públicas.

na redacção da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro). Estas entidades – embora desempenhando tarefas no quadro de concessões de obras ou serviços públicos – dispõem hoje de um conjunto de competências alargadas no âmbito do procedimento contra-ordenacional (designadamente para a instauração e instrução dos processos de contra-ordenação, incluindo a análise da defesa, a elaboração da proposta de decisão, a notificação da decisão administrativa, bem como a preparação do título executivo), revertendo inclusivamente para estas parte do produto das coimas. A decisão encontra-se, contudo, reservada ao Instituto de Infra-Estruturas Rodoviárias, I. P. (artigo 15.º).

São, contudo, vários os exemplos em que os privados desempenham tarefas assessorias ou coadjuvantes das entidades públicas. A título meramente exemplificativo, no âmbito do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, por exemplo, o respectivo artigo 94.º contempla já a possibilidade de recurso à contratação de empresas privadas habilitadas a efectuar fiscalização de obras a realização inspecções respeitantes à execução de operações urbanísticas, o mesmo sucedendo com as funções cometidas à ADENE – Agência para a Energia (que constitui ela própria uma entidade privada, embora participada por entidades públicas), nos termos dos artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 78/2006, de 4 de Abril<sup>43</sup>.

E embora já não no quadro da função policial, o Código dos Contratos Públicos prevê já a possibilidade de atribuição ao concessionário de poderes de instrução de procedimento com vista à realização das expropriações que sejam necessárias, o que constitui uma competência com vista a uma decisão ablativa de direitos dos particulares, neste caso do direito de propriedade.

\*

É aqui especialmente relevante salientar que o substrato pessoal das entidades públicas, sendo um pressuposto necessário para a prossecução das respectivas atribuições e competências, constitui igualmente um limite aos actos administrativos e tarefas materiais por estas desenvolvidas. Não fará, por isso, sentido, como se verá, ponderar a responsabilização do

---

<sup>43</sup> Veja-se com relevância para esta matéria, PEDRO GONÇALVES, Entidades Privadas com Poderes Administrativos, CJA, n.º 58

Instituto da Água por uma competência que competiria à ASAE proteger.

### 3. Direito Penal, Direito Contra-Ordenacional, Sanções Administrativas, e Medidas de Polícia

Assim, tendo estabilizado *supra* o conceito de actividade policial da Administração, importa agora concretizar as modalidades essenciais através das quais opera, conhecendo assim a sua função específica e as respectivas características.

Embora tenhamos visto que a actividade policial da administração traduz uma actuação preventiva, é não obstante útil um contraponto com as demais formas de actuação dos poderes públicos em matéria sancionadora. Tal permitirá, ao analisar a estrutura da responsabilidade civil por “*omissão de deveres de vigilância*” relativamente a comportamento de terceiros com ideias mais claras, e justificar também com maior propriedade uma eventual exclusão quanto à susceptibilidade de responsabilização de determinadas actividades da Administração.

\*

Como sublinha MARCELLO CAETANO, os destinatários das normas de concedam prerrogativas de fiscalização não são os cidadãos, mas as entidades públicas<sup>44</sup> - ou hoje em dia, diríamos, as entidades que exercem funções materialmente policiais. Nesse sentido, para efeitos de diferenciação das figuras que aqui exponho colocar-me-ei – assumidamente de forma positivista – essencialmente na posição do executante, ou seja, do destinatário dos comandos legais que ora consagram medidas preventivas ou sancionadoras no plano do direito penal, contra-ordenacional ou administrativo, consoante a qualificação jurídica. Isto porque o comando legal constitui uma imposição de acção, e assim, embora esteja obviamente na liberdade da doutrina e da jurisprudência discutir e questionar os limites das figuras jurídicas, a mesma liberdade não assiste aos órgãos da administração, que, sujeitos à lei como fundamento da sua actuação e seu limite, lhe devem obediência e execução<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> *Direito Administrativo*, pág. 420

<sup>45</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, pág. 256

Aliás, neste sentido aponta também o legislador no preâmbulo do Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de Outubro (que aprova o regime geral do ilícito de mera ordenação social), que, a propósito da distinção entre sanção penal e contra-ordenacional, refere “*aquelas duas categorias de ilícito tendem a extremar-se, quer pela natureza dos respectivos bens jurídicos quer pela desigual ressonância ética. Mas uma distinção que terá, em última instância, de ser jurídico-pragmática e, por isso, também necessariamente formal*”.

Abster-me-ei, por isso, de aderir à discussão sobre os traços constitucionalmente distintivos da sanção penal, contra-ordenacional ou da sanção administrativa, embora obviamente referenciando, em casos particulares, alguns pontos que julgue conveniente ressaltar<sup>46</sup>.

Nesta secção terei, contudo, em atenção que é já recomendável antecipar e perspectivar uma das questões mais aprofundadamente tratadas na parte seguinte. Como viu, em sede de direito civil a identificação de um dever de indemnizar em sede delitual não dispensa uma avaliação do pressuposto ilicitude, seja na vertente de violação de *direito de outrem* ou de *violação de qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios*. Como veremos, a formulação no quadro do regime de direito público difere, referindo-se à “*violação de disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infringam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos*”. Deixando embora a avaliação do pressuposto ilicitude para a sua sede própria, irão ser pontual e propositadamente referidas, em face de cada modalidade de actuação específica, algumas pistas que poderão contribuir depois para a avaliação feita *infra*.

\*

Percurso lógico especialmente feliz concernente às distinções entre modalidades ablativas de actuação da Administração em matéria penal, contra-ordenacional e de polícia administrativa,

---

<sup>46</sup> Desde logo, a propósito da temática da diferenciação entre sanção administrativa e medidas de polícias, veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 489/89 (Diário da República, II, de 01.02.1990)

pela sua simplicidade e organização, é o traçado pelo Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 489/99, (Diário da República, II, de 01.02.1990).

Aqui desde logo, aludindo às medidas de polícia a que dedica o número 2 do artigo 272.º da Lei Fundamental, começa por enunciar que a limitação da liberdade dos cidadãos opera ora por força de normas que sancionem comportamentos merecedores de censura, ora por força de normas tendentes a prevenir que determinadas condutas se verifiquem. “*Nuns casos estamos perante o direito público sancionatório, noutros no domínio da «polícia»*”.

Assim sendo, segundo a esquematização levada a cabo neste aresto:

- a) O **direito público sancionatório** corporiza-se essencialmente na susceptibilidade de aplicação de:
  - a. **Sanções penais** (mesmo no âmbito do direito penal secundário) que correspondem a verdadeiras penas – que por sua vez se destinam a sancionar comportamentos eticamente mais reprováveis, e cuja aplicação compete aos tribunais;
  - b. **Sanções contra-ordenacionais**, que correspondem a advertências sociais, sanções ordenativas ou coimas, e que, mesmo tendo natureza administrativa e sendo aplicadas por órgãos da administração, são ainda assim qualificadas como direito sancionatório, e abrangido pelas respectivas garantias constitucionais.
- b) No **direito policial**, e seguindo a doutrina de MARCELLO CAETANO, surgem neste acórdão duas diferenciações, ente:
  - a. A **actividade da polícia administrativa** s.s., cuja actividade corresponde a prevenir ou a evitar que uma perturbação surja ou se agrave, mesmo quando

assuma cariz repressivo<sup>47</sup> estando inclusivamente conformada e limitada a essa função pelo n.º 2 do artigo 272.º da Constituição. Esta actuação é exercida por entidades administrativas;

- b. A **actividade da Polícia judiciária**, vocacionada para a repressão penal, cuja actividade se prende com a instigação de uma infracção penal.

\*

Ora a designação de direito público sancionatório permite desde logo aferir da utilidade da respectiva para este estudo: isto ao pretender sancionar-se determinado comportamento - não obstante os fins de prevenção geral ou especial presentes -, pressupõe-se em geral que o facto danoso que determina a punição já tenha ocorrido no passado<sup>48</sup>. E assim sendo, e dado que aqui pretendo analisar as situações em que a administração não promove as diligências necessárias com vista a evitar um dano, o direito penal e contra-ordenacional estarão em regra a jusante do objecto<sup>49</sup>.

Contudo, pertinente é a questão colocada por VITOR GOMES, abordando a problemática da diferença das garantias impugnatórias de actos praticados no âmbito de processos administrativos das asseguradas no âmbito de processos de contra-ordenação<sup>50</sup>. Salaria este autor que há situações em que a actuação da administração ora pode corresponder a uma

---

<sup>47</sup> Neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República..., ob. cit. pág. 860

<sup>48</sup> Diz-se aqui “em regra” uma vez que, uma vez instaurado por exemplo um processo de contra-ordenação, os factos típicos ainda poderão subsistir (por exemplo um funcionamento de um estabelecimento sem a necessária licença ou autorização de utilização, o que justifica a adopção de medidas preventivas).

<sup>49</sup> Poderá, contudo, colocar-se a questão de uma actuação do Ministério Público que não promova, por exemplo, a prisão preventiva de um arguido e este venha depois a ferir ou a praticar um homicídio de uma testemunha na sequência da sua libertação. Contudo, desde logo é duvidosa a natureza da sua responsabilidade, e até que ponto a discricionariedade conferida aqui será controlável.

<sup>50</sup> Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 71, pág. ...

medida de polícia ou a uma medida provisória no âmbito de processo de contra-ordenação, e, embora os efeitos de cada uma possam ser materialmente idênticos o regime processual e de impugnação divergirá (por exemplo um encerramento de um estabelecimento de restauração e bebidas no âmbito de um processo judicial tem o mesmo efeito do encerramento por via de uma cessação de utilização, mas no primeiro caso a interposição de um recurso contencioso junto dos tribunais civis não produzirá efeito suspensivo, ao passo que no segundo caso, junto dos tribunais administrativos, tal já sucederá).

O ponto essencial focado por este autor é a falta de sincronia do ordenamento jurídico, mas uma outra ilação retira-se para este discurso: as funções preventivas da administração não se manifestam apenas em sede das tradicionais medidas de polícia, e como tal a questão da responsabilização dos poderes públicos pode igualmente colocar-se em abstracto sempre que exista possibilidade de prevenção de um dano através de um instrumento de intervenção administrativo.

\*

Mas o poder sancionador da administração não se resume, porém, à aplicação de contra-ordenações. Recorde-se, por exemplo, como faz MARCELO MADUREIRA PRATES<sup>51</sup>, o caso das sanções disciplinares aplicadas ao abrigo da Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro, aos trabalhadores que exercem funções públicas, as sanções no âmbito contratual que possam ser aplicadas pelo contraente público nos termos do artigo 302.º do Código dos Contratos Públicos, ou até as sanções disciplinares aplicáveis aos alunos ao abrigo do respectivo estatuto (Lei n.º 30/2002, de 20 de Dezembro). Não irei, contudo, debruçar-me sobre a categoria das sanções administrativas<sup>52</sup> - que aqui, na senda de MARCELO MADUREIRA PRATES tomo

---

<sup>51</sup> Sanção Administrativa Geral..., ob. cit. pág. 27

<sup>52</sup> VITOR GOMES ressalta, a propósito desta modalidade, que “impõe-se não confundir as sanções administrativas com outras formas de intervenção administrativa que se materializam em actos desfavoráveis, como sejam as medidas de polícia, as de restauração da legalidade e a revogação de certos actos favoráveis por incumprimento da condição ou modo por parte dos destinatários.

por distintas da figura das contra-ordenações<sup>53</sup> –, designadamente as gerais. Isto porque o carácter sancionatório da figura implica uma reacção a um comportamento contrário ao ordenamento jurídico, e nesse sentido posterior aquele, como sucede em todos estes exemplos dados<sup>54 55</sup>, estando por isso fora do âmbito desta análise.

\*

Concluo assim que, em abstracto e sem prejuízo da necessidade de avaliação dos pressupostos da responsabilidade civil, **apenas a actividade materialmente de polícia está estão em abstracto em condições de fundar responsabilidade civil da administração.**

\*

Verifico, contudo, ao tentar aplicar o teste que acima apresentei para identificação dos deveres de vigilância às medidas de polícia agora descritas, no sentido de apurar se a sua efectivação constitui um verdadeiro dever de vigilância nos termos definidos, que não é possível fazer uma equiparação directa das obrigações que pendem sobre um obrigado à vigilância, nos termos do Código Civil, e aquelas que pendem sobre as autoridades públicas em matéria de fiscalização.

Isto porque, no que tange desde logo ao dever de atenção, enquanto nos casos dos deveres de vigilância os objectos da vigilância estão claramente identificados, e a respectiva organização é controlável e sobretudo previsível pelo vigiante (mesmo que a extensão do objecto da vigilância seja grande, como acontece, por exemplo, nas vias de trânsito), já o mesmo não sucede em regra com o exercício normal de fiscalização por parte das entidades públicas.

---

<sup>53</sup> MARCELO MADUREIRA PRATES, *Sanção Administrativa Geral...*, ob. cit. pág. 148

<sup>54</sup> Em sentido contrário, MARCELO MADUREIRA PRATES, *Sanção Administrativa Geral...*, ob. cit. pág. 200, que defende a possível existência de medidas cautelares.

<sup>55</sup> Sendo verdade que, por exemplo, no âmbito do processo disciplinar podem ser admitidas medidas cautelares como a suspensão, não serve a função específica do procedimento disciplinar prevenir, por exemplo, quaisquer actuações ilícitas de trabalhadores.

Tanto mais que, não havendo uma norma concretamente prevista que obriga a determinada periodicidade de fiscalização, ou que determine como esta é realizada.

Julgo, por isso, que não é correcto, nas situações em que a prática de um acto por um terceiro configura apenas e só uma possibilidade abstracta, falar-se numa obrigação de vigilância da Administração, preferindo antes falar-se de um *dever de protecção abstracto*.

E se não é judicialmente controlável o método através do qual a Administração define as suas rondas ou fiscaliza os particulares, apenas quando se tornar visível um facto potencialmente danoso – seja sinalizado por um particular ou por um outro meio que a Administração diligentemente não pode deixar de conhecer – poderá eventualmente ponderar-se a obrigatoriedade de intervenção da Administração, desta feita por força do comando constante do artigo 272.º da Constituição.

## **D. DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO DE DEVERES DE PROTECÇÃO RELATIVAMENTE A ACTOS OU OMISSÕES DE TERCEIROS**

### **1. Quadro Geral do Direito Português**

O regime legal da responsabilidade civil extra-contratual dos poderes públicos por acto de gestão pública consta essencialmente da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro (que designarei como regime de responsabilidade extra contratual do Estado - RRCECE), que revogou o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967.

É, como se sabe, um regime aplicável ao Estado e às demais pessoas colectivas de direito público, bem como aos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes (artigo 1.º, n.º 1), sendo também aplicável, *quanto ao exercício do exercício da função administrativa*, à responsabilidade civil de pessoas colectivas de direito privado e respectivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares, por acções ou omissões que adoptem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo (artigo 1.º, n.º 5).

Sendo precisamente no campo do exercício da função administrativa que este trabalho se situa, e não sendo igualmente impossível que privados venham a desempenhar funções materialmente administrativas de polícia, como salientei supra, este regime é também aplicável a privados, ao contrário do que sucede com as demais funções do Estado previstas na RRCECE.

\*

Deste novo regime consta, ao contrário do que sucedia com o anterior, uma referência, no artigo 10.º, à inobservância dos deveres de vigilância, em sede do tratamento do pressuposto culpa na responsabilidade por exercício da função administrativa.

Aí lê-se que “*para além dos demais casos previstos na lei, também se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância*”.

Trata-se, como oportunamente referirei no quadro da análise dos pressupostos concretos da responsabilidade – em especial no plano da ilicitude - de um preceito curioso tendo em consideração o contexto em que está inserido. De todo o modo, adianto desde já que, a par da utilidade de dispensar a prova de culpa por parte do alegado lesado, não julgo que possamos retirar alguma especial elação da referência expressa a deveres de vigilância. Evidentemente que o legislador reconhece a possibilidade da verificação de responsabilidade civil da administração por omissão de deveres de vigilância, mas não seria pelo facto do legislador hipoteticamente não ter mencionado o conceito que deixaria de ser possível accionar a administração por omissão destes deveres, como já acontecia ao abrigo do Decreto-Lei n.º 48051.

De todo o modo, vale a pena desde logo questionar se serão comuns à responsabilidade civil nos termos em que está concebida no RRCECE e ao Código Civil os pressupostos para a responsabilidade do Estado no exercício da função administrativa, tendo patente a diferença de redacção da norma que os enuncia.

A resposta a esta questão é afirmativa e incontroversa na literatura. Como referem MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS “*existe responsabilidade civil delitual da administração e, como tal, dever de indemnizar, quando se verificarem cumulativamente cinco pressupostos, expressa ou implicitamente resultantes dos arts. 7.º, 1 e 8.º, 1, 2 RRCEC: o facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade*”<sup>56</sup>.

Com esta segurança de similitude entre os pressupostos de responsabilidade civil da administração e do direito civil, poderá percorrer-se os pressupostos de responsabilidade civil, já no quadro do RRCECE, para analisar se, e em que circunstâncias poderá a administração responder por omissão de deveres de vigilância relativamente a comportamentos de terceiros

---

<sup>56</sup> Responsabilidade Civil Administrativa, ob. cit., pág. 19

terceiro este que aqui designaremos por ofensor (para não dar por assente qualquer preconceito quanto à conclusão que apenas se poderá retirar uma vez analisados os pressupostos).

\*

Aqui não se fará qualquer especial referência à responsabilidade do ofensor, à semelhança do que sucedeu em sede de direito civil. Em regra toma-la-ei por verificada, sendo certo, porém, que não é de todo impossível divisar uma situação em que hipoteticamente a administração possa vir a ser chamada a responder – caso verifiquemos preenchidos os respectivos pressupostos – numa situação de ausência de culpa. Imagine-se, por exemplo, situações de deficiente formação da vontade do ofensor, como poderá suceder na falta de vigilância de internados em hospitais psiquiátricos públicos<sup>57</sup>, ou no caso de um proprietário de um estabelecimento de bebidas em que a música é colocada sempre a níveis incomodativos, mas que é surdo e assim não consegue ter a percepção correcta. À excepção da culpa, todos os demais pressupostos são por norma necessários: se não existir dano, o problema não se põe, se não existir facto não é possível identificar uma conduta pela qual a administração seria responsável (podendo vir eventualmente a responder, a título diferente), sem nexo de causalidade falharia a possibilidade de intervenção sobre alguém que se encontrasse a produzir o dano, e sem ilicitude, estando a administração vinculada ao princípio da legalidade, não terá fundamento para intervir.

Esta questão aliás, dá o mote para sublinhar a diferença essencial por referência aos deveres de vigilância legais que tratámos em sede de direito civil: enquanto naqueles, a consagração legal decorre da constatação do legislador de uma tendencial deficiência da vontade do vigiado, aqui surge a problemática de saber se, independentemente da verificação de uma vontade esclarecida por parte do ofensor, a administração pode ser ou não chamada a

---

<sup>57</sup> É vasta a literatura sobre a responsabilidade dos estabelecimentos de internamento hospitalar relativamente a actos provocados por pacientes internados. Sobre esta matéria, veja-se, a título meramente exemplificativo, HENRIQUE ANTUNES, *Responsabilidade Civil de Pessoa Obrigada...*, ob. cit., pág. 162, e jurisprudência aí citada. Especificamente sobre a experiência na Grã-Bretanha, veja-se CHERIE BOOTH e DAN SQUIRE, *The Negligence Liability...*, pág. 83 e seguintes.

responder. O acto é perpetrado pelo ofensor de forma livre e voluntária e, com grande probabilidade, poder-lhe-á inclusivamente ser imputada, em primeira linha, a responsabilidade pela prática de factos lesivos, designadamente em sede de direito civil ou de direito penal.

Convive, assim, o direito com esta realidade aparentemente disforme de, relativamente ao mesmo facto, poder assacar-se a responsabilidade a dois agentes em posições jurídicas distintas e em que o lesado poderá vir exigir responsabilidades a ambos – ofensor e administração?

Em complemento da posição de princípio afirmada por JOÃO RAPOSO, favorável à responsabilização da Administração, e citada na introdução, poderá também equacionar-se a questão de outra forma: é certo que a administração não fez o que deveria ter feito, mas há alguém a quem pedir responsabilidade primeiro. Dir-se-á que é para cumprir estas funções que a administração lá está, mas deverão as entidades públicas, para a qual todos os cidadãos contribuem, custear esta responsabilidade que é de terceiros?

## **2. Análise dos Pressupostos de Responsabilidade Civil à Luz do Direito Português**

Aqui, à semelhança do que sucede nos casos de omissão de dever de vigilância no direito civil, a Administração responde por actos próprios, e como tal a avaliação dos pressupostos de responsabilidade civil faz-se relativamente a esta, desconsiderando, nesta avaliação, eventuais responsabilidades partilhadas, cuja relevância deverá ficar resguardada para o momento da fixação da indemnização.

### **2.1 Dano**

Tendo já descrito sumariamente o conceito de dano quando o analisei em sede de direito civil, julgo ser desnecessário tecer mais considerações sobre o mesmo. Aplicar-se-á integralmente o que ficou dito.

## 2.2 Facto e Nexo de causalidade

A conclusão a retirar neste estudo será em larga medida influenciada pela resposta à questão de saber se o ordenamento jurídico escolhe relevar como causadora de um dano a omissão de vigilância da Administração relativamente ao comportamento de terceiros. “*O que se pretende*” – diz MARGARIDA CORTEZ – “*é saber se a Administração poderia ter evitado o resultado adoptando a acção omitida, o que (...) nos remete para um juízo de causalidade hipotética (...)*”<sup>58</sup>.

Há desde logo a assinalar uma diferença substancial entre a redacção do artigo 563.º do Código Civil – que tive já oportunidade de analisar – relativamente ao encontrado no RRCECE sobre esta matéria, designadamente por confronto com o n.º 3 do artigo 3.º<sup>59</sup>, com o n.º 1 do artigo 7.º<sup>60</sup> e com o n.º 1 do artigo 8.º<sup>61</sup>. Contudo, destas disposições não se retira que o legislador tenha pretendido afastar o princípio geral constante do artigo 563.º do Código Civil, e a aplicação da teoria da causalidade adequada. Para MARCELO REBELO DE SOUSA e SALGADO MATOS “*É esta [a teoria da causalidade adequada] a teoria da causalidade actualmente dominante no direito português da responsabilidade civil (quer privada, quer administrativa) e penal*”, posição que sufrago integralmente.

Perguntar-se-á por outro lado, com especial relevância para o objecto deste estudo, se dois factos distintos (como o do ofensor e o da administração) podem fundar a responsabilidade civil. Ora, como salienta CARLOS CADILHA, “[o artigo 563.º] não exige a exclusividade do facto condicionante do dano (no sentido de que só aquele facto tenha determinado o dano),

---

<sup>58</sup> *A Responsabilidade Civil da Administração por Omissão*” in CJA, n.º 40.

<sup>59</sup> Aí lê-se que “*A responsabilidade prevista na presente lei compreende os danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como os danos já produzidos e os danos futuros, nos termos gerais de direito*”.

<sup>60</sup> No qual se lê que “*O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas*”

<sup>61</sup> “*Os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas*”

*admitindo que outros factos, contemporâneos, ou posteriores, tenham também concorrido para a sua produção”<sup>62</sup>.*

\*

Mas aplicando a teoria da causalidade adequada, retomando o exercício que fizemos acima a propósito do requisito do nexo de causalidade no direito civil, a Administração só terá de indemnizar B pelos danos causados no seu direito ao descanso, se se verificar que o ruído não se teria produzido se a Administração tivesse determinado o encerramento do estabelecimento do C. Ou, de forma semelhante, a Administração só terá de indemnizar B pelos danos no seu veículo se se verificar que o muro não teria caído se a Administração tivesse decidido o embargo.

Num caso diria que efectivamente o ruído cessaria, e no outro que não cairia o que não se permitisse que se construísse. Ou seja, devendo não obstante percorrer-se os demais pressupostos, a resposta que coloquei supra deve ser respondida afirmativamente, ou seja, a omissão de um determinado comportamento é relevada como causadora de um dano, mesmo nos casos em que exista um ofensor e a Administração apenas deva mitigar ou eliminar este comportamento.

Note-se, contudo, que o exercício de apuramento de causalidade não muda consoante o sujeito a partir do qual se avaliam os pressupostos, neste caso a Administração e o ofensor. Não é pelo facto de se verificar preenchido o nexo de causalidade relativamente à acção da Administração que a má construção do muro pelo ofensor deixa de ser relevante. Não passa, pois, a haver qualquer causa virtual, mas o concurso causal a que CARLOS CADILHA se referia.

\*

---

<sup>62</sup> Regime da responsabilidade civil extra-contratual do Estado, ob. cit. pág. 82

A eventual responsabilização da administração não dispensa obviamente a identificação de um facto relevante e dominável pela vontade. Quando não actua nos termos devidos, a administração pode *ficar a dever* um comportamento ao ordenamento jurídico.

Mas apenas sabemos, *a posteriori*, qual o comportamento devido depois de uma análise dos demais pressupostos. Não julgo que se deva, por isso, contaminar o pressuposto “facto” (na sua vertente omissão) com outras valorações, designadamente sobre a ilicitude. Como referi supra, poderá dar-se um processo dialéctico entre o dano e o facto cujo veio de transmissão é o nexo de causalidade, e que pode, para efeitos de teste de adequação, incorporar soluções já validadas ao nível da ilicitude ou da culpa. Contudo, são efectivamente distintos.

### 2.3 Qualificação do Facto: Ilicitude

O pressuposto “*ilicitude*” é porventura aquele que mais dificuldades suscita na análise deste tema: as obrigações de actuação administrativa nem sempre obedecem a regras pré-determinadas, sendo conferida uma larga margem de discricionariedade, com a correspondente reduzida margem de sindicabilidade, precisamente por ausência de pontos de apoio legais concretos e determinados. Não se encontra, por exemplo – nem tal seria possível – uma determinação legal dos percursos ou das técnicas concretas a que obedece o exercício da fiscalização de determinada entidade.

Assim, por um lado as entidades públicas com essas atribuições estão obrigadas à protecção de direitos dos cidadãos. Como refere RUI MEDEIROS, “*São os órgãos e agentes administrativos que decidem, no âmbito da sua liberdade de actuação e de conformação, sacrificar direitos ou interesses dos particulares*”<sup>63</sup>. Contudo, parece existir um reduzido controlo possível relativamente à forma como tal é conduzido, mas que nem sempre se verifica. Isto porque as medidas de polícia – aquelas através das quais, como vimos, a Administração exerce uma actividade preventiva – ora podem ser exercidas, excepcionados os casos do artigo 151.º do CPA, na sequência de um procedimento administrativo (como por exemplo o conducente ao embargo), ou através de ordens de polícia “*desprocedimentalizadas*”<sup>64 65</sup>.

\*

Nos termos do artigo 9.º do RRCECE “*Consideram -se ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a*

---

<sup>63</sup> Ensaio sobre a Responsabilidade Civil..., ob. cit. pág. 350

<sup>64</sup> Neste sentido, ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇAVES/PACHECO DE AMORIM, Código do Procedimento Administrativo Comentado, ob. cit. pág. 50

<sup>65</sup> De forma coerente com o que acima dissemos, devemos também considerar, para este efeito, o procedimento de âmbito contra-ordenacional plenamente integrado no conceito de procedimento administrativo.

*ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos” Acrescenta-se ainda que “Também existe ilicitude quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal do serviço, segundo o disposto no n.º 3 do artigo 7.º”*

\*

Tendo por base a premissa de que, não existindo deveres de vigilância, mas deveres gerais de protecção, a Administração apenas poderá intervir quando o facto seja por esta conhecido ou deva ser por esta conhecido, a primeira situação que poderemos identificar são aquelas em o particular venha dirigir à Administração **um pedido no sentido de ser adoptado um acto administrativo** que vise minimizar ou acautelar determinada situação.

A remissão operada para o n.º 3 do artigo 7.º do RRCECE ajuda a concretizar o “dever ser conhecido”. Aplicando o critério de razoabilidade proposto por CARLOS CADILHA, julgo que se justificará, nos casos de direitos de protecção e atendendo ao carácter fluido do objecto da fiscalização, a Administração reaja nas situações em que seja interpelada por um particular para actuar.

\*

Nos casos em que exista possibilidade de recorrer a um procedimento, a resposta quanto à verificação de um procedimento parece ser, apesar de tudo, mais simples (imagine-se, por exemplo, um pedido de um particular no sentido de serem adoptadas as medidas cautelares a que se refere o artigo 26.º do Regulamento Geral do Ruído).

A consagração do procedimento nos termos em que está hoje feito no Código do Procedimento Administrativo, assegura, entre outras, uma função de garantia e de contra-posição de interesses com vista à obtenção de uma decisão final, cujo dever o legislador consagrou no artigo 9.º, incluindo quanto ao exercício de poderes deveres (como acontecerá no caso da violação dos limites de ruído). Explicam ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇAVES/PACHECO DE AMORIM que, “*na ausência de lei especial a prever a prática*

*de actos administrativos sem procedimento (...) a juridicidade (ou validade) destes está liminarmente recusada*<sup>66</sup>.

Ora princípio da decisão, que gera um ónus para a administração e um direito a uma decisão na esfera dos privados, não obriga, por si só, a um conteúdo favorável ou desfavorável ao pedido do particular. “*Seja qual for o resultado deste apuramento*” – ensina SÉRVULO CORREIA – “*o dever de decidir será cumprido através do deferimento ou indeferimento da pretensão*”<sup>67</sup>. Paralelamente, o Código não restringe o objecto possível das pretensões – devendo ter-se em abstracto como admissível o requerimento que solicite pratica de um acto administrativo nos termos em que o artigo 120.º o define e que corresponda a um acto típico previsto na lei, devendo a administração assegurar uma resposta dentro do prazo legal. Não havendo decisão dentro do prazo, haverá uma situação de antijuridicidade.

\*

Contudo, voltando ao caso do embargo, verificar-se-ia ilicitude para efeitos de responsabilidade civil mesmo que, embora a Administração não produzisse uma decisão dentro do prazo legal, a pretensão não tivesse suporte jurídico ou fosse ilegal? Note-se aqui que existiu efectivamente uma antijuridicidade, mas caso a administração respondesse, não o poderia fazer no sentido pretendido pelo particular.

A este respeito, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS assinalam que “*para haver responsabilidade civil delitual não basta a verificação de qualquer ilegalidade, devendo esta consistir na violação da norma que tutela a posição jurídica subjectiva cuja lesão se pretende ver reparada*”<sup>68</sup>, que neste caso evitaria a produção do dano. Aliás, deve ter-se presente, como salienta ESTEVÃO NASCIMENTO DA CUNHA,

---

<sup>66</sup> Código do Procedimento Administrativo Comentado, ob. cit. pág. 51

<sup>67</sup> O Incumprimento do Dever de Decidir, in Estudos em Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pág. 222

<sup>68</sup> Responsabilidade civil administrativa, ob. cit. pág. 21

que as “*normas externas valem sobretudo como normas instrumentais face aos interesses jurídicos materiais*”<sup>69</sup>, que devem ser avaliados casuisticamente.

Assim se percebe, por exemplo, que a ultrapassagem do prazo de decisão apenas se torna relevante – e efectivamente ilícita para efeitos de responsabilidade civil – quando verificada conjuntamente com uma pretensão juridicamente válida do particular no sentido da intervenção da administração. Já o grau de ultrapassagem do prazo e a sua relação com a lesão não cabem, contudo, no âmbito da análise de ilicitude: por exemplo, se no momento em que se produziu o dano não tivesse sido proferida a decisão material devida, seria indiferente que a Administração não tivesse decidido, que o tivesse feito há dez ou há trinta dias.

De todo o modo, o estabelecimento de prazos de decisão no CPA permite a definição de um horizonte temporal no qual a Administração deve decidir. Ou seja, quanto maior a discricionariedade aqui menor será a garantia.

\*

Contudo, não basta aqui falar da prolação de um acto administrativo sobre a pretensão do particular. Caso materialmente a decisão seja devida, **esta deve também ser executada**. E aqui os cenários passam a ser mais diversos e complexos. Isto porque, muito embora no Código do Procedimento Administrativo exista um prazo legalmente fixado para a notificação dos actos e para a prática dos mesmos, desde logo surgem dúvidas na doutrina quanto à existência de um poder-dever, propriamente dito de executar os actos. Não cremos, contudo, que seja possível conceber, especialmente neste caso de actos ablativos que se destinam muitas vezes à salvaguarda de direitos fundamentais, uma possibilidade de vinculação quanto à decisão, e uma discricionariedade quanto à decisão, tendo para mais em consideração o comando que já aqui mencionei do artigo 272.º da Constituição.

Uma segunda questão é a de saber se o prazo geral de prática dos actos constante do artigo 71.º do CPA é aplicável aos actos de execução. Defendo que sim, muito embora reconheça

---

<sup>69</sup> Ilegalidade Externa do Acto..., pág. 394

que Código do Procedimento Administrativo não foi concebido para garantir a tutela de relativamente a pretensões sancionatórias de terceiros, garantindo, não obstante, a sua letra amplitude suficiente para tal. Isto até porque, nestes casos, a notificação deverá bastar-se como instrumento idóneo à cessação, por parte do ofensor, do dano em causa.

**Será, portanto, ilícita a ausência de execução de uma decisão materialmente devida além do prazo previsto para o efeito.**

Uma vez verificada esta ilicitude, poderá, porém, a Administração invocar alguma das causas gerais de exclusão de ilicitude legalmente previstas, sendo que, destas, o conflito de deveres será aquela mais provavelmente aplicável.

\*

Está igualmente afastada a ilicitude do comportamento da Administração nos casos em que é **criado um obstáculo jurídico ao exercício da competência pela Administração**. Nos casos em que, ao abrigo do artigo 128.º do CPTA o ofensor requeira uma providência cautelar – que, como se sabe, tem como efeito a suspensão de eficácia do acto, a falta de execução do acto não decorre de um comportamento ilícito da Administração, mas de um acto que lhe é alheio. Evidentemente poderá dizer-se que a administração poderia sempre apresentar uma resolução fundamentada, e assim obstar ao efeitos suspensivos do requerimento. Mas quanto a este argumento, deve sublinhar-se um ponto relevante: é que **o comportamento da Administração em geral será tão susceptível de controlo judicial quanto o grau de vinculação a que está submetida pela lei**. E se há um núcleo de liberdade que os tribunais necessariamente respeitam e no qual não poderão intrometer-se, a existência desse núcleo será igualmente válida para avaliar a resposta dada pela Administração. **Isto porque se os Tribunais não podem sindicar esses comportamentos, não o poderá igualmente solicitar o lesado, dado que será sempre intermediado pelos Tribunais relativamente à hipotética existência de um dever de indemnizar**. Assim sendo, e retomando o exemplo dado, só se, no caso concreto, o mérito sobre a prolação de uma resolução fundamentada fosse susceptível de controlo judicial – o que se duvida – é que se poderia verificar o pressuposto ilicitude.

Não estará, por isso, reunido o pressuposto ilicitude nos casos em que a Administração actue ao abrigo de poderes discricionários não controláveis judicialmente.

\*

Por último, no caso das acções materiais com as quais o titular do órgão ou agente é confrontado directamente no exercício das suas funções. Nestes casos, quando existirá um dever de agir (em sentido impróprio)? Aqui o critério deverá ser o do n.º 3 do artigo 7.º, ponderando-se o que seria razoavelmente exigível em face do caso concreto.

**Assim, quando esteja em causa acções materiais, o critério de ilicitude é fluído e apenas poderá ser preenchido de forma casuística.**

## 2.4 Qualificação do Facto: Culpa

Por último, também a responsabilidade delitual dos poderes públicos por actos de gestão pública implica uma apreciação de culpa, excepção feita aos casos da responsabilidade pelo risco, previstos no artigo .

Dita o artigo 10.º do RRCECE que “*a culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor*”. Ora com esta redacção no RRCECE legislador introduz uma repartição de culpa diferente da encontrada no Código Civil, diferenciando entre culpa leve, culpa grave, ou dolo.

À semelhança do que sucede no direito civil, o RRCECE contempla também presunções de culpa, estando consagrada, no n.º 2 do artigo 10.º, uma presunção de culpa leve quanto à prática de actos jurídicos ilícitos. Poderá assim dizer-se que, salvo afastamento da presunção legal, haverá culpa sempre que se verifique ilicitude, o que implicará uma apreciação prévia do pressuposto ilicitude.

Contudo, o n.º 3 do mesmo artigo apresenta uma redacção curiosa em contraste com o n.º 2. *também se presume* a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância.

A par de ser necessário integrar a remissão para os princípios gerais da responsabilidade civil, poderá questionar-se a necessidade da previsão do n.º 3. Isto porque, como vimos, a violação de deveres de vigilância corresponde a um acto contrário à lei. Para se dar por verificada uma violação de um dever de vigilância deve existir uma previsão legal específica que contemple esse dever, e um comportamento que colide com a norma de protecção. Não creio que fosse aqui intenção do legislador enunciar, *a contrario*, que as omissões de deveres de vigilâncias não pressupunham verificação do pressuposto ilicitude. Tanto mais que, aparentemente, não existem violações de deveres de vigilância que não sejam ilícitas, e assim, se nos termos do n.º 2, os actos ilícitos se presumem culposos, então uma violação de um dever de vigilância estaria já abrangido pelo número 2.

Para confirmar a necessidade de diferenciação operada entre o n.º 2 e o n.º 3 é, pois, necessário encontrar pelo menos uma situação, no quadro dos deveres de vigilância e de forma específica relativamente às demais situações previstas no n.º 2, em que uma violação deste *dever* não corresponda a um acto ilícito. Tanto mais que o artigo 9.º - que se dedica ao pressuposto da ilicitude, contempla um aparente alargamento relativamente ao regime constante do Código Civil e ao do revogado Decreto-Lei n.º 48051, e esta maior universo de actos potencialmente ilícitos implica a correspondente ampliação das presunções de culpa previstas.

Invocar a figura das causas de exclusão de ilicitude não permitiria resolver esta dificuldade interpretativa, dado que, da mesma forma que as causas de exclusão de ilicitude podem operar no quadro da omissão de deveres de vigilância, podem também operar no quadro geral dos actos abrangidos pelo n.º 2, não dispondo assim de especificidade.

Julga-se, pois, que a diferenciação operada entre o n.º 2 e o n.º 3 corresponde apenas a uma clarificação do legislador, e uma cautela em mencionar especificamente as situações – muito frequentes no exercício da actividade administrativa – em que a Administração é chamada a exercer vigilância sobre os privados. Por outro lado deixa claro que, a existir violação de deveres de vigilância não está, em regra, enquadrada no âmbito da responsabilidade pelo risco.

\*

Contudo, uma vez que defendemos que nos casos que aqui tratamos apenas podem surgir deveres especiais de protecção, operará o regime previsto no n.º 2 do artigo 10.º, não sendo por isso o regime de determinação de culpa específico relativamente aos demais casos em que esta se verifique, aplicando-se o critério estabelecido no n.º 1 do artigo 10.º do RRCECE.

### 3. Responsabilidade pelo Risco

Já no 11.º - cuja epígrafe é *responsabilidade pelo risco*, e cujo conteúdo é “*o Estado e as demais entidades públicas respondem pelos danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, salvo quando, nos termos gerais, se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado*” – a fórmula utilizada é distinta, e aproxima-se da prevista no n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil. Aqui o fundamento da responsabilidade não é ressarcir danos decorrentes de comportamentos que correspondem uma figura jurídica definida - como acontece com os deveres de vigilância – constituindo antes a redacção a uma cláusula aberta a ser preenchida em função das manifestações físicas com as características definidas na norma e do qualificativo de *especialmente perigoso*.

Independentemente do que se entenda por “*actividades, coisas, ou serviços administrativos potencialmente perigosos*”, suscita-se a dúvida de saber se está excluída a possibilidade de, para efeitos da lei, poder um dano decorrente de omissão de deveres de vigilância poder corresponder a um *dano decorrente de actividades, coisas, ou serviços administrativos potencialmente perigosos*. Por outras palavras, poderá haver responsabilidade pelo risco relativamente por omissão de deveres de protecção?

Na teoria do risco, quem obtêm o benefício deve assumir também os riscos de determinada actividade. Contudo, no caso da Administração Pública e em concreto no caso de deveres e protecção relativamente a comportamentos de terceiros a Administração não está totalmente em posição de controlar os riscos criados pela actividade. Contudo, e como salienta CARLA AMADO GOMES<sup>70</sup>, a solução do legislador foi de sobremaneira abrangente – inclusivamente ao referir-se à possibilidade de concurso culposo de terceiro que tenha concorrido para a produção ou agravamento do dano – pelo que julgo que será possível “encaixar” os casos em que, em situações de especial necessidade de cuidado da atenção em virtude da actividade desenvolvidas, possa existir aplicação do regime da responsabilidade pelo risco.

---

<sup>70</sup> *Responsabilidade Civil pelo Risco na lei n.º 67/2007. Uma solução arriscada?*

#### **4. Concurso de responsabilidades entre a Administração e o Ofensor**

Impõe-se ainda, em face do que ficou exposto, uma brevíssima referência à possibilidade de cumulação de responsabilidades entre a Administração e o ofensor. Isto porque tanto o n.º 4 do artigo 10.º, como o n.º 2 do artigo 11.º do RECECE admitem a possibilidade de concurso de responsabilidades. Ora nestes casos que aqui tratamos haverá sempre concurso, dado que para a produção do dano concorrem dois factos distintos.

Não há, porém, uma regra específica quanto à repartição de responsabilidades, e as relações internas entre a Administração e o lesado possibilitariam uma discussão consideravelmente mais longa.

De todo o modo, sempre se dirá que esta cumulação não pode deixar de ser aferida em sede de jurisdição administrativa, colocando, contudo, questões que já está fora do objecto deste trabalho discutir.

## E. CONCLUSÕES

E face do que aqui ficou dito, poderei concluir o seguinte:

1. No quadro do direito civil, os deveres de vigilância configuram uma figura jurídica que tem por escopo, relativamente à falta ou deficiente vontade de pessoas, ou em face de possíveis riscos decorrentes da actividade humana, minimizar estes riscos;
2. Estes deveres são especificamente compostos por duas sub-deveres específicos, que também os caracterizam, a saber, o que designamos de dever de atenção e dever de intervenção;
3. O respectivo regime de responsabilidade, ao prever as situações em que os agentes são responsabilizáveis, contribui para definir os contornos da figura, deixando desde logo antever que se trata de obrigações de meios, e não de fins;
4. No quadro da aplicação do regime de responsabilidade civil, importa metodologicamente iniciar o percurso lógico com a verificação do dano, uma vez que é este o facto jurídico que deve originar um processo investigatório com vista a apurar a causa do dano;
5. O dano no âmbito da violação de deveres de vigilância não apresenta contornos específicos, sendo que, já quanto ao facto e ao nexos de causalidade, a frequente existência de dois factos que concorrem para o dano não prejudica o preenchimento dos pressupostos em causa;
6. Em sede de ilicitude, as violações de deveres de vigilância configuram sempre violações de normas de protecção, devendo analisar-se da efectiva violação relativamente aos dois sub-deveres que referi supra, e no que tange ao pressuposto culpa deve ter-se presente que deverá adaptar-se o grau de exigência às situações específicas da situação;

7. O Estado e as demais entidades públicas desenvolvem também um conjunto de acções que envolvem relações triangulares, em que poderá estar em causa um ofensor, terceiro à Administração, um lesado, e a própria Administração;
8. A Constituição da República Portuguesa, em obediência à ideia de salvaguarda dos direitos dos cidadãos, prevê e regula as linhas gerais da actividade policial da Administração;
9. Para definição da actividade de polícia adoptamos a posição de PAULO CAVACO, que se lhe refere como *“actividade administrativa específica e destinada, na relação que estabelecem as autoridades e serviços de polícia com os particulares, a garantir e prevenir a defesa da legalidade democrática, da segurança interna e dos direitos dos cidadãos, seja ela ablativa de direitos ou prestacional, tenha ela por base, respectivamente, um interesse público ou particular”*;
10. O substrato pessoal das pessoas colectivas públicas e a consequente previsão de atribuições e competências baliza a respectiva actividade, designadamente para efeitos da actividade de polícia;
11. A actividade policial da Administração é exercida com um objectivo essencialmente preventivo, que a diferencia de outras actividades públicas, como sendo designadamente a sancionatória;
12. Atenta a sua configuração, apenas a actividade materialmente de polícia está em abstracto em condições de fundar responsabilidade civil da administração;
13. Os deveres de fiscalização das entidades públicas não configuram, em abstracto, deveres de vigilância, uma vez que o seu objecto é frequentemente de tal forma fluído que não permite um controlo e previsibilidade que assegure um permanente dever de atenção;

14. No âmbito da análise da possibilidade de serem preenchidos os pressupostos de responsabilização dos poderes públicos, constata-se que o desafio é dar por verificado o pressuposto ilicitude;
15. Neste âmbito, em traços gerais, a Administração ora pode actuar no âmbito de um procedimento, ou através de acções materiais;
16. No primeiro caso, será ilícita a ausência de execução de uma decisão materialmente devida além do prazo previsto para o efeito;
17. No segundo caso deverá fazer-se apelo ao n.º 3 do artigo 7.º do RRCECE, por remissão do artigo 9.º, n.º 2;
18. Já em sede de culpa, a referência constante do n.º 3 do artigo 10.º do RRCECE aos deveres de vigilância pouco acrescenta relativamente ao n.º 2 do mesmo artigo, aplicando-se o regime do n.º 1 do artigo 10.º do RRCECE.
19. Em sede de responsabilidade pelo risco, o legislador consagrou uma fórmula de tal forma aberta que permite, num entorse à teoria do risco, que o Estado venha a ser responsabilizado por omissão de deveres de protecção também em sede de risco;
20. Os casos aqui expostos, dado que implicam um terceiro, implicarão também uma distribuição das responsabilidades entre o lesado e a Administração sob pena, no extremo, de enriquecimento sem causa do lesado.

## BIBLIOGRAFIA

### **A. MITCHELL POLINSKY E STEVEN SHAVELL**

- The Economic Theory of Public Enforcement of Law, 38 Journal of Economic Literature 45-77 (March 2000)

### **ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA**

- Responsabilidade Civil de Pessoas Obrigadas a Vigilância, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 85, 1959

### **ANDRÉ GONÇALO FERREIRA DE PINHO TEIXEIRA DOS SANTOS**

- O Dever de Agir nos Crimes Omissivos Impróprios, Breve Análise Crítica de Alguns Casos, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, (2004), p.83-150

### **ANDRÉ FOLQUE**

- Curso de Direito da Urbanização e da Edificação, Coimbra Editora, 2007

### **ALMEIDA COSTA**

- Direito das Obrigações, 9.ª edição, Coimbra, 2005

### **ANTUNES VARELA**

- Das obrigações em geral, Vol. I, 10.ª edição, Coimbra, 2004

### **CARLOS BLANCO DE MORAIS**

- Justiça Administrativa, Vol.I Garantia da Constitucionalidade e Controlo da Constitucionalidade, Coimbra Editora, 2ªedição,2006

### **CARLA AMADO GOMES**

- Três Textos sobre o Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, AAFFDL, 2008

### **CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA**

- Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas - Anotado, Coimbra Editora, 2008

- Responsabilidade da Administração Pública, separata da Revista do Ministério Público, n.º 86, 2001

- O Regime Geral da Responsabilidade Civil da Administração, CJA, 53, pág. 22

Intervenção de Terceiros na acção de responsabilidade civil da Administração

Convolução da Responsabilidade Civil extra-contratual por facto ilícito em responsabilidade pelo risco, CJA, n.º 57, pág. 14

**CARLA AMADO GOMES, HELOÍSA OLIVEIRA**

- E um dia a falésia veio abaixo... : risco de erosão da orla costeira, prevenção e responsabilização, CEDOUA: revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente. - n.º 24 (2009), p. 15-36

**CHERIE BOOTH / DANIEL SQUIRE**

- The Negligence Liability of Public Authorities, Oxford University Press, 2006

**CUNHAL SENDIM**

- A responsabilidade civil por danos ecológicos, Cadernos Cedoa, Coimbra, 2002

**DULCE MARGARIDA DE JESUS LOPES**

- Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística, CEDOUA: revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, 2.2004

**FAUSTO QUADROS**

- Responsabilidade dos poderes públicos no direito comunitário: responsabilidade extra-contratual da Comunidade Europeia e responsabilidade dos Estados por incumprimento do Direito Comunitário in “la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”, Madrid/Barcelona, 1999

**FAUSTO DE QUADROS, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, LUÍS BARBOSA RODRIGUES, ANTÓNIO DIAS GARCIA, JOSÉ LUÍS MOREIRA DA SILVA**

- Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública, Almedina, 2004

**FERNANDA MATOS DE OLIVEIRA**

- A responsabilidade civil dos pais pelos actos ilícitos dos filhos menores, Estudos sobre o Direito das Pessoas / coord. Diogo Leite de Campos. - Coimbra : Almedina, 2007

**ESTÊVÃO NASCIMENTO DA CUNHA**

- Ilegalidade Externa do Acto Administrativo e Responsabilidade Civil da Administração, Coimbra Editora, 2010

**FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE**

- Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Almedina, 1995

**FREITAS DO AMARAL**

- Curso de Direito Administrativo, Vol. I, 2.º edição, Coimbra, 1999

**FREITAS DO AMARAL/RUI MEDEIROS**

- Responsabilidade civil do Estado por omissões legislativas – o caso Aquaparque, RDES, Ano XLI, n.º 3 e 4, Agosto-Dezembro de 2000

**HENRIQUE ANTUNES**

- Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz, Universidade católica, 2000

**GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA**

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3.ª edição, Coimbra, 1993.

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª edição revista, Vol. I, Coimbra, 2007

**GOMES CANOTILHO**

- Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, 2007

**JOÃO RAPOSO**

- Direito Policial I - Tomo I, Almedina, 2006

- *Novas fronteiras da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração*, CJA n.º 58, pág. 67

**JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO**

- Teoria Geral do Direito Civil, vol. II, Coimbra, 1999

**JORGE MIRANDA**

- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, 3.ª edição, Coimbra, 2008.

**JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS**

- *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, 2005.
- *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra, 2006.

**JORGE REIS NOVAIS**

- *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, 2010

**LUÍS MENEZES LEITÃO**

- *Direito das Obrigações*, vol. I, Almedina 2006

**MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA**

- *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Almedina, 2009

**MANUEL GOMES DA SILVA**

- *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, ed. do A., Lisboa, 1944

**MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE**

- *Teoria Geral do Direito Policial*, Almedina, 2009

**MARIA LÚCIA AMARAL PINTO CORREIA**

- *A responsabilidade por danos decorrentes da jímçeo política e legislativa*, CJA, n.º 40
- *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra, 1998
- *Dever de Legislar e Dever de Indemnizar a propósito do caso Aquaparque do Restelo*, in *Themis*, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Ano I, nº2, 2000, pág. 93

**MARCELLO CAETANO**

- *Manual de Direito Administrativo - Vol. I*

**MARCELO MADUREIRA PRATES**

- *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, Almedina, 2005

**MARCELO REBELO DE SOUSA ANDRÉ SALGADO DE MATOS**

- *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 2007

**MARGARIDA CORTEZ**

- *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Coimbra, 2000
- *A Responsabilidade Civil da Administração por Omissões*, CJA n.º 40

**MARIA DA GLÓRIA GARCIA**

- *A Responsabilidade Civil do Estado e demais Pessoas Colectivas Públicas*, Conselho Económico e Social, Série «Estudos e Documentos», Lisboa, 1997

**MÁRIO AROSO DE ALMEIDA Í CARLOS FERNANDES CADLLHA**

- *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2.ª edição revista, Coimbra, 2007.

**MARSHAL M. SHAPO**

- *The Duty to Act – Tot Law, Power & Public Policy*, University of Texas Press, Austin & London, 1977

**PEDRO GONÇALVES**

- *Entidades Privadas com Poderes Administrativos*, CJA, n.º 58

**PEDRO PITTA E CUNHA NUNES DE CARVALHO**

- *Omissão e Dever de Agir em Direito Civil*, Almedina, 1999

**REINHOLD ZIPPELIUS**

- *Teoria Geral do Estado*, coordenação de Gomes Canotilho.- 3ª ed., Lisboa, 1997

**RUI MEDEIROS**

- *Ensaio Sobre a Responsabilidade Civil do Estado Por Actos Legislativos*, Almedina, 2001

**SÉRVULO CORREIA**

- *Noções de Direito Administrativo*, Vol I, Lisboa, 1982
- *O Incumprimento do Dever de Decidir*, *Estudos* jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, vol. 2, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006

- “Polícia” in Dicionário Jurídico, Vol. VI, pág. 393

**VASCO PEREIRA DA SILVA**

- *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra, 1996

**VIEIRA DE ANDRADE**

- *Justiça administrativa (Lições)*, 9.ª edição, Coimbra, 2007

- *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª edição, Coimbra, 2007