

Secção II Responsabilidade pelo risco

Artigo 11.º

Responsabilidade pelo risco

1 – O Estado e as demais pessoas coletivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de atividades, coisas ou serviços especialmente perigosos, salvo quando, nos termos gerais, se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo o tribunal, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização.

2 – Quando um facto culposo de terceiro tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos, o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público respondem solidariamente com o terceiro, sem prejuízo do direito de regresso.

SUMÁRIO

1. Enquadramento geral
 - 1.1. Introdução
 - 1.2. Génese do artigo
 - 1.3. Direito comparado
 - a) Da singularidade da consagração normativa de uma cláusula geral de responsabilidade administrativa pelo risco
 - b) Génese da responsabilidade administrativa pelo risco na jurisprudência do *Conseil d'État*
 - c) A criação de Fundos como forma de gestão dos riscos sociais
2. Pressupostos da responsabilidade pelo risco
 - 2.1. Da *excepcional à especial* perigosidade da atividade, coisa ou serviço
 - a) Avaliação abstrata/avaliação concreta da especial perigosidade da atividade, coisa ou serviço
 - b) Critérios-diretores de preenchimento da cláusula geral
 - c) Risco excepcional e risco especial
 - d) A aplicação jurisprudencial da cláusula geral
 - 2.2. Do dano
 - a) O dano elegível à luz do regime anterior
 - b) O desaparecimento de *elementos-travão* no comprometimento do erário público
 - 2.3. Do nexó de causalidade
 - 2.4. Da inexistência de caso de força maior
3. A relevância da culpa do lesado
4. A relevância da culpa de terceiro; a solidariedade passiva da entidade pública
5. Círculo dos beneficiários do regime da responsabilidade pelo risco

6. Responsabilidade pelo risco e responsabilidade delitual com culpa presumida – delimitação
7. Considerações finais

1. Enquadramento geral

1.1. Introdução

Quando há ações ou omissões que provocam danos e dão origem a lesados, procurar culpados e, quando se julga terem sido encontrados, responsabilizá-los e deles obter ressarcimento, é uma realidade que o direito incorporou e, como o diploma que se anota demonstra, dela não estão isentos o Estado e demais pessoas coletivas públicas. Mas a procura de culpados tem-se vindo a acentuar recentemente, associada a um crescente desejo de segurança, na sociedade complexa e de risco em que vivemos, de tal modo que tende a invadir áreas tradicionalmente tratadas como responsabilidade objetiva, pelo risco. Para esta tendência evolutiva começamos por chamar a atenção.

De facto, o desenvolvimento tecnológico multiplicou as situações de risco, e a existência de danos e de lesados, aliada a um conhecimento científico mais aprofundado sobre as causas dos factos danosos, tem vindo a desenvolver um clima propício a encontrar novos mecanismos jurídicos de responsabilização sobre os quais há que estar atento. Tome-se o exemplo da ocorrência de certas catástrofes, ditas «*naturais*», mas que se sabe serem, em parte, resultado da evolução civilizacional, e que tanto podem consistir em ventos e chuvas fortes como em tempestades localizadas de granizo, como outras... E tome-se o exemplo do uso de produtos, técnicas de produção ou tecnologias perigosas, altamente destrutivas em caso de acidente – lixos tóxicos, produção de energia... – ou o exemplo da fácil propagação de doenças contagiosas, em razão, desde logo, da rápida mobilidade dos transportes. Tome-se ainda o exemplo dos fenómenos sofisticados de terrorismo político, não enquadrável nos tradicionais cenários de guerra, e nas consequências sociais de crises económico-financeiras graves... Em suma, há cada vez mais a perceção de que se pode descortinar uma intencionalidade na génese destes e outros fenómenos, apesar de atualmente muitos serem ou poderem ser enquadráveis na responsabilidade pelo risco, sabendo embora que é utópico falar num «*direito a viver sem riscos*». E a par de linhas de crédito, da atribuição de subsídios, de múltiplas

e diversificadas ações decorrentes da definição constitucional de direitos a concretas prestações do Estado, em defesa da dignidade da pessoa humana, procuram-se outros mecanismos jurídicos, especiais e de âmbito geral, sempre que o conhecimento científico e técnico se cruza com a cultura social e política, como acontece com o regime jurídico da responsabilidade ambiental, constante do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de julho.

Ao que vem de dizer-se acresce a percepção, no mundo recentemente tornado global e sem fronteiras, desde logo em razão das questões ambientais, da tecnologia comunicacional e de funcionamento dos mercados, de que os regimes jurídicos de responsabilidade civil, patrimonial, presentes em certos sistemas jurídico-políticos, estão sujeitos a efeitos de mimetismo, além de poderem dar origem a diversificados fenómenos de contágio, desde logo por força da jurisprudência dos tribunais.

Do exposto resulta, porventura mais acentuadamente hoje, em virtude da sociedade de risco (ULRICH BECK) ou sociedade de incerteza (ZYGUMUNT BAUMAN) em que vivemos, a necessidade de delimitar com clareza, na ação estadual, a linha que separa as situações de responsabilidade civil emergente de comportamentos ilícitos e culposos, das demais situações de responsabilidade civil em que a identificação de culpados não é possível, ou não é ainda cientificamente possível, tendo presente os conhecimentos disponíveis, e que, por isso mesmo, se inscrevem nas atividades de risco, especialmente perigosas (responsabilidade pelo risco). De fora ficam todas as outras situações em que há danos e lesados (e são muitas, no momento em que vivemos) e que decorrem do risco inerente à própria vida, concretamente a vida em sociedade política.

Do exposto resulta também a importância de dar atenção aos estudos de direito comparado, que permitam compreender as linhas de força evolutivas do direito, numa área onde os diferentes sistemas jurídicos estaduais tendem a aproximar-se, já que os danos fluem de fenómenos idênticos, quando não do mesmo fenómeno (veja-se o caso da mesma fonte poluente provocar danos em vários Estados ou de atividades de supervisão bancária similares mas exercidas em diferentes Estados provocarem idênticos danos) e são sustentados por conhecimentos científicos e técnicos similares.

Finalmente, do exposto resulta a verificação de que se vive um momento especialmente sensível de dificuldade de determinação de regimes jurídicos, não só porque a rede de relações sociais se estreitou, como ainda as situações danosas aumentaram e

tornaram-se mais complexas e globais (veja-se o caso das explosões em plataformas petrolíferas no alto mar). E a presença do Estado na sociedade, como força promotora de justiça social, transmite permanentemente aos cidadãos a percepção de que nele podem confiar, o que tem o sentido de, em todas as situações, garantir mecanismos de justiça (*Estado de Justiça Total* lhe chamou já A. CASTANHEIRA NEVES). A constituição obrigatória de fundos para o exercício de certas atividades de risco insere-se nesta linha.

A responsabilidade civil pelo risco, prevista no artigo que se comenta, insere-se neste horizonte de reflexão e não admira que o seu âmbito de aplicação tenha tendência a elevar particulares problemas de fronteira, resultantes dos conhecimentos científicos e técnicos presentes no desenvolvimento de atividades especialmente perigosas, a demandar o apelo a princípios gerais de direito. O princípio da precaução, cuja concretização nem sempre se revela fácil, é um deles e o entrelaçamento do princípio da precaução com o princípio da proporcionalidade pode abrir caminho a evoluções jurídicas frutuosas.

Em suma, atividades, serviços e coisas especialmente perigosas ou arriscadas sempre existiram, dentro e fora do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público, pelo que a definição da responsabilidade pelo risco não é de hoje e muito menos é exclusiva do direito público. Porém, tais atividades, antes esporádicas e dando pontualmente origem a danos, multiplicaram-se na vida social, e concretamente pela ação do Estado e demais pessoas coletivas de direito público e, de outro lado, os danos potenciais deixam de ser pontuais – tenha-se presente a investigação em áreas de ponta, a atividade de produção e manejo de certos químicos, o transporte e tratamento de lixos tóxicos, o armazenamento, instalação e condução de gás ou de eletricidade, a utilização de antenas de telecomunicações...

Embora cada vez mais sujeitas a apertada regulamentação, com vista a diminuir e evitar o risco de danos, o elevado grau de complexidade que caracteriza certas coisas, serviços ou atividades perigosas e as inúmeras variáveis a que estão sujeitas tornam muito difícil, quando não impossível, delimitar, na presença de danos, quais os que são resultado de ilicitude culposa do lesante, quais os que decorrem da ação do lesado e quais os que são fruto da própria perigosidade da atividade. De facto, apesar da referida regulamentação legal, a complexidade das atividades e a sua sujeição a variáveis tendencialmente infinitas levam a que, apesar das regras existentes, se tenha de agir em situação sem

normas predefinidas, porque cada situação é única e impede generalizações. Como amplamente ARTHUR KAUFMANN lembra, «*nas sociedades pluralistas do nosso tempo, o homem é chamado a intervir ativamente no mundo sem que disponha sempre à partida de normas predefinidas ou dum conceito fixo de natureza que determine se o seu agir é correto*» (*Filosofia do Direito*, 2004, p. 454).

Neste quadro há a tendência, haja ou não danos, para avaliar as situações em razão da coincidência ou afastamento entre os resultados pretendidos e os alcançados, de acordo com um raciocínio finalístico e não de acordo com um raciocínio condicional. A essa tendência subjaz, porém, uma avaliação temporalmente desviada, já que a informação disponível no momento do juízo está longe de coincidir com a detida no momento anterior à produção de danos.

De facto, quando a atividade especialmente perigosa decorre, desconhecem-se, em regra, os exatos contornos dos danos que dela podem resultar, bem como a dimensão destes. Verificada, no decurso da atividade, a situação produtora de danos, o juízo sobre a sua ocorrência passa a dispor de informações não disponíveis no momento em que a atividade decorria normalmente e sem danos. A diferença temporal entre estes momentos, acompanhada do acréscimo de informação suscetível de ser apreciada, em função das variáveis a que a coisa ou atividade perigosa foi sujeita, tende a desequilibrar, do ponto de vista valorativo, o juízo. A opção do legislador pela responsabilidade fundada no risco encontra aqui justificação, enquanto, de um lado, permite ajustar a ideia de justiça à situação danosa provocada por atividades ou coisas especialmente perigosas e, de outro, permite ajustar a ideia de justiça à natureza única de cada uma das situações.

Porém, é neste quadro que se têm vindo a densificar juridicamente, de um lado, o princípio da precaução, apelando a uma ação prudente sempre que as correntes científicas atualizadas falham, enquanto não equacionam o problema e, logo, não lhe podem dar resposta, e, de outro, o princípio da proporcionalidade, a exigir uma ação precaucional baseada no grau de risco que o desenvolvimento da atividade especialmente perigosa desencadeia bem como na inerente ignorância científica. Uma coisa parece certa: quanto mais se avança na densificação jurídica destes princípios – o princípio da precaução e o princípio da proporcionalidade – mais se amplia a área em que pode ter lugar a responsabilidade pela ação ilícita e culposa e mais se restringe a área em que pode ter lugar a responsabilidade pelo risco.

A delimitação das atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos subjacentes à responsabilidade pelo risco não está predefinida em lei, mas isso não significa que não existam parâmetros ou limites impostos pelo direito. Do ponto de vista material e do ponto de vista organizacional, o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público constroem-se sobre esses parâmetros ou limites.

Neste quadro, gozando no dia-a-dia das comodidades civilizacionais e dos progressos da técnica, a sociedade modela política e juridicamente os riscos que está disposta a correr em função da evolução, entendida cada vez mais em termos globais.

Afastada que está, como se concluiu *supra*, a formulação de um «direito a viver sem riscos», com que a ânsia securitária por vezes politicamente acena, e sabido que, desde logo, num mundo de bens escassos e em constante degradação, bem como num mundo de complexas investigações com tecnologias de ponta, as atividades avessas ao risco não permitem as melhores respostas, a tolerância revela-se um conceito capaz de, embora com inelimináveis margens de ambiguidade, abrir pistas de solução para a definição das atividades, coisas e serviços administrativos especialmente perigosos e, logo, suscetíveis de poderem enquadrar-se na responsabilidade pelo risco definida no artigo que se comenta.

Seja, porém, como for, não se esquece que é no quadro das motivações que a tolerância se constrói, cultural e politicamente, e é também neste âmbito que franqueia as portas do direito.

Uma nota mais para evidenciar que a responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas de direito público por danos decorrentes de atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, consagrada no artigo *sub judice*, encontra assento no princípio constitucional da igualdade.

De facto, decorre do n.º 1 do artigo 13.º da Constituição o princípio de que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. Resulta claro do normativo não só a ideia de que, na relação entre os cidadãos e o Estado, não pode haver discriminações, como a ideia de que cada cidadão é detentor de um «estatuto social» (GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., 2007, p. 338). Este estatuto social dos cidadãos, aliado à proibição de discriminação, impede que o Estado e demais pessoas coletivas de direito público deixe sem qualquer compensação ou indemnização «o» ou «os» cidadãos lesados por atividades especialmente perigosas por si empreendidas. Por outras palavras, e por força do princípio

da igualdade e do estatuto social dos cidadãos que dele flui, o Estado e demais pessoas coletivas de direito público devem indemnizar os lesados pelos danos provocados no decurso de atividades especialmente perigosas que desenvolverem, já que seria discriminatório e ofensivo do estatuto social dos cidadãos que o bem de uns, obtido no decurso de tais atividades, fosse conseguido com o prejuízo provocado junto de outros.

Isto posto, entendemos que o disposto neste artigo 11.º, que ora se comenta, se funda no disposto no artigo 13.º da Constituição.

Ainda numa lógica de enquadramento introdutório, uma palavra final para lembrar que a responsabilidade pelo risco se circunscreve ao disposto neste artigo 11.º, único que integra a secção II do capítulo II do regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas.

No âmbito da responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função administrativa, o legislador discriminou duas modalidades de responsabilidade: a responsabilidade por facto ilícito e a responsabilidade pelo risco, tendo circunscrito numa única secção, servida por um único normativo, a disciplina da responsabilidade pelo risco. E é interessante verificar que, em síntese, o regime jurídico da responsabilidade pelo risco, exclusivamente estruturado sobre a especial perigosidade da atividade desenvolvida, pode ser afastado havendo força maior, e limitado ou afastado pela concorrência de culpa do lesado ou de facto culposo de terceiro.

1.2. *Génese do artigo*

A possibilidade de o Estado e demais pessoas coletivas públicas virem a ser responsabilizados pelo risco criado por atividades, coisas ou serviços perigosos, encontrava-se já prevista no Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de novembro de 1967. De facto, também no anterior diploma regulador da responsabilidade do Estado se consagrava uma cláusula geral de responsabilidade objetiva baseada no risco, no seguimento, aliás, dos ensinamentos de MARCELLO CAETANO [cfr. *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, 9.ª ed., 2010 (reimp.), p. 1237] e dos exemplos vindos do direito comparado, em particular da jurisprudência do *Conseil d'État*.

Rezava o artigo 8.º do referido diploma que: “O Estado e demais pessoas coletivas públicas respondem pelos prejuízos especiais e anormais resultantes do funcionamento dos serviços administrativos excecionalmente perigosos ou de coisas e atividades da mesma natureza,

salvo se, nos termos gerais, se provar que houve força maior estranha ao funcionamento desses serviços ou ao exercício dessas atividades, ou culpa das vítimas ou de terceiro, sendo neste caso a responsabilidade determinada segundo o grau de culpa de cada um.”

No confronto da letra deste normativo com o atual artigo 11.º (ora em anotação) realçam-se alterações pontuais de redação com ou sem significado assinalável e que iremos desenvolver nos pontos que se seguem.

1.3. *Direito comparado*

a) Da singularidade da consagração normativa de uma cláusula geral de responsabilidade administrativa pelo risco

Numa apreciação sumária do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas em vigor nos sistemas jurídicos que nos são próximos, podemos dizer que, na sua grande maioria, desconhecem qualquer cláusula geral de responsabilização objetiva pelo risco. Não obstante, existem, por regra, regimes específicos para riscos especiais (muitas vezes por imposição de normas europeias), com um âmbito de aplicação subjetiva que se estende a todas as pessoas jurídicas públicas ou privadas, e a todos os atos de gestão pública ou privada, de igual modo. Nesta medida, o Estado pode vir a responder pelo risco, independente de culpa, nos mesmos termos de um qualquer particular.

Assim acontece no sistema jurídico alemão – *v.g.*, a propósito da circulação de veículos (§ 7 *Strassenverkehrsgesetz*), ou de situações ou coisas perigosas [como a energia atómica (§ 25 *Atomgesetz*) ou os alimentos geneticamente modificados], assim como em matéria de ambiente (§ 1 *Umwelthaftungsgesetz*) ou da proteção do consumidor, *vide* o regime dos produtos defeituosos (§ 1 *Produkthaftungsgesetz*) – ou no sistema jurídico espanhol essencialmente quanto aos mesmos domínios.

Neste último ordenamento, porém, desde 1954 se defendeu a responsabilidade objetiva da Administração em relação aos danos provocados pelo funcionamento de qualquer serviço público (cláusula geral consagrada no artigo 139.º da Lei 30/1992, de 26 de novembro) e não apenas quanto ao funcionamento de serviços qualificados de perigosos, num sistema centrado na lesão do património do particular. Essa excessiva amplitude da cláusula de responsabilidade foi alvo de críticas por alguns autores e de algum

modo limitada na sua aplicação pela jurisprudência. Nesse sentido, o legislador introduziu uma caracterização do dano indenizável que, no limite, poderá afastar qualquer forma de responsabilidade objetiva (e claramente o faz quanto ao denominado “risco de desenvolvimento”), ao exigir que o dano derive “[...] de factos ou circunstâncias que não se tivessem podido *prever* ou *evitar* segundo o estado dos conhecimentos da ciência ou da técnica existentes no momento da produção daqueles [...]” (artigo 141.º, n.º 2, da Lei 30/1992, *itálico* nosso). Cfr., a propósito e para uma síntese das principais teses doutrinárias a este respeito, EVA DAROCA, *Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 a la luz del Análisis Economico del Derecho*, REDA, 180/2000, pp. 533 ss.

Em Itália, é hoje assente a aplicação ao Estado do regime da responsabilidade pelo risco previsto no artigo 2050 do *Codice Civile* (que se baseia numa presunção de culpa do agente). Ver, a propósito, ALDO TRAVI, *Droit Public et Risque*, REDP, 15, 2003, pp. 491 ss (pp. 494/495).

b) *Génese da responsabilidade administrativa pelo risco na jurisprudência do Conseil d'État*

Já no sistema jurídico francês tem sido paulatinamente desenvolvida, desde o século XIX, uma linha jurisprudencial que determina a responsabilização do Estado pelo risco. É, aliás, à jurisprudência do *Conseil d'État* que se deve a consagração primeira de uma responsabilidade do Estado independente de culpa. A partir do Acórdão *Cames* (Acórdão de 21 de junho de 1895 que reconhece o direito de um trabalhador a ser indemnizado por um acidente no qual nem o trabalhador nem o Estado têm qualquer culpa – www.conseil-etat.fr) são desenvolvidos uma série de pressupostos de responsabilidade que não dependem de culpa do agente, quebrando assim com a ideia de censurabilidade ética que sempre se encontrou associada à responsabilização. De acordo com o próprio Conselho de Estado, a consagração deste tipo de responsabilidade só foi possível pelo facto de o Estado não estar sujeito às normas do direito civil na matéria e “[...] a indemnização pelo risco (ser) uma aplicação bastante natural do princípio liberal do conceito de igualdade perante os encargos públicos” (CONSEIL D'ÉTAT, *Responsabilité et socialisation du risque – Rapport public 2005*”, consultado em www.conseil-etat.fr, p. 213). Se bem que a jurisprudência firmada neste Acórdão tenha sido ulteriormente consagrada na legislação sobre acidentes de trabalho,

a linha aí defendida não deixou de ser aplicada a outro tipo de situações, nomeadamente a colaboradores do Estado, requisitados ou voluntários, mas sem qualquer vínculo à Administração. Suma importância assume, em seguida, o Acórdão *Regnault-Desroziers*, de 28 de março de 1919 (www.conseil-etat.fr), onde se sustentam todas as decisões posteriores sobre a qualificação de coisas, situações ou métodos perigosos geradores da responsabilidade pelo risco. Nesta medida, seguindo a jurisprudência do Conselho de Estado francês, o Estado pode responder pelos danos resultantes de um risco específico por ele criado: danos provocados por armas de fogo; métodos inovadores de tratamento ou reeducação de delinquentes ou de doentes mentais; doenças contraídas em serviço (como de uma educadora grávida que contraiu rubéola por força de uma epidemia na sua escola); danos provocados por menores institucionalizados... Também com base na responsabilidade pelo risco foram indemnizados os pacientes contaminados pelo vírus VIH no seguimento de transfusões de sangue contaminado. Para uma recensão da jurisprudência do *Conseil d'État* poderá ver-se P. GONOD/F. MELLERAY/P. YOLKA, *Traité de Droit Administratif*, vol. 2, 2011, pp. 631 ss.

c) A criação de Fundos como forma de gestão dos riscos sociais

Não podemos deixar de salientar que, nalgumas situações em que se pode discutir a existência ou não de formas de responsabilidade, foram em muitos países criados Fundos que garantem às vítimas o ressarcimento dos danos sofridos. Assim acontece em relação aos infetados por transfusões de sangue contaminado, atos de terrorismo, vacinação obrigatória ou quanto às vítimas do amianto (ver, a propósito, *Conseil d'État, Responsabilité...*, cit., p. 304).

2. Pressupostos da responsabilidade pelo risco

2.1. Da excecional à especial perigosidade da atividade, coisa ou serviço

A aplicação do regime consagrado no artigo 11.º do RRCEE depende, obviamente, da verificação *in casu* dos pressupostos nele previstos. Desde logo, do facto de o dano resultar de uma atividade, coisa ou serviço administrativos, *especialmente perigosos*. Ao invés do que vimos ser a regra noutros ordenamentos jurídicos,

e também na nossa lei civil (*vide* artigos 499.º ss do Código Civil), a responsabilidade pelo risco em que pode incorrer a Administração não se limita a certas atividades especificamente qualificadas de perigosas. Pelo contrário, ela resulta do preenchimento de uma cláusula geral que determina a responsabilidade da Administração, independentemente de culpa, no caso de o dano resultar de uma qualquer atividade (coisa ou serviço), desde que *especialmente perigosa* (afastando, deste modo, a natureza excecional da responsabilidade pelo risco – cfr. MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, 1997, p. 31). Neste sentido, importa por isso começar por ensaiar uma delimitação dos contornos desta cláusula para, logo em seguida, analisar o tipo de factualidade que lhe tem sido subsumida.

a) Avaliação abstrata / avaliação concreta da especial perigosidade da atividade, coisa ou serviço

Ora, saber se uma atividade, coisa ou serviço devem ser qualificados como especialmente perigosos não deve passar por uma espécie de avaliação “ex post” da danosidade que lhes esteve associada. A verdade é que na sociedade de risco em que vivemos, o perigo de ocorrência de um dano encontra-se presente num número infundável de atividades ou coisas, cuja potencialidade lesiva nos poderia levar a qualificá-las de perigosas (pense-se no caso de um vaso de flores colocado numa varanda que em caso de queda pode gerar danos nos bens ou pessoa de terceiro). Na sociedade atual o risco é uma constante: o progresso técnico (e a inerente experimentação e utilização de novos métodos, materiais...); a massificação das relações; os riscos “virtuais” ou de desenvolvimento, só conhecidos mais tarde graças ao progresso técnico, são fatores naturalmente geradores de risco. Mas só nalgumas contadas circunstâncias se pode considerar que uma atividade contém em si mesma uma inerente e natural perigosidade, a qual ultrapassa o risco natural de vivência social, risco esse que não pode ser eliminado por qualquer medida de prevenção razoável (ao contrário do que acontece com o vaso de flores), pois se assim se puder o problema não deverá ser colocado em sede de responsabilidade objetiva. Se bem que atividade necessária, e por isso legítima, assume-se que a vítima não pode deixar de ser ressarcida, independentemente da culpa daquele que beneficia com a atividade (e que no caso da atividade administrativa é a própria comunidade no seu conjunto).

A avaliação da perigosidade da atividade (coisa ou serviço) deve assim ser realizada em abstrato, tomando em devida conta, num segundo momento, os concretos contornos da situação. Em sentido diferente, parece pronunciar-se CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas anotado*, 2.ª ed., 2011, p. 218.

b) Critérios-diretores de preenchimento da cláusula geral

O legislador poderia aqui ter optado por uma de duas vias: a listagem de atividades, coisas ou serviços especialmente perigosos; a consagração de uma cláusula geral, com ou sem indicação de critérios que guiassem o intérprete no seu preenchimento. A opção foi neste último sentido, deixando à jurisprudência a densificação do conceito da (agora) *especial perigosidade*.

Numa tentativa de colmatação dessa carência legal de critérios indiciadores do que se pode conceber como atividade, coisa ou serviço especialmente perigosos, a doutrina tem defendido que essa qualificação pode assentar num duplo critério quantitativo e qualitativo. O primeiro aponta para especial potencialidade / possibilidade de a atividade, coisa ou serviço determinar a ocorrência de danos. O segundo para a intensidade dos danos provocados. É a combinação destes dois critérios que nos vai permitir concluir se uma atividade, coisa ou serviço podem ser qualificados de especialmente perigosos e, por isso, ultrapassam o risco aceitável da vivência social sendo capazes de gerar, em caso de dano, a responsabilização daquele que beneficia com a atividade, independentemente de qualquer falta. Trata-se de um risco “caracterizado” (cfr., neste sentido, G. SCHAMPS, *La mise en danger: un concept fondateur d’un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, 1998, pp. 862 ss; e entre nós CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade administrativa pelo risco na Lei 67/2007, de 31 de Dezembro: uma solução arriscada?*, em *Textos dispersos sobre Direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*, 2010, p. 93)

É certo que a conjugação dos dois critérios deve ser flexível: se é menor a probabilidade de ocorrência de um acidente nuclear do que de um acidente de viação, os danos podem ser no primeiro caso incomparavelmente superiores, mesmo de dimensão avassaladora. Para MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, a circulação terrestre não configura uma atividade especialmente perigosa salvo quanto à condução de veículos prioritários – cfr.

Direito administrativo geral, Actividade administrativa, tomo III, 2.^a ed., 2009, p. 505. Não obstante, valendo-se hoje o artigo 11.º do RRCEE de um conceito aparentemente semelhante ao da lei civil, poderá questionar-se a certeza dessa posição, dado que a circulação de veículos é qualificada pela lei civil como atividade especialmente perigosa que justifica uma responsabilidade pelo risco.

c) *Risco excepcional e risco especial*

Nesta medida, aqueles critérios podem servir de guia na subsunção das situações da vida à cláusula geral prevista neste preceito. Isto porque na realidade será difícil, dada a multiplicidade das tarefas administrativas, uma enumeração taxativa do que se deve considerar uma atividade, coisa ou serviço perigosos. Mas essa perigosidade deve ser *especial*, para justificar uma responsabilidade sem culpa do Estado e demais pessoas coletivas públicas. Essa *qualificação* do risco pode ser adjetivada de modo diferente: ele pode ser *particular, qualificado, agravado, específico*, ... sendo que qualquer um destes adjetivos pretende, afinal, remeter para a ideia acima referida de que não é qualquer risco social que justifica este regime que tratamos. Deste modo, entendemos a posição de quem não vê na alteração do qualificativo da *excepcional perigosidade*, consagrada no artigo 8.º do anterior regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado, pela *especial perigosidade* consagrada agora neste artigo 11.º, qualquer aligeiramento na qualificação do perigo. O que interessa é essa especial caracterização (cfr., neste sentido, CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, 2.^a ed., cit., p. 216). Não obstante, tendo em conta o ambiente jurisprudencial de aplicação do anterior preceito, concordamos com aqueles que veem nesta alteração legislativa uma indicação clara de que os tribunais deverão ter uma posição menos exigente na aplicação do atual regime. Ver, neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes público*, RLJ, n.º 3951, p. 369.

MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS defendem que algumas atividades são agora subsumíveis à cláusula do artigo 11.º e que não caberiam no conceito de “excepcionalmente perigosas” previsto no anterior regime, tal como o reboque de veículos ou a circulação de veículos prioritários – cfr. *Direito administrativo geral*, tomo III, 2.^a ed., cit., p. 505.

Alguns autores tentaram já enunciar um conjunto de indícios que, de algum modo, possam auxiliar o julgador na sua tarefa de qualificação. Entre outros, poderia atender-se ao facto de haver legislação (ou mesmo normas internacionais) aplicável à atividade em questão, com exigências relativas a medidas de segurança e de prevenção de acidentes, que apontem para um perigo particular (ver, a propósito, GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, 1974, p. 92). Outro indício diria respeito à existência, em concreto, de potenciais vítimas mais desprotegidas, como idosos ou crianças. Também a existência de estatísticas ou estudos sobre os riscos de dano daquela atividade ou serviço poderia ser atendida. O mesmo em relação à localização do exercício da atividade que pode potenciar ou diminuir o risco de dano, ou até o momento do dia em que aquela é realizada (cfr. G. SCHAMPS, *La mise en danger*, cit., pp. 871 ss)

d) A aplicação jurisprudencial da cláusula geral

Nesta medida, foram já qualificados pela nossa jurisprudência como danos decorrentes de atividade, coisa ou serviço excecionalmente perigosos, os resultantes de acidentes com armas de fogo (Acórdão STA 08.02.1989, Proc. 021060); de exercícios de demonstração militar (Acórdão STA de 20.01.1977 publicado em Acórdãos Doutriniais, n.º 183, pp. 54 ss; ainda que qualificados como atividade perigosa foi, no entanto, aplicada pelo STA a presunção de culpa do artigo 493.º, n.º 2, do Código Civil no Acórdão STA de 14.02.2002, Proc. 048247); a realização de obras públicas (Acórdão STA 13.01.2004, Proc. 040581); já quanto à guarda de presos em estabelecimentos prisionais fechados, considerou o STA tratar-se de uma atividade perigosa mas não excecionalmente perigosa (Acórdão STA 22.06.2004, Proc. 01810/03); no caso da transfusão de sangue contaminado, o STA já se pronunciou no sentido de ser qualificada como uma atividade perigosa (Acórdão STA 01.03.2005, Proc. 01610/03); mas já decidiu, de igual modo, num sentido exatamente oposto [Acórdão STA 14.12.2005, Proc. 0351/05, objeto de anotação, num sentido bastante crítico, por CARLA AMADO GOMES, CJA, n.º 57 (2006), pp. 39 ss]. No Acórdão de 02.03.2006, o Supremo Tribunal ao pronunciar-se sobre a alegada oposição de julgados considerou não existir oposição por numa das situações o vírus não ser ainda conhecido. Defendeu, assim, que a avaliação da perigosidade deve ser realizada por referência ao tempo dos factos, afastando do âmbito da responsabilidade pelo

risco o chamado *risco de desenvolvimento*. Questão está em saber se uma transfusão de sangue não deve sempre ser qualificada como uma atividade especialmente perigosa e não, como faz o Supremo Tribunal, um ato médico vulgar. Também o rebentamento de explosivos foi julgada uma atividade excepcionalmente perigosa (Acórdão STA 11.11.2010, P0441/09). Não foi qualificada como atividade excepcionalmente perigosa a assistência hospitalar psiquiátrica em regime de “porta aberta” (Acórdão STA 25.11.1998, Proc. 038737). O Conselho Consultivo da PGR considerou também excepcionalmente perigosa a atividade diplomática exercida em locais de conflito (Parecer 33/2004, de 20.09.2004).

2.2. Do dano

a) O dano elegível à luz do regime anterior

Nos termos do regime anterior, nem todo o dano provocado por uma atividade (coisa ou serviço) excepcionalmente perigosa gerava o direito ao seu ressarcimento: o dano teria de ser *especial* e *anormal*. Na verdade, constituía dado assente na doutrina, firmada por GOMES CANOTILHO, e seguida pela jurisprudência, que a responsabilidade pelo risco (assim como a responsabilidade por facto lícito) exigia *elementos-travão* no comprometimento do erário público (cfr. GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado*, cit., pp. 271 ss). Assim, o dano teria de ser *especial*, isto é, teria de incidir de modo específico sobre um indivíduo ou sobre um grupo de indivíduos específico; e *anormal*, ou seja, exceder o que se considera ser o benefício retirado do próprio serviço prestado e do funcionamento do aparelho administrativo. Desta forma, só seriam ressarcíveis os danos que onerassem de modo específico e desproporcionado um cidadão ou um grupo de cidadãos (cfr. Parecer da PGR 33/2004, cit., onde se pode ler: “A ideia é desonerar a Administração nas situações em que estejam em causa pequenos sacrifícios, simples encargos exigíveis como contrapartida dos benefícios emergentes da existência e funcionamento dos serviços públicos. Somente quando o dano exceda os encargos considerados normais exigíveis como contrapartida da existência e funcionamento dos serviços públicos poderá funcionar o instituto da responsabilidade”).

b) *O desaparecimento de elementos-travão no comprometimento do erário público*

A especialidade e a anormalidade do dano deixaram de figurar como pressupostos da sua ressarcibilidade. Parece ter sido intenção do legislador afastar essa caracterização do dano. Na verdade, a referência ao dano especial e anormal mantém-se quanto à responsabilidade por facto lícito (artigo 16.º) e, em parte, no contexto da responsabilidade pelo exercício da função legislativa (em que se exige que o dano seja anormal – artigo 15.º, n.º 3). Mais do que isso, o legislador ensaiou até uma definição do que se deve entender por danos ou encargos especiais e anormais (cfr. artigo 2.º). Em consequência, parecem ser ressarcíveis todos os danos decorrentes de uma atividade especialmente perigosa, mesmo que estes sejam diminutos ou/e atinjam uma pluralidade alargada de cidadãos. Não existe aqui qualquer especificidade em relação à responsabilidade delitual.

A solução hoje prevista no artigo 11.º tinha já sido defendida na doutrina, nomeadamente por MARGARIDA CORTEZ. No entender da autora, a referência à anormalidade do dano não seria necessária dado que esta acabaria por ser uma decorrência natural da especial perigosidade da atividade, coisa ou serviço. Já limitar o ressarcimento do dano à sua especialidade não seria exigível, propondo uma moderação do montante indemnizatório no caso de o número de lesados assim o determinar (MARGARIDA CORTEZ, *Contributo para uma reforma da lei da responsabilidade civil da Administração*, em *Responsabilidade civil extracontratual do Estado, Trabalhos preparatórios da reforma*, 2002, pp. 262 e 263). Também neste sentido se parece pronunciar CARLA AMADO GOMES. Em seu entender, se a base da responsabilização da entidade pública é o risco criado pela atividade exercida não se vê porque exigir que o dano incida de modo específico sobre uma pessoa, ou grupo de pessoas determinado. Mas a não exigência da especialidade do dano assume uma importância fundamental se pensarmos que, atualmente, a possibilidade de ocorrerem danos “em massa” *v.g.*, transfusões de sangue contaminado; vacinação obrigatória; ... não é despendida. Nesta medida, na falta dessa qualificação do dano deveria ter sido previsto um limite indemnizatório, tal como acontece na lei civil. Neste sentido, CARLA AMADO GOMES critica o facto de o legislador não ter expressamente previsto o recurso à equidade, ao invés do que acontece no direito civil (por força da remissão do artigo 499.º para o artigo 494.º do Código

Civil) e no próprio artigo 15.º, n.º 6, da presente lei, como forma de moderação do *quantum* indemnizatório (cfr. CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade pelo risco na Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*, cit., p. 106).

2.3. Do nexo de causalidade

A imputação do dano à entidade pública administrativa exige que entre este e a atividade, coisa ou serviço especialmente perigosos intervenha um nexo de causalidade adequada, nos termos previstos no artigo 563.º do Código Civil (a expressão constante do artigo 11.º é a de que o dano deve *decorrer de*). É, por isso, necessário, que aqueles se revelem como condição *sine qua non* do dano, condição *idónea* para a sua produção.

Esse dano deve decorrer, porém, do risco inerente à atividade, coisa ou serviço, não podendo ter sido provocado por *ocasião* do seu exercício ou utilização – ele tem de resultar especificamente dos perigos que estão associados àqueles. Na verdade, o lesado goza de uma proteção especial em razão do risco específico da atividade (coisa ou serviço). (Como bem salienta G. Schamps, o dano decorrente de um indivíduo escorregar numa substância tóxica não deve ser avaliado em sede de responsabilidade pelo risco, cfr. *La mise...*, cit., p. 935 e 940.) A relação deverá estabelecer-se “entre a própria natureza da atividade e meios empregues, que não apenas são adequados abstratamente à produção do resultado que se verificou como criam um risco muito elevado da sua produção” (Acórdão do STA, 14.02.2002, Proc. 048247). Neste sentido, não foram considerados como danos decorrentes de uma atividade perigosa os danos provocados pela conceção de um projeto relativo a uma obra pública, ainda que o tribunal tenha qualificado como atividade especialmente perigosa a *execução* de uma obra pública (Acórdão STA 13.01.2004, Proc. 040581).

Poderá dizer-se que a teoria da causalidade adequada deverá ser corrigida pela consideração do risco caracterizado, típico, o que conduz a resultados próximos da “teoria da esfera de proteção da norma”. Cfr. GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado*, cit., pp. 310 ss; MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito administrativo geral*, tomo III, 2.ª ed., cit., pp. 497 ss.

De outra parte, deverá ser tido em consideração outro qualquer fator que, para além da atividade administrativa, tenha concorrido à produção do dano: intervenção do lesado, de terceiro ou até de outra entidade administrativa. Concluindo-se que essa atuação

foi também ela *causa adequada* do dano, esse facto deverá ser ponderado em sede de cálculo de indemnização.

2.4. Da inexistência de caso de força maior

A responsabilidade pelo risco da Administração pode ser excluída nos casos de ocorrência de caso de *força maior*. Este conceito, utilizado pelo direito civil, pretende referir-se a qualquer *evento danoso imprevisível e inevitável*. A doutrina civilista tende a diferenciar o caso de força maior, do caso fortuito. Enquanto este se refere a “qualquer risco inerente ao funcionamento das coisas ou maquinismos que o agente utiliza”, o primeiro diz respeito a “uma força da natureza estranha a essas coisas ou maquinismos” (cfr. ALMEIDA COSTA, *Noções fundamentais de direito civil*, 5.ª ed., 2009, p. 121). Neste mesmo sentido, MARCELLO CAETANO dá como exemplo de casos de força maior “os cataclismos (incêndios, tremores de terra, inundações, ciclones...) que destruam ou danifiquem obras ou instalações, as greves que forcem à paralisação de serviços e fornecimentos, os atos de guerra ou de rebelião que impeçam os contraentes de exercer a sua atividade [...]” [cfr. *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, 10.ª ed., 2010 (reimp.), p. 623, ao tratar das situações que justificam o incumprimento do contrato]. Se assim se entender, o facto de o artigo 11.º ter deixado de referir expressamente que a força maior deva ser *estranha ao funcionamento* da atividade ou serviço, será irrelevante porque desnecessária aquela referência.

Num sentido diferente pronunciam-se MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, que consideram de igual modo como causa excludente da responsabilidade o caso fortuito. Os autores partem, porém, de uma noção diversa de caso fortuito, pois consideram que este diz respeito a um evento imprevisível, ainda que evitável se tivesse sido previsto, podendo ser ou não estranho ao funcionamento do serviço, só permitindo aquela exoneração da Administração no primeiro caso. Cfr. dos autores, *Direito administrativo geral*, tomo III, 2.ª ed., cit., p. 506.

A ideia de exterioridade que a maioria da doutrina parece associar ao conceito de força maior não permite que nela seja incluído o denominado *risco de desenvolvimento* ou mesmo o *risco tecnológico*. De facto, se bem que esse risco seja imprevisível e inevitável no momento da prática do facto danoso, ele não pode ser considerado estranho ao funcionamento do serviço (v.g., o desconhecimento do vírus VIH). Nessa medida, a questão de

saber se esse risco pode ou não originar uma responsabilização da Administração dependerá do próprio conceito de perigosidade e da caracterização do dano. Em relação a alguns regimes o legislador resolveu expressamente a questão, *v.g.*, o regime dos produtos defeituosos [artigo 5.º *e*] do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro] que exclui expressamente esse tipo de risco do regime de responsabilidade objetiva.

3. A relevância da culpa do lesado

A culpa do lesado funciona no direito civil como causa de exclusão da responsabilidade: “não pode admitir-se a concorrência entre o risco de um e a culpa do outro para responsabilizar os dois” (PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. I, 4.ª ed., 1987, p. 517).

No contexto da responsabilidade administrativa, o artigo 4.º prevê a culpa do lesado como causa de exclusão ou redução da indemnização em relação a qualquer tipo de responsabilidade. O artigo 11.º, n.º 1, pretende resolver especificamente a questão da concorrência entre o risco e a culpa do lesado, determinando o preceito que nesse caso o tribunal poderá, tendo em devida conta as circunstâncias concretas, reduzir ou mesmo excluir a indemnização. Em razão do grau de culpabilidade do lesado, pode o julgador concluir que apesar do risco inerente à atividade, coisa ou serviço administrativos, o dano não se teria produzido não fora o comportamento do lesado, o que poderá conduzir à própria exclusão da indemnização. Já no caso de culpa diminuta esta poderá não ter qualquer reflexo no montante indemnizatório. Em qualquer caso, o grau de culpabilidade do lesado deverá ser tido em conta quando do cálculo da indemnização.

Nos termos gerais de repartição do ónus da prova, a prova da culpa do lesado cabe a quem dela beneficia – neste caso à Administração lesante. Nos termos do artigo 572.º do Código Civil pode existir, no entanto, conhecimento oficioso (ver CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, 2.ª ed., cit., p. 222).

4. A relevância da culpa de terceiro

O artigo 11.º, n.º 2, prevê um outro fator de exclusão ou redução do *quantum* indemnizatório: a culpa de terceiro. Nesta medida, o facto culposo de terceiro (particular ou outra entidade pública) que

tenha contribuído para a produção ou agravamento do dano deve ser tido em conta no cálculo do montante indemnizatório imputável à entidade administrativa que responde pelo risco. (Para MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, não é necessário que se trate de uma responsabilidade delitual de terceiro mas poderá ser também pelo risco, ainda que por um risco diferente daquele criado pela Administração – *Direito administrativo geral*, tomo III, 2.ª ed., cit., p. 507. Em sentido contrário parece pronunciar-se CARLOS CADILHA, na medida em que no caso de concorrência de responsabilidade objetiva considera aplicável o artigo 497.º do Código Civil, uma vez que o artigo 11.º parece pressupor a culpa de terceiro. Cfr. *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, 2.ª ed., cit., p. 225. O autor dá como exemplo as situações em que a responsabilidade da Administração decorre do risco de autorização de atividades especialmente perigosas por parte de outrem).

O preceito apresenta, porém, uma solução nova em relação ao regime anterior e que se apresenta “altamente discutível” (MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito administrativo geral*, tomo III, 2.ª ed., cit., p. 507): a pessoa coletiva pública responde solidariamente para com o lesado, ainda que lhe seja atribuído direito de regresso no que exceda a sua responsabilidade. Se a *ratio legis* da norma parece ser a de uma proteção da vítima contra uma eventual insolvabilidade do terceiro, transforma-se, porém, o Estado e as demais pessoas coletivas públicas em seguradores para além do que constitui a sua responsabilidade. Solução que se afigura, no mínimo, perigosa.

Nesta medida, o tribunal deverá procurar determinar, tal como acontece com a culpa do lesado, até que ponto o facto culposos de terceiro contribuiu para a produção do dano e, em consequência, proceder a uma fixação proporcional da quantia indemnizatória a cargo da Administração. Deste modo, a culpa de terceiro pode até excluir a responsabilidade administrativa. Não obstante, por força do regime de solidariedade passiva aqui consagrado, o lesado poderá demandar a Administração pela totalidade da quantia (cfr. artigos 518.º ss do Código Civil). A ação será, nesse caso, intentada nos tribunais administrativos (o mesmo acontecendo se demandar simultaneamente o terceiro ao abrigo do disposto no artigo 10.º, n.º 7, do CPTA). Note-se que, havendo uma corresponsabilidade da Administração e de terceiro, o direito de regresso a exercer pela entidade administrativa limita-se ao montante que excede a sua própria responsabilidade (artigo 524.º do Código Civil).

O facto de ser demandada sozinha a Administração não impede que esta possa suscitar a intervenção provocada do terceiro no processo de forma a obter de imediato o reconhecimento do seu direito de regresso (neste sentido cfr. CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, 2.^a ed., cit., p. 224). Caso contrário, deverá satisfazer integralmente a indemnização e, em seguida, propor uma ação de condenação contra o terceiro corresponsável para o reembolso do que excede a sua quota-parte de responsabilidade (ver artigo 37.^o, n.^o 2, f), do CPTA; e CARLOS CADILHA, *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, 2.^a ed., cit., p. 225).

5. Círculo dos beneficiários do regime da responsabilidade pelo risco

Outra questão que se pode colocar a propósito da responsabilidade pelo risco de uma entidade administrativa é a de saber quem pode beneficiar dessa responsabilidade. Levantam-se, a propósito, duas dúvidas: pode um funcionário beneficiar deste regime? Pode um beneficiário direto da atividade ou serviço demandar a Administração?

Na verdade, se um terceiro deve ser ressarcido pelo prejuízo que sofreu por uma atividade especialmente perigosa mas que beneficia a comunidade no seu conjunto, pergunta-se se o mesmo pode acontecer com o funcionário que exerce essa mesma atividade. A questão colocou-se, por exemplo, em relação à atividade diplomática em zonas de guerra, e motivou um Parecer da Procuradoria-Geral da República (cfr. Parecer 33/2004, cit.). No caso em apreço, concluiu o respetivo Conselho Consultivo que existia culpa do lesado, mas não deixou de reconhecer que, apesar de a atividade diplomática exercida em zonas de conflito determinar a concessão de um subsídio de risco (legalmente atribuído), poder colocar-se a hipótese de existirem danos superiores aos cobertos pelo referido subsídio. Nessa exata medida, não se afastou portanto a possibilidade de um funcionário do Estado ser o destinatário de uma quantia indemnizatória baseada numa responsabilidade pelo risco. De acordo com esse Parecer, os danos que excedam de modo desproporcionado o ressarcível pelos mecanismos laborais devem poder ser compensados/indemnizados pela via da responsabilidade pelo risco. Assim tem também entendido o Conselho de Estado francês a propósito não só da atividade diplomática como também de outras situações como a de uma educadora grávida

num infantário onde se verificou uma epidemia de rubéola. Ver a propósito GOMES CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, cit., p. 262, em nota.

A mesma dúvida coloca-se a propósito do “beneficiário direto” da atividade ou serviço. Pense-se no caso dos doentes infetados com o vírus VIH, em virtude de uma transfusão de sangue contaminado. Na realidade, os lesados são os diretos beneficiários do serviço de distribuição de sangue, mas não parece que se possa afastar por isso a possibilidade de se verem ressarcidos pelos danos causados por essa atividade. O mesmo tem sido considerado noutros ordenamentos.

6. Responsabilidade pelo risco e responsabilidade delitual com culpa presumida – delimitação

No contexto da aplicação do Decreto-Lei n.º 48051, uma interpretação, em certa medida, restritiva, da cláusula geral do artigo 8.º, determinava uma orientação jurisprudencial no sentido do recurso às presunções de culpa previstas no Código Civil, como forma de proteção do lesado (colocado perante situações de alguma dificuldade de prova do comportamento devido). Assim aconteceu em relação às presunções de culpa previstas nos artigos 491.º e 493.º, n.º 1, do Código Civil, por omissão de deveres de vigilância (v.g., o Acórdão do STA, de 05.12.2007, Proc. 0655/07), ou da presunção prevista no artigo 493.º, n.º 2, em relação a atividades ou coisas perigosas (v.g., o Acórdão do STA de 14.02.2002, Proc. 048247).

Ora, noutros sistemas jurídicos, em particular no ordenamento francês, é visível uma tendência para a responsabilização administrativa pelo risco por danos causados por pessoas ou coisas de que a Administração tenha a guarda. De facto, o *Conseil d'État* procedeu a um alargamento deste tipo de responsabilidade administrativa aos danos provocados por menores de que a Administração tem a guarda (e não apenas de jovens delinquentes, o que já era considerado um serviço de risco), com base numa ideia já não de risco criado, mas de risco assumido (Acórdão *GIE AXA Courtage*, de 11 de fevereiro de 2005, o qual foi alvo de algumas críticas por parte da doutrina – cfr. P. BOM, *Vers une responsabilité de plein droit du fait des personnes dont on a la garde?*, RFDA, 2005, pp. 595 ss; GUETTIER, *Du droit de la responsabilité administrative dans ses rapports avec la notion de risque*, AJDA, 2005, pp. 1499 ss). O regime entre nós em vigor parece ter ido noutro sentido, mais na linha jurisprudencial nacional anteriormente referida, ao consagrar

expressamente uma presunção de culpa por omissão de deveres de vigilância no n.º 2 do artigo 10.º A responsabilidade pelo risco refere-se, assim, apenas a uma perigosidade especial (criada) e não à omissão de deveres de cuidado. Ver, a propósito, VIEIRA DE ANDRADE, *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa*, cit., p. 368.

Já quanto à linha de delimitação entre o regime de responsabilidade pelo risco e da responsabilidade delitual com culpa presumida no caso de atividades perigosas (prevista no artigo 493.º, n.º 2, do Código Civil), essa entronca, desde logo, no modo como se interprete a cláusula geral da “especial perigosidade” constante do artigo 11.º Um tendencial alargamento do âmbito de aplicação dessa cláusula tornará porventura desnecessária a averiguação de qualquer comportamento culposo por parte da Administração.

Ainda assim, ser o dano decorrente deste tipo de atividade, coisa ou serviço não afasta a responsabilidade com base na culpa no caso de existir qualquer violação de regras técnicas ou de prudência comum, ou de deveres de cuidado, em particular na própria percepção do risco e na adoção das inerentes medidas de prevenção. Na verdade, a responsabilidade pelo risco pressupõe a impossibilidade de evitar a produção do dano, mas para tal afigura-se necessário ponderar todos os fatores de risco de acordo com os dados científicos disponíveis, e adotar as medidas possíveis para a não ocorrência de danos. Por regra, o risco é previsível à luz da ciência do tempo, mas inevitável. Chegando-se à conclusão de que a responsabilidade pelo risco deve ser afastada então colocam alguns autores a questão de saber se se poderá lançar mão da presunção de culpa, prevista no artigo 493.º, n.º 2, do Código Civil. Para CARLOS CADILHA a resposta deverá ser negativa (cfr. *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*, 2.ª ed., cit., p. 213). Não tem sido essa, no entanto, como vimos, a tendência da jurisprudência, ainda que por força de uma interpretação restritiva da “especial” perigosidade da atividade, coisa ou serviço (*vide*, também sobre a questão, *supra*, anotação ao artigo 10.º).

7. Considerações finais

A terminar, retomamos as questões apresentadas no início e que pretendem chamar a atenção para os desafios que se colocam ao instituto da responsabilidade pelo risco. Na verdade, por força do desenvolvimento técnico, científico e tecnológico,

pode amiúde tornar-se complexo o traçar de uma linha entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade sem culpa – isto é, determinar *in casu* o que seria exigível ao agente fazer como medida de prevenção do dano –, assim como saber que tipo de risco se encontra abrangido pela responsabilidade objetiva.

A questão pode revelar-se ainda mais delicada com a afirmação do princípio da precaução. O princípio terá, no âmbito da atividade administrativa, uma grande valia em sede de medidas de polícia, em particular na vigilância contínua de atividades autorizadas. Em sede de responsabilidade administrativa, uma aplicação acrítica deste princípio conduziria a incluir na responsabilidade com culpa toda a ação danosa que, perante um risco duvidoso (não provado cientificamente) de ocorrência de um dano, tivesse sido realizada. Toda e qualquer ação que, nesse caso, deveria ter sido substituída por uma abstenção perante a possibilidade, ainda que virtual, de existência de risco de dano. Uma tal posição de princípio conduziria à estagnação total do desenvolvimento social na falta de prova de inexistência de risco. Daí a necessidade de conjugação do princípio da precaução com o princípio da proporcionalidade na apreciação do grau de suspeita de risco associado à atividade no momento da sua prática, a fim de avaliar o que seria *exigível* ao agente fazer para evitar o dano e, na medida em que o não tiver feito, responder com base na culpa. Sobre a gestão do risco e o apelo ao princípio da precaução e da proporcionalidade, poderá ver-se MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *O lugar do direito na protecção do ambiente*, 2007, em especial pp. 426 e 440 ss. Se aplicado à responsabilidade, o princípio da precaução obrigará a algum cuidado na análise retrospectiva do conhecimento e da suspeita do perigo.

Para lá do que configura um comportamento faltoso, é importante ter presente que a obrigação de indemnizar “[...] não responde tanto a uma preocupação de compensação dos prejuízos produzidos, como à necessidade de criar um estímulo para atuar diligentemente [...]” (EVA DAROCA, *Reflexiones sobre el artículo 141.1 de la Ley 30/1992*, cit., p. 548). Ora, esta racionalidade é de igual modo aplicável à responsabilidade com culpa e à responsabilidade sem culpa: mesmo no caso da responsabilidade objetiva o agente tenderá a adotar o comportamento que lhe permita reduzir ao máximo a possibilidade de acidentes. A previsão de uma responsabilidade independente de culpa deverá ter por objetivo esse incentivo a um comportamento diligente e não ter primordialmente em vista uma socialização de custos. Nesta

medida, chegando-se à conclusão de que o risco era totalmente desconhecido ao tempo de ação, será excessivo considerá-lo em sede de responsabilidade objetiva com o exponencial de danos indemnizáveis que isso pode provocar (e eventualmente encarecer a atividade administrativa a níveis pouco comportáveis). Ver, neste sentido, MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *O lugar do direito na proteção do ambiente*, cit., p. 452. Se ainda assim parecer excessivo a falta de ressarcimento da vítima, então entram em jogo outras formas de compensação, que não são já formas de responsabilidade, mas sim de socialização dos riscos. Os diversos Fundos que têm sido criados nas mais diversas áreas sociais parecem responder a esta necessidade.

MARIA DA GLÓRIA GARCIA
MARTA PORTOCARRERO